

DA RESPONSABILIDADE PENAL DO SUPERIOR EMPRESARIAL PELO CUMPRIMENTO DE SUAS ORDENS

THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE EXECUTIVE OFFICER BY YOUR INSTRUCTIONS

Luis Augusto Sanzo Brodt*
José Ourismar Barros de Oliveira**

RESUMO

Pretende-se aqui examinar a situação penal dos membros superiores da sociedade empresária que, no contexto da atividade empresarial, emitem ordens para que um subordinado execute a ação definida como crime. Serão investigadas as posições doutrinárias existentes a respeito do tema, especialmente autoria, coautoria, autoria mediata e participação. Ao final, far-se-á uma análise da conduta a partir do Direito Positivo brasileiro, estabelecendo uma proposta de solução para a determinação da coautoria do superior empresarial emissor da ordem.

Palavras-chave: criminalidade empresarial; autoria; participação; superior.

ABSTRACT

The intention here is to examine the criminal situation of the upper members of the entrepreneurial organization which, in the context of

* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente é professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, lecionando na Graduação e no Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da FDUFG. Membro do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Instituto dos Advogados de Minas Gerais e do Instituto de Ciências Penais. Tem vários artigos publicados em jornais e revistas de circulação nacional e especializados, destacando-se em sua produção bibliográfica os livros *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*, publicado pela editora Del Rey e *Do estrito cumprimento de dever legal*, publicado pela editora Sérgio Fabris. E-mail: luisbrodt@terra.com.br.

** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito de Contagem. Assessor Jurídico da Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais do Ministério Público de Minas Gerais. Direciona a pesquisa nos seguintes temas: Direito Penal (criminalidade econômica), Criminologia (crimes de colarinho branco e criminologia crítica), baseado na perspectiva conflitivista de sociedade pós-moderno e com fundamento nos Direitos Humanos multiculturais e especialmente dedicado ao reconhecimento de direitos de pessoas excluídas, em particular brasileiros e povos latino-americanos, tendo por fim o pleno desenvolvimento da pessoa. E-mail: joseourismar@hotmail.com.

business activity, issues orders to a subordinated execute the action defined as crime. Will be investigated doctrinal positions about the theme, especially, authorship, co-authorship, mediated authorship and participation. At the end will be conducted an analysis of the conduct from the Brazilian law, establishing a solution proposal to determine the (co)authorship of the order issuer.

Keywords: corporate crime; authorship; participation; higher.

INTRODUÇÃO

A estrutura empresarial está configurada, no plano horizontal, pela divisão do trabalho e, no plano vertical, pelo princípio da hierarquia, conformando uma cadeia de atribuições diferenciadas, que abarcam atuações de sujeitos de diferentes níveis.

Contudo, a técnica legislativa para a construção de tipos penais, por meio de descrições de ações concretas, leva à prática dos crimes típicos de empresa sejam realizados diretamente pelas escalas inferiores da estrutura organizada, em que estão os níveis de execução da atividade empresarial.

Ocorre que, por vezes, essas pessoas não estão no centro decisório do acontecer delitivo. São, sim, ocupantes de cargos de execução caracterizados pelo déficit informacional do plano global da sociedade empresária e que atuam mediante procedimentos preestabelecidos e automatizados.

Ademais, sói ocorrer que a decisão pela prática de uma conduta criminosa dê-se nos altos escalões da sociedade, nos órgãos típicos de gestão e de tomada de decisões para o exercício da atividade empresarial.

Em razão dessa configuração, é possível que o executor direto do injusto – o subordinado de último nível – não tenha conhecimento de que seus atos fazem parte de um conjunto maior estrategicamente planejado com finalidade criminosa, pois não detém a posse de informações relevantes nem a capacidade de decisão, que recaem sobre sujeitos distintos do interior do grupo estruturalmente organizado.

Toda essa forma de realização da empresa pode gerar uma verdadeira “irresponsabilidade organizada” dos sujeitos que ocupam o centro decisório para a prática de crimes, seja em razão de uma incapacidade de se produzir provas dessas decisões, seja em razão da incapacidade técnica-jurídica de verificar a relevância penal dessas condutas.

Contudo, verifica-se, na prática, a possibilidade de os superiores empresariais emitirem ordens para que seus subordinados pratiquem crimes em benefício da empresa. Os subordinados, por sua vez, podem ter ou não conhecimento da ilicitude da ordem, ensejando diversas repercussões dogmáticas de alta indagação,

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

por exemplo, em saber se se trata de autoria, coautoria, autoria mediata, participação, etc.

Disso tudo, é possível verificar que o problema surge da constatação de que a figura central de decisão não coincide com o personagem principal de execução do delito. Os superiores decidem, enquanto os subordinados executam.

Ademais, o avanço tecnológico e a existência de nichos de funções altamente especializados em práticas que se materializam apenas pelo mundo virtual da informática suavizam a prática delitiva diante da capacidade sensorial humana. São crimes que se materializam em uma larga escala de tempo e espaço, contando com inúmeros aportes por diversas pessoas da estrutura empresarial.

Isso leva à exigência da construção de novas categorias ou o detalhamento das categorias já existentes no interior da dogmática penal para a pretensão de se atribuírem responsabilidades a sujeitos de cúpula das sociedades empresarias.

Enfim, o refinamento dos institutos da teoria do delito torna-se inadiável, sob pena de o Direito Penal perpetuar-se como instrumento que não alcança os mais poderosos.

Contudo, o afã de responsabilizar os altos escalões de poder tem levado a decisões judiciais incompatíveis com a dogmática penal brasileira e com os postulados constitucionais que fixam os princípios constitucionais penais, notadamente, o da legalidade, que impõe a prévia e estreita previsão normativa da hipótese fática e de sua conseqüente reprimenda, não satisfazendo interpretações alargadas dos elementos típicos, ainda que intermediadas por institutos dogmáticos.

Tais decisões, por vezes, tentam contornar as dificuldades técnicas e processuais por meio de arremedos jurídicos sem substância científica, contaminadas por sentimento de justiça descontínuo e episódico, valendo-se de signos linguístico-retóricos – por exemplo, as expressões: “domínio do fato” ou “domínio da organização” – para legitimar esses sentimentos pessoais de justiça em determinados casos de repercussão.

Com isso, a presente pesquisa propõe-se a examinar as diferentes posições que têm sido sustentadas em relação a esse debate objetivando apontar aquela que oferece a solução que mais se harmoniza com os valores constitucionais vigentes e com as melhores e mais avançadas construções dogmáticas.

COAUTORIA

A teoria do domínio final do fato, conformada à concepção de Welzel, considera o superior empresarial que ordena ao subordinado a prática de uma conduta típica *coautor* da conduta que vier a ser praticada em cumprimento à ordem.

De acordo com a referida elaboração teórica, também é autor o que tem o domínio do fato, ainda que não realize nenhum elemento do tipo¹, pois o aporte na fase preparatória é suficiente para se afirmar a coautoria²⁻³.

Entre os adeptos de tal entendimento, controverte-se, contudo, em relação a quem tem o domínio do fato. Welzel e Bockelmann⁴ representam evoluções posteriores de uma teoria estritamente subjetiva do dolo. Com isso, a mínima participação na preparação pode bastar para afirmar a autoria, desde que estejam presentes os requisitos subjetivos. Já Maurach e Gallas⁵ partem de uma teoria objetiva da participação e, por isso, requerem para a autoria uma maior proximidade ao tipo⁶.

¹ CERESO MIR, José. *Derecho penal* – parte general. São Paulo: RT, 2007, p. 1.095.

² WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires-Montevideú: BdeF, 2007, p. 117.

³ Essa é também a orientação predominante na jurisprudência nacional. Nesse sentido: TJMS, Apelação Criminal 2006.002348-4, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. José Augusto de Souza, Julgada em 19/04/2006; TJMG, Apelação Criminal 1.0701.05.109770-0/001, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Hélcio Valentim, Julgada em 25/04/2006; STJ, REsp 1.068.452, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Julgado em 02/06/2009: “1. Aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação entre coautoria e participação, sendo coautor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução”; STJ, HC 191.444, Rel. Min. Og Fernandes, Julgado em 06/09/2011: “3. Cumpre ressaltar, por relevante, que, em tema de concurso de agentes, a autoria pode se revelar de diversas maneiras, não se restringindo à prática do verbo contido no tipo penal. Assim, é possível, por exemplo, que um dos agentes seja o responsável pela idealização da empreitada criminosa; outro, pela arregimentação de comparsas; outro, pela obtenção dos instrumentos e meios para a prática da infração; e, outro, pela execução propriamente dita. Assim, desde cada um deles – ajustados e voltados dolosamente para o mesmo fim criminoso – exerça domínio sobre o fato, responderá na medida de sua culpabilidade”. Na doutrina, seguindo Welzel e Maurach ver REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 461; Também, ALFLEN, Pablo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 208.

⁴ Bockelmann, seguindo as lições de Welzel, lecionava que “[...] también llevar a cabo aquellas acciones que normalmente tienen mero carácter auxiliar o preparatorio puede fundamentar la pena por autoría [...]”. BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, partes I y II, 1939-1940. Apud: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. 7. ed. Tradução de Joaquín C. Contreras e José Luis S. G. de Murillo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 324.

⁵ Gallas, entretanto, seguia em sentido oposto, afirmando que não bastava uma simples intervenção no planejamento ou na preparação do crime para se poder falar em coautoria. Necessário, segundo Gallas, que o coautor atue como interveniente direto no exercício do domínio do fato GALLAS, *Täterschaft und Teilnahme, Materialien zur Strafrechtsreform*, t. 1º, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, 1954, p. 121-153. Apud: BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, partes I y II, 1939-1940. Apud: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. 7. ed. Tradução de Joaquín C. Contreras e José Luis S. G. de Murillo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 324.

⁶ BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, partes I y II, 1939-1940. Apud: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. 7. ed. Tradução de Joaquín C. Contreras e José Luis S. G. de Murillo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 325.

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

A mesma solução, embora com argumentação distinta, obtém Muñoz Conde.

O professor espanhol afirma a necessidade de a dogmática esforçar-se para incluir no conceito de autor as pessoas que, sem realizar ações executivas, decidem e controlam a realização de um delito tanto no âmbito da delinquência organizada, quanto no da empresarial⁷.

Os conceitos de autoria e participação, ainda segundo o mesmo autor, devem ser reformulados diante dos delitos que se realizam por meio de organizações, grupos de pessoas ou aparatos de poder nos quais as responsabilidades devem recair sobre as pessoas que decidem pela realização da ação, e não sobre as que a executam⁸. Com isso, a proposta Muñoz Conde pretende a reformulação dos conceitos de autoria direta, coautoria, autoria mediata etc.⁹:

Muñoz Conde parte do pressuposto de que o problema dogmático de *autoria e participação nos delitos empresariais* depende de resolução compatível com a própria natureza complexa destes crimes, pois não se pode comparar a prática, por exemplo, de um crime societário com os crimes baseados nas relações interpessoais simples (A mata B com a arma emprestada de C)¹⁰.

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 76.

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 75.

⁹ “Parece, pues, que la Dogmática jurídico-penal, que con construcciones como la teoría del dominio del hecho consiguió superar las insuficiencias de la teoría objetivo-formal para fundamentar la responsabilidad directa del autor mediato, tiene también aquí que llevar a cabo una revisión del concepto de autoría, mediata o coautoría, adaptándola a la realidad de la fenomenología criminal de la delincuencia cometida en el ámbito de grandes grupos u organizaciones. ¿Pero cuáles son las peculiaridades de la actuación de estas organizaciones y grupos de personas y por qué no son aplicables en ellas las formas de imputación de la responsabilidad penal que han sido desarrolladas en otros ámbitos de la criminalidad?” (MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 75).

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 76.

Esse autor divide a apresentação de suas propostas em duas categorias: uma para os casos de *delitos especiais* (aqueles que exigem uma qualidade especial do sujeito ativo)¹¹ e outra para os *delitos comuns* (que não exigem qualidades especiais). No que diz respeito aos *delitos comuns*, Muñoz Conde faz aqui outra subdivisão: casos nos quais o executor direto do crime atua sem responsabilidade e casos em que o executor direto atua com responsabilidade. Para a primeira hipótese, segundo as lições do penalista espanhol, trata-se de *coautoria mediata*¹².

Entretanto, tratando-se de executor responsável, Muñoz Conde pondera dizendo que o requisito assumido pela doutrina dominante, no qual é necessário que o coautor intervenha também na fase executiva, não pode valer no âmbito dos crimes de empresa do mesmo modo como vale para os crimes contra a vida, contra a liberdade ou contra o patrimônio¹³.

Muñoz Conde, portanto, percorre o caminho em que basta a colaboração ainda na fase preparatória para que esteja presente a coautoria¹⁴, ou seja,

¹¹ Com relação aos *delitos especiais*, Muñoz Conde socorre-se do instituto previsto no art. 31 do Código Penal espanhol “atuar em nome de outrem”. Este tema será tratado em item específico no último capítulo deste trabalho.

¹² “Si el ejecutor no es responsable y sólo es un instrumento en manos de alguien que actúa por detrás es difícil, a causa de la accesoriedad de la participación, fundamentar en base a ella una responsabilidad del hombre de atrás. Pero no habría ningún problema en aceptar una autoría mediata ‘normal’ si el dominio de la voluntad se basa em un error del ejecutor. En el ámbito de la criminalidad de empresa sería mejor hablar de una coautoria mediata, ya que normalmente el hombre de atrás es miembro del Consejo de Administración de una empresa que, con su participación en una votación, decide la comisión de un delito (por ejemplo, introducir o no retirar productos nocivos del mercado, provocar una insolvencia, frustrar un embargo, llevar a cabo vertidos peligrosos para el medio ambiente, etc.)” (MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 81). Veja-se que se trata de “coautoria mediata” entre os membros de um conselho de administração empresarial.

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 82.

¹⁴ “Pero si se contemplan las particularidades de la intervención en una votación, se advierte inmediatamente lo que JAKOBS ha destacado [...], es decir, que esta intervención no constituye una ejecución del hecho, sino su preparación y que el resultado de una votación es ejecutado en todos los casos prácticos relevantes por personas responsables. ¿Significa esto que los intervinientes en una votación antijurídica, que otras personas responsables ejecutan, sólo pueden ser considerados como (co)autores mediatos o como inductores? Como ya he dicho antes, considero que el requisito asumido por la doctrina dominante de que es necesario que el coautor intervenga también en la fase ejecutiva no puede entenderse en el ámbito de la criminalidad de empresa del mismo modo que en los delitos contra la vida o contra la libertad o contra la propiedad. [...] El dominio funcional del hecho que es, en opinión de ROXIN y también, por las

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

segundo seu pensamento, passa-se a aceitar uma copreparação no lugar de uma coexecução.

Não obstante a autoridade de Hans Welzel e Muñoz Conde, esta não parece ser a melhor solução.

Claus Roxin faz as seguintes ponderações: (a) no centro do acontecimento relevante para a consideração penal, encontra-se a ação típica, tal como o legislador a descreveu nos diversos tipos penais; (b) não é possível afirmar que alguém que somente contribuiu na preparação do delito possa realmente *dominar* o curso do fato¹⁵.

Desse modo, seguindo as lições de Claus Roxin, a ordem para a realização do fato típico do superior não é capaz de colocá-lo como coautor do fato¹⁶.

Ademais, segundo Roxin, a carência de elementos objetivos na delimitação da coautoria de Welzel conduz sua teoria do domínio do fato a uma inegável aproximação com o fundamento da “vontade do autor”¹⁷. As refutações de Roxin ao entendimento de Welzel adéquam-se com perfeição à hipótese aqui estudada. Para Roxin, nem o mais alto grau de sentimento de solidariedade entre o executor direto e o emissor da ordem possibilita a afirmação de coautoria, pois a sorte da realização do fato está exclusivamente em poder do homem da frente¹⁸.

Por fim, cabe ressaltar que as posições que adotam a coautoria como solução ao problema aqui proposto são feitas alargando o conceito do instituto da autoria, fenômeno que Eduardo Demetrio Crespo chama de “espiritualização da coautoria”¹⁹, ampliando-se o conteúdo normativo do conceito de coautoria e

111

razones anteriormente expuestas, en la mía, lo que fundamenta la coautoría, puede darse también en la fase preparatoria cuando configura la ejecución o está tan íntimamente vinculada com ella que debe valorarse como un todo en una consideración global del suceso. Ésta, en mi opinión, es la única tesis que puede explicar correctamente el sentido y el significado jurídico-penal de decisiones en el seno de un órgano colegiado como es una votación en el marco de la cúpula o Consejo de Administración de una empresa, que constituye la base para la ejecución de determinados hechos que constituyen tipos delictivos” (MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 83).

¹⁵ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 325-326.

¹⁶ Nesse sentido também as conclusões de Luiz Greco e Augusto Assis. 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, p. 96.

¹⁷ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 328.

¹⁸ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 327.

¹⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2009, p. 39 e 41.

suavizando seus critérios²⁰. Ademais, é danoso à própria dogmática, conforme acentua Wilfried Bottke, a existência de muitas exceções doutrinárias, ao ponto de a afirmação da autoria depender de diversas situações variáveis e circunstâncias indefinidas²¹.

Schünemann ressalta a importância da posição de Roxin ao conceber a ação executiva descrita no tipo como base da autoria e critica Jakobs afirmando que negar esta restrição da (co)autoria ao estágio da execução é, em verdade, regredir em cem anos na teoria do delito ao se levar em conta uma igualdade objetiva de todos os aportes ao fato²².

Antes de encerrar, é importante, ainda, comentar hipóteses levantadas por Luis Greco e Augusto Assis, que possibilitam superar a falta do *plano comum* e da *execução conjunta* capaz de afirmar a coautoria quando se tratar, por exemplo, do gerente da sociedade empresária que mantém comunicação por meio de telefone móvel com os seus funcionários durante a execução do fato típico, ou ainda quando o funcionário subordinado toma parte na decisão do gerente²³:

Assim, salvo a exceção citada, conclui-se pela impossibilidade da existência de *coautoria* entre os superiores empresariais e seus subordinados, uma vez que não se pode afirmar a existência de *plano comum* e *execução conjunta* entre o executor direito e o emissor da ordem.

²⁰ São precisas as críticas de Demetrio Crespo: “Partiendo de una clásica concepción normativo-funcionalista-sistémica, según la cual tanto el delito como la pena no se entienden como lesiones de bienes jurídicos, sino como meros ‘sucesos os eventos comunicativo-sociales’, la coautoria encontraría un nuevo fundamento em la ‘teoría del sujeto global’. Según este punto de partida el sujeto de acción al cual se atribuye el conflicto es la unidad colectiva de coautores, o más exactamente, la unidad organizativa de las personas vinculadas a la comunidad personal” (DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2009, p. 39-40).

²¹ BOTTKE, Wilfried. Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania. Tradução de Soledad Arroyo Alfonso, *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 21-29, jan. 1999, p. 24.

²² SCHÜNEMANN, Bernard. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoria incluyendo el actuar en lugar de otro*. Tradução de Mariana Sacher. Original publicado no livro em homenagem ao Prof. Gonzalo Rodríguez Maou-rullo, Navarra, 2005, p. 981-1005, p. 37.

²³ É verdade que, em situações em que a ordem passa por mais de um funcionário e em que mais de um funcionário participa da execução – na fabricação e comercialização de um produto danoso à saúde, um funcionário tiver desenvolvido as peças, outro as tiver montado e um terceiro tiver distribuído o produto – é provável que o caráter danoso do produto seja desconhecido por algum ou mesmo por todos os funcionários, que o gerente não saiba quem realizará as tarefas e que deixe aos funcionários os pormenores da concreta execução daquilo que decidiu. Quanto menor for a distância entre as duas pontas, contudo, mais natural será que existam os requisitos do plano comum e da contribuição relevante (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 106).

AUTORIA MEDIATA

A teoria do *domínio da organização*²⁴ foi elaborada por Claus Roxin e teve como ponto de partida a necessidade de resolver satisfatoriamente os casos de crimes cometidos por agentes do Estado alemão no período nazista.

Entretanto, como se mostrará adiante, tal teoria tem sido também aplicada à criminalidade de empresa. Nesse âmbito, conduz à responsabilização penal do superior hierárquico como autor mediato dos atos praticados pelo subordinado que atua no cumprimento de suas ordens.

Em processo promovido em Jerusalém, Adolf Eichmann foi acusado de exterminar milhares de pessoas durante a Segunda Guerra Mundial, mesmo sem ter cometido nenhum ato executório²⁵.

Roxin, então, desenvolveu raciocínio visando justificar a imputação ao acusado dos atos praticados diretamente pelos seus subordinados. Concluiu que, na hipótese, o superior hierárquico deveria ser considerado autor mediato, já que não estariam presentes as condições para considerá-lo nem partícipe, nem coautor.

Para tanto, sustentou que há nítida diferença material entre a figura do *instigador* e os *superiores hierárquicos típicos dos Estados totalitários*. Nesses casos, os superiores hierárquicos são detentores – tal como ocorreu na estrutura do Estado nazista – de alto potencial de destruição, podendo realizar, com auxílio do aparato disponibilizado, enormes quantidades de crimes, que, comparativamente, não ocorre com o instigador normal. Assim, se seu poder de domínio é colocado no mesmo nível da influência de um instigador normal, nivelam-se de forma normativamente simplificada enormes diferenças que existem no plano material²⁶⁻²⁷.

Sendo assim, são muito distintas as posições do *instigador* e de quem *domina uma estrutura de poder*. A diferença na capacidade de influência em cada uma das hipóteses é notável. Logo, não se trata de *coautoria* nem mesmo de *instigação*.

²⁴ Claus Roxin utiliza tanto a expressão “domínio da organização” como “domínio por organização”. Vide: ROXIN. *Derecho penal* – parte general, tomo II, p. 111 e ss.

²⁵ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. In: Aula Inaugural da Universidade de Luzern, Suíça. Tradução de Pablo Alflen. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*, 21 de junho de 2006, p. 70.

²⁶ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. In: Aula Inaugural da Universidade de Luzern, Suíça. Tradução de Pablo Alflen. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*, 21 de junho de 2006, p. 76.

²⁷ Segundo Claus Roxin: “O instigador, antes de tudo, necessita de um autor, ou – em caso de instigação em cadeia – de outros instigadores, e depende das decisões destes; já quem detém o poder de direção de um aparato somente necessita expedir uma ordem e pode deixar todo o restante às estruturas do aparato” (ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 322-323).

O aparato de poder, conforme Roxin, garante ao superior a certeza do resultado criminoso, ou seja, a partir do momento em que o líder dá o comando de praticar determinada conduta, tem ele garantida a realização de sua ordem, independentemente de quem a cumprirá, como se o comando significasse “apertar o gatilho”.

Diante dessa observação sobre os *aparatos de poder*, Roxin sistematiza a teoria com quatro pressupostos necessários para a configuração da *autoria mediata* por meio do *domínio da organização*:

- a) *Poder de mando*. Significa que o autor mediato somente pode ser aquele que detém um poder de mando no interior de uma organização conduzida rigorosamente e o exerce visando produzir fatos típicos²⁸⁻²⁹.
- b) *Aparato de poder desvinculado do Direito*. Trata-se do pressuposto que gerou mais controvérsias e que, segundo Roxin: “é discutido até mesmo entre os partidários de minha teoria”³⁰⁻³¹.

A esse pressuposto, poder-se-ia apresentar o seguinte contra-argumento: todos os atos praticados pelos nazistas estariam de acordo com o Direito então vigente. No entanto, um olhar mais atento à questão elimina essa refutação.

Medidas tomadas pelo Estado Social-Nacionalista, de fato, moveram-se nos limites do Direito vigente, porém os casos mais assustadores, como “a solução final para o problema relativo aos judeus”, caracterizavam atividades absolutamente desvinculadas do Direito³².

²⁸ ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81.

²⁹ Ainda sobre este pressuposto: “O comandante de um campo de concentração nazista era, portanto, autor mediato dos assassinatos ordenados por ele, mesmo quando ele próprio agia com base em uma instrução de um superior. Por isso, muitos autores mediatos podem estar um atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia de mando. Ao contrário, o pessoal de serviço de apoio somente pode ser punido por participação, se na verdade promoveu conscientemente os fatos puníveis através de alguma ação, porém por si mesmo não ordenou nenhum homicídio e também não colaborou na sua execução” (ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81).

³⁰ ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81.

³¹ Partidário da teoria, porém contrário ao pressuposto da contrariedade ao Direito: AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Cuadernos de conferencias y artículos*, n. 20. Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 49.

³² As medidas tomadas pela DDR e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se em muitos setores dentro do Direito vigente; porém os âmbitos de atuação, como o “impedimento de fuga da República através de disparos mortais” ou, apenas para mencionar o caso mais assustador, a “solução final para o problema relativo aos judeus”, caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do Direito. [...] Os assassinatos no muro eram condutas desvinculadas do Direito, ainda que o dirigente estatal da DDR tivesse outra opinião a respeito disso. Então os assassinatos em massa do regime nazista, evidentemente, também teriam sido atos desvinculados do Direito se o antigo dirigente estatal os tivesse ordenado não por meio de ordens secretas, mas “legalmente” (ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81). Em sentido contrário, considerando

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

Além disso, a estrutura de poder não precisa estar totalmente desvinculada do Direito³³.

- c) *Fungibilidade do executor direto*. É a possibilidade de substituição daquele que pratica a ação final dos comandos do aparato de poder estatal³⁴.

Veja-se que se trata de uma decorrência direta do pressuposto anterior. Assim, no caso de ordens arbitrárias e isoladas de um dos comandantes, os seus subordinados poderiam se rebelar e não executar o comando, ou então denunciar a prática para os superiores, o que não acontece nos casos de *domínio da organização*. Nesses casos, mesmo que um dos executores se rebelde e não pratique o ato, haverá outra pessoa disposta a praticá-lo justamente em razão do sentimento de pertencimento comum que é instalado com o aparato organizado de poder. É justamente em razão dessa fungibilidade dos executores que não há necessidade de coação do autor direto e nem que ele esteja em erro para praticar os atos finais.

- d) *Disposição essencialmente elevada dos executores ao fato*. Trata-se do elemento de pertencimento característico nos grupos organizados – seja qual for a finalidade, por exemplo, torcidas de clubes de futebol, adoradores de determinada religião, fãs de uma banda de rock, etc. – em que a multidão elimina a identidade dos indivíduos, que passa a reproduzir atos do grupo³⁵.

que a DDR agiu conforme o Direito: Kai Ambos: “Em todo caso, a DDR agiu de acordo com seu próprio entendimento conforme o Direito e, por conseguinte, os guardas de fronteira como autores diretos que não – ao menos não conscientemente – desvincularam-se do Direito” (AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo A. Japiassú e Daniel A. Raizman. São Paulo: RT, 2008, p. 274).

³³ ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81.

³⁴ Muñoz Conde fala sobre a importância deste pressuposto: “La clave que, en todo caso, sirve, a mi juicio, para fundamentar en estos casos la autoría mediata de los que están detrás de los autores inmediatos o ejecutores materiales de los hechos, es la fungibilidad de éstos, ya que, en definitiva, se trata de personas carentes de autonomía, que ni siquiera son conocidas personalmente por el que de las órdenes e incluso no tienen una relación directa con ellos” (MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 65).

³⁵ Porém, Claus Roxin, em sua mais recente manifestação sobre o tema, exclui essa *disposição essencialmente elevada dos executores* dos pressupostos da teoria para colocá-la como consequências dos três primeiros: “Esses três pressupostos ensejam uma elevada propensão ao cometimento do fato pelo autor direto, por três razões: em primeiro lugar, porque no âmbito da organização de poder a ordem exerce pressão no sentido de seu cumprimento; em segundo lugar, porque a desvinculação do sistema em relação ao Direito faz com que o executor suponha que não há razão para temer consequências penais; e, terceiro lugar, porquanto a fungibilidade do executor induz à ideia de que o fato não depende da sua conduta, uma vez que, mesmo sem ele, outro de todo modo o realizaria” (ROXIN, Claus, op. cit., 2013, p. 311). As razões para essa reformulação decorreram de críticas feitas por Kai Ambos, as quais foram integralmente acolhidas por Claus Roxin. Os fundamentos são convincentes: “A este respeito, sinto-me corroborado por Kai Ambos, que em seu mais recente posicionamento sobre o tema sustenta que a

Enfim, são essas características que dão ao homem de trás o “*domínio do acontecimento*”³⁶, ou seja, são ultrapassados os limites da mera influência para se alcançar um verdadeiro domínio da realização do tipo pelo homem da frente (veja-se domínio da realização do tipo pelo homem da frente, e não domínio do homem da frente! Essa é a diferença entre o *domínio por organização* das demais formas de *domínio da vontade*).

Na Alemanha, conforme notícia Roxin, há reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof – BGH*) acolhendo a teoria do *domínio da vontade pelo domínio de uma organização* em relação à criminalidade econômica, o que implica a responsabilização do superior empresarial como *autor mediato* dos atos realizados por seu subordinado³⁷.

No Brasil, tem-se importado a referida teoria com a mesma finalidade³⁸.

disposição ao fato como critério autônomo tampouco é compatível com uma compreensão teórico-argumentativa consequente do domínio da organização – domínio do fato como segurança do resultado através do domínio da organização como ‘verdadeiro instrumento’ –, porque centra a atenção da organização – se indiretamente dominado – no executor do fato e com isso relativiza a particularidade organizativa específica e, ao mesmo tempo, a solidez da teoria do domínio da organização” (MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 336).

116

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 311.

³⁷ Vaticina Roxin: Fatos como os cometidos por Hitler, Himmler, Stalin e também Fujimori só são possíveis de executar quando se dispõe de um aparato de poder. Toda a história mundial ensina que esse é um método para provocar e dominar realizações típicas, o que não é possível negar racionalmente. É daí que surge também a força de convicção intuitiva dessa concepção (ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 89).

³⁸ EMBARGOS INFRINGENTES. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE. AUTORIA DO FALSUM. IRRELEVÂNCIA. MANDATÁRIO DA EMPRESA. AUTOR MEDIATO. DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. CRIME CARACTERIZADO. 1. Responsabilidade do embargante como incurso nas sanções do art. 19, parágrafo único, da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, dado que agiu com dolo eventual, ao permitir o envio da CND falsificada por fax ao agente financeiro, o que propiciou a indevida liberação do financiamento junto ao BNDES, sendo irrelevante a autoria da contrafação. 2. Caracterizada a autoria mediata, assim compreendida como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização. Na jurisprudência nacional, ver ainda: PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DE IMPOSTOS FEDERAIS (IRPJ, PIS COFINS, CSLL). AUTORIA. TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PENAL. 1. Comete crime contra a ordem tributária o agente que, dolosamente, suprime o pagamento de tributos, omitindo do Fisco a percepção de rendimentos sujeitos à tributação. 2. Diante da insuficiência das categorias tradicionais de coautor e partícipe para a atribuição da responsabilidade penal individual, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, construiu-se, doutrinariamente, o conceito de autor mediato, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização, o que sobressai mormente quando o superior hierárquico “sabe más sobre la peligrosidad para los bienes jurídicos que su proprio subordinado” (DIEZ, Carlos Gómez-Jara. *¿Responsabilidad penal de*

Embora as sociedades empresárias constituam também estruturas organizadas de poder, não se pode equipará-las aos Estados totalitários a ponto de usar em relação aos superiores empresariais os mesmos critérios delimitadores da responsabilidade penal empregados em relação aos detentores arbitrários do poder político.

Com relação às sociedades empresárias, falta o pressuposto da atuação em contrariedade ao Direito, relacionado por Roxin como imprescindível ao reconhecimento da autoria mediata.

O assunto, por despertar polêmica, merece aprofundamento.

No que tange especialmente ao pressuposto *contrariedade ao Direito*, Roxin elabora dois argumentos que visam esclarecer seu conteúdo: (a) “Em primeiro lugar, o aparato de poder não precisa ter se desvinculado do Direito em todos os aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele”³⁹; (b) “E, em segundo lugar, para a desvinculação do Direito não interessa a visão do antigo

los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. In Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre: ESMP, 2005. n. 11, p. 13). 3. A responsabilidade penal, em crimes fiscais, é personalíssima, não havendo falar em “culpa concorrente” do profissional de contabilidade que, no mais, não restou demonstrada. (TRF-4, ACR 3278, RS 2005.71.00.003278-7, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, Data de Julgamento 17/09/2008, Oitava Turma, Data de Publicação DE 24/09/2008); Também: PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUPRIMIR OU REDUZIR CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A DO CP). [...] SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. [...] 2. Em se tratando de delitos coletivos, “embora seja dispensável a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado em cada delito, não se pode conceber que a acusação deixe de estabelecer qualquer vínculo entre o acusado e o crime, sob pena de inviabilizar sua defesa” (HC 250020/PB, Relator p/Acórdão Ministra Laurita Vaz, STJ, Quinta Turma, julgado em 02/05/2013, DJe 22/05/2013). 3. Da leitura da denúncia, extrai-se que a exordial tem plena aptidão a atender os requisitos do art. 41 do CPP, não tendo, de modo algum, prejudicado a exata compreensão da controvérsia instaurada, tampouco impedido aos réus que exercessem o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que a exordial estabeleceu liame causal mínimo entre os apelantes e os fatos delituosos. [...] 6. Conforme a atuação fiscal encartada nos autos que revela a sonegação de contribuições previdenciárias, a partir das omissões contáveis, da ausência de fatos geradores em GFIP e da elaboração da folha de pagamento sem a totalização de seus recursos, a materialidade do crime restou demonstrada. 7. “Autor é quem detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio da ação final, de acordo com a teoria do domínio do fato ou domínio da organização, porque é este quem decide se o fato vai acontecer ou não, independentemente dessa pessoa ter ou não realizado a conduta material”. Conforme os contratos sociais, depoimento testemunhal e interrogatórios dos acusados, a autoria também restou devidamente comprovada, pois os réus eram os administradores da empresa sonegadora. [...] (TRF-5, APR 200682000062285, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento 20/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação 27/06/2013). Na doutrina nacional ver: BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2014, p. 711; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 537.

³⁹ ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81.

sistema, senão a avaliação jurídica atual⁴⁰. E conclui: “[...] com base nestes dois esclarecimentos fica evidente que a desvinculação do Direito pelo aparato organizado de poder constitui um pressuposto necessário para o domínio do fato do homem de trás⁴¹⁻⁴².

Kai Ambos⁴³ constrói raciocínio para dispensar o pressuposto da contrariedade ao Direito nas hipóteses de *organizações não estatais (organizações criminosas)*⁴⁴.

Para Kai Ambos, nos casos de aparatos de poder não estatais, a desvinculação é simples requisito (circunstância accidental), e não elemento (substância)⁴⁵; e, em razão de determinado aparato de poder, fazer parte do Estado (estar de acordo com o Direito) não mudaria em nada no que concerne à aplicação da teoria, ou seja, mesmo estando de acordo com o Direito, aplicar-se-ia o *domínio da organização*.

Ocorre que Kai Ambos incide em erro quando afirma que o fato de uma organização criminosa manter “relação simbiótica” com o Estado a faz estar de acordo com o Direito.

⁴⁰ ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81.

⁴¹ ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 82.

⁴² Porém, uma crítica deve ser feita ao segundo argumento elaborado por Roxin, pois dizer que o que interessa é uma análise a partir do sistema atual, e não do sistema do tempo da realização dos delitos, parece ferir frontalmente um dos pilares do Direito Penal moderno, que é o princípio da legalidade em seu aspecto da anterioridade da lei (*lex praevia*), previsto no sistema jurídico brasileiro e em instrumentos internacionais com validade no território nacional (Pacto de San José da Costa Rica). Contudo, embora o argumento não seja válido para o sistema jurídico brasileiro, isso não implica a sua prescindibilidade.

⁴³ Segundo Kai Ambos: “el dominio de la organización depende únicamente de la estructura de la organización en cuestión y del número de ejecutores intercambiales” (AMBOS, Kai, op. cit. [1998], p. 51). Diz ainda Kai Ambos que a estrutura de poder, por vezes, é em si o próprio ordenamento jurídico ou parte dele, o que configuraria um maior domínio da organização do que nos casos em que a estrutura de poder está desvinculada do Direito (AMBOS, Kai, op. cit., p. 51).

⁴⁴ As críticas de Kai Ambos são formuladas em “*Dominio del hecho por dominio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia, 1998” (no original: “Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, GA, 1998, 226 e ss.”). A réplica de Claus Roxin é feita em: “Probleme von Tatherrschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, in SAMSON, E.; DENCKER, F.; FRISCH, P.; FRISTER, H.; e REISS, W. (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grunwald zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 557”. E a réplica por Kai Ambos é feita em: “A parte geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática, Tradução de Carlos Eduardo A. Japiassú e Daniel A. Raizman. São Paulo: RT, 2008” (no original: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002). Roxin mantém o debate em “Sobre a mais recente discussão acerca do ‘domínio por organização’”, publicado no Brasil na obra coletiva: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coords.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. A versão em alemão foi publicada pela primeira vez no *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), v. 159, jul. 2012, p. 395-415.

⁴⁵ Na contrarréplica, Kai Ambos reforça dizendo que a *contrariedade ao Direito* é um “requisito” supérfluo (AMBOS, Kai, op. cit., 2008, p. 270).

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

Não é necessário, de acordo com Roxin, que toda a estrutura seja contrária ao Direito, basta que os atos fins estejam subjacentes à proibição do Direito, especialmente do Direito Penal. Nem poderia ser de outra forma, pois a organização da estrutura em si dificilmente será contrária ao Direito, por exemplo, telefonemas entre os membros, registros contábeis das ações, a locação de local para reuniões, etc. Esses atos em si não são ilícitos.

Desse modo, a análise da contrariedade ao Direito da estrutura só pode ser feita a partir da finalidade coletiva que une a organização, o que se exprime por meio de realização de tipos penais (proibições do Direito). Logo, fazer parte do Estado não significa estar em conformidade com o Direito, mas fazer parte do Estado para a prática de ilícitos penais, sim, pode indicar a contrariedade ao Direito. Do mesmo modo a matança dos judeus pelo nazismo, que, no mínimo, estava em desacordo com as normas internacionais de Direitos Humanos⁴⁶.

Depois de tudo o que foi dito, a imprescindibilidade do pressuposto é argumento capaz de impedir a aplicação da teoria aos crimes empresariais? A resposta é “sim”⁴⁷, pois a finalidade empresarial é sempre em conformidade com o

⁴⁶ Para Bottke *contrariedade ao Direito* significa contrariedade à cultura jurídica das nações civilizadas (BOTCKE, Wilfried, op. cit., p. 27).

⁴⁷ No mesmo sentido, o próprio Roxin: “Parece-me mais preciso recorrer à figura jurídica dos delitos de dever, desenvolvida por mim já há décadas, e fundamentar com seu auxílio a autoria dos membros da direção, na medida em que se lhes atribui a posição de garantidores em defesa da legalidade dos atos da empresa” (ROXIN, Claus, op. cit. [2006], p. 91). Também *El Derecho Penal de la Empresa: desde una visión garantista*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 145-146, que reproduzem os argumentos dados por Kai Ambos, segundo este: “[...] llevaría demasiado lejos el subsumir empresas bajo este grupo de casos. Ello deriva ya en plano puramente conceptual de que ha de tratarse de ‘aparatos de poder’, es decir, organizaciones criminales (incluyendo las organizaciones terroristas) destinadas a mantener o incrementar niveles de poder con una estructura de organización y de mando correspondientemente estricta. Y como tales difícilmente – aun adoptando una posición crítica respecto de muchas estrategias de mercado agresivas – podrían calificarse las grandes empresas. [...] En las empresas con distribución funcional y descentralizadas, faltarán ya los necesarios ‘procesos reglados’. Pero también en empresas organizadas de modo jerárquico y linear, en las que bajo determinadas circunstancias probablemente puedan desencadenarse ‘procesos reglados’ por instrucciones desde ‘arriba’, no podrá hablarse de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad” (AMBOS, Kai, op. cit. [1998], p. 45-46). Também Luís Greco e Augusto Assis: “Como as empresas não são dissociadas do Direito – pelo contrário, estão sujeitas a diversos controles realizados por diversos órgãos estatais – não se pode, segundo o modelo original, falar em domínio da organização nos casos de crimes cometidos a partir de uma empresa” (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 102). Ainda, Schünemann: “[...] para la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder se debería exigir una supremacía considerable del hombre de detrás y, por eso, no sólo, como Roxin, que la organización se aparte del Derecho, sino también que se base en un sistema de ejercicio de violencia (lo que quizá ya venga implicado en el concepto de ‘aparato de poder’” (SCHÜNE-MANN, Bernard. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la

Direito. Mais: trata-se de exercício de direito fundamental o direito à propriedade, direito à liberdade econômica, direito à livre iniciativa, etc. Enfim, trata-se de atividade protegida e fomentada pelo Direito.

Para concluir este item, resta a seguinte pergunta: e se determinadas pessoas criam uma sociedade empresarial com finalidade única de cometer crimes (“empresa de fachada”⁴⁸)? Ou se a sociedade empresária tem a sua finalidade principal lícita e apenas de forma acessória exerce uma finalidade ilícita?

Nessas “empresas de fachada”, a sociedade empresarial é mero instrumento da atividade criminal. Sua finalidade é justamente encobrir as atividades ilícitas praticadas pelo grupo, logo a atividade empresarial passa a ser uma atividade acessória. Kai Ambos, ao tratar da inaplicabilidade da teoria do *domínio da organização* às sociedades empresárias, salienta que as empresas não são criminosas por si, mas perseguem antes de tudo a obtenção legal de benefícios financeiros. É possível que a comissão de delitos se converta em um fenômeno acompanhado de certa estratégia de mercado, porém, regra geral, não conforma uma parte fixa da política da empresa, quer dizer, as infrações são acidentais. Se a situação é diversa, quer dizer, se as “atitudes criminosas” são majoritárias, tratar-se-á de organizações criminosas, com o que estaremos no âmbito do crime organizado de modo similar à Máfia⁴⁹.

120

Com relação à *criminalidade organizada*, não é possível estabelecer respostas em tese sobre a aplicabilidade da teoria; ou seja, é preciso saber sob quais bases estruturais estabelecem-se as relações na chamada *criminalidade organizada*. O raciocínio é simples: se a organização criminosa tiver estrutura equiparada aos Estados totalitários, é possível falar da aplicação da teoria.

A verificação dessa equiparação deve ser feita *in concreto*, ou seja, verificando uma determinada organização criminosa existente de fato para saber se o seu funcionamento se estabelece nos mesmos termos dos Estados totalitários, quer dizer: há superiores com poder de mando; funciona ilicitamente; há fungibilidade dos membros executores com elevada disposição destes para a realização dos crimes.

Assim, em termos dogmático-penais, se a hipótese que forma o objeto deste trabalho ocorrer no marco de “empresas de fachada”, pode-se aplicar a teoria

individualización de la imputación. *Seminário Internacional Complutense sobre a responsabilidade pelo produto*, ocorrido em novembro de 2003 na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid, p. 19).

⁴⁸ Essa expressão é dita *en passant* por Raúl Cervini e Gabriel Adriasola: “[...] *aquellas organizaciones empresariales que son utilizadas por una organización criminal. Em esos casos, la empresa así gerenciada es una fachada legal* [...]” (CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 141).

⁴⁹ AMBOS, Kai, op. cit., 1998, p. 45.

do domínio da organização, desde que cumpridos, obviamente, os demais requisitos tal como ocorre com os Estados totalitários⁵⁰⁻⁵¹.

Acrescentam-se ainda os casos em que a empresa careça de uma atitude global criminal, mas que é controlada por um grupo de criminosos. São como uma variação da “empresa de fachada”, tratando-se dos casos de “grupo ilícito para gestão operativa”⁵². Nessas hipóteses, será possível atribuir autoria (homem de trás) ao grupo criminoso estável que controla operativamente a empresa, quando o executor de Direito obre com consciência de ilicitude, mas sua contribuição é tão diminuta que ele se torna uma peça dispensável⁵³. Isto é, são hipóteses em que a cúpula de uma determinada sociedade empresarial é tomada por um grupo de pessoas com intenções criminosas ou pertencentes a uma organização criminosa. Nesses casos, deve-se aplicar o *domínio da organização*⁵⁴.

Vale insistir, contudo, a incidência da teoria do domínio da organização depende da ocorrência *in concreto* de todos os seus pressupostos. Só assim, poderá afirmar em *autoria mediata* do superior empresarial. Caso contrário, aplicam-se as regras de autoria e participação convencionais adotadas e recepcionadas pela dogmática penal brasileira.

Finalizando este item, cabe mencionar a seguinte indagação formulada por Luís Greco e Augusto Assis: poderia “haver fungibilidade de executores em uma

⁵⁰ No mesmo sentido, Carlos Martínez-Bujá Pérez. Para este autor nada se opõe a aplicar a teoria do *domínio da organização* para as sociedades cuja “finalidad exclusiva o principal es dedicarse a la comisión de delitos” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* – parte general. 2. ed. Valencia: Titant lo Blanch, 2007, p. 497).

⁵¹ No mesmo sentido são as lições de Raúl Cervini e Gabriel Adriasola: “Si la empresa misma es una organización criminal bajo a la fachada de una comercialidad aparente, caso muy común en las empresas de fachada que se utilizan para mezclar fondos lícitos con fondos ilícitos con fines de lavado, y en ese caso, la imputación de autoría mediata al hombre de atrás aparece justificada mediante el dominio de un aparato organizado de poder” (CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 148).

⁵² Tradução livre de “asociación ilícita gerencial operativa” (CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 146).

⁵³ CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 146.

⁵⁴ Nesse sentido, Raúl Cervini e Gabriel Adriasola: “[...] la empresa cuyo giro comercial es real y lícito, pero cuyo management se enquistá en ella conformando un grupo gerencial organizado, cuyo fin es cometer delitos hacia el interior de la empresa (por ejemplo, defraudando accionistas) o hacia el exterior de la empresa (por ejemplo, defraudando inversores, tenedores de obligaciones emitidas, etc.). En estos casos, existe una verdadera organización delictiva que gobierna la empresa aprovechando los cauces del Derecho y que, por lo tanto, puede ser considerada como una organización criminal que gerencia la empresa en su próprio beneficio ilícito. Esta situación debe ser asimilada a la anterior y el hombre de atrás que echa a andar la maquinaria criminal puede ser imputado como autor mediato o autor de escritorio, sin perjuicio de la responsabilidad del ejecutor directo” (CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 148-149).

organização não dissociada do Direito[?]”⁵⁵ Segundo os próprios autores, apenas dois caminhos podem existir: o primeiro seria responder afirmativamente; e o segundo seria demonstrar que a *fungibilidade dos executores* não é pressuposto do *domínio da organização*. Ainda segundo esses autores, Hefendehl segue o primeiro caminho, dizendo que a fungibilidade é uma característica das sociedades empresariais. Luís Greco e Augusto Assis criticam Hefendehl afirmando que sua posição de fundamentar a aplicação da construção do domínio da organização no âmbito empresarial incorre em um dilema, ou o contexto em que os funcionários estão inseridos é muito propenso à prática de delitos, de maneira que a organização empresarial teria que ser considerada dissociada do Direito; ou o contexto seria apenas levemente inclinado à prática de delitos, de modo que a maior propensão dos funcionários a cumprir ordens ilícitas não atingiria o nível necessário para que a execução do delito pudesse ser considerada automática⁵⁶.

Veja-se que esses argumentos reforçam o que já foi dito antes com relação às *empresas de fachada*: nos casos em que o contexto da sociedade empresarial é muito propenso à prática de crimes, é possível – pelo menos em tese, pois depende da configuração dos demais pressupostos – aplicar a teoria do *domínio da organização*⁵⁷.

Ademais, esse pressuposto da *fungibilidade* também não se configura nas sociedades empresariais⁵⁸. A fungibilidade é, em última análise, o que garante a execução das ordens, já que sempre haveria alguém disposto a pôr em prática as intenções do grupo. Assim, se a fungibilidade é a garantia da execução dos atos, a *necessidade de garantia* só surge quando se está diante de atos ilícitos, pois em atos lícitos a garantia decorre do Direito. Em outras palavras: a *fungibilidade* – no sentido em que ela é tratada especialmente no *domínio da organização* – somente existe em estruturas com a finalidade ilícita, pois, em estruturas de poder com finalidade lícita, o cumprimento das ordens não decorre da fungibilidade, mas sim da própria força coercitiva do Direito⁵⁹.

122

⁵⁵ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 103.

⁵⁶ CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 148-149.

⁵⁷ Deve-se acrescentar os argumentos dados por Muñoz Conde, que, mesmo não se debruçando sobre o pressuposto da *contrariedade ao Direito*, afirma que: “[...] el requisito de la tesis de ROXIN que plantea mayores problemas para ser aplicado en el ámbito empresarial es el de la fungibilidad de los meros ejecutores. Ello es así, no sólo porque en estos ámbitos el ejecutor de las acciones concretas que realizan el tipo de un delito no es siempre un anónimo ejecutor intercambiable arbitrariamente, sino una persona que posee conocimientos especiales sin los que no sería posible la realización de esos hechos y que, por eso mismo, es difícilmente sustituible (piénsese, por ejemplo, en un cualificado especialista en contabilidad o en cuestiones fiscales, o en un buen conocedor del funcionamiento del mercado bursátil o de las transferencias o creación de fondos en paraísos fiscales)” (MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 80).

⁵⁸ No mesmo sentido: GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 103.

⁵⁹ No mesmo sentido: “No modelo original de Roxin, a dissociação do Direito decorre da exigência da fungibilidade; apenas em uma organização que está completamente alheia aos

Nesse sentido, Roxin afirma que tal desvinculação do Direito existe nos crimes de Estado, nos delitos de terrorismo e nos casos de criminalidade organizada⁶⁰.

Por fim, diante de tudo o que foi exposto, não é possível a aplicação da teoria do *domínio da organização* para os casos de *crimes de empresa*⁶¹ – nem mesmo em tese –⁶², salvo quando se tratar de *empresa de fachada*. Soma-se ainda, lembra Wilfried Bottke⁶³, o fato de que não existe essa previsão legal no Código Penal Alemão sobre autoria mediata por meio de agente punível⁶⁴.

É verdade também que isso não elimina a possibilidade de haver concretamente as demais hipóteses de autoria mediata no âmbito empresarial, por exemplo, subordinado que age em erro ou sob coação, conforme anota Jesús María Silva Sánchez: “[...] porque se encuentre en una situación de error acerca del significado de lo que está realizando o acerca de su carácter penalmente prohibido (error de tipo y error de prohibición [...])”⁶⁵. O que pode decorrer, por exemplo, da organização e direção da atividade criminosa pelos superiores e execução pelos subordinados, que, em razão da fragmentação da conduta criminosa em largo espaço de tempo e território e quantidade de pessoas, atuam sem o conhecimento do caráter ilícito do fato⁶⁶.

comandos da ordem jurídica existiria a pronta substituíbilidade de cada executor.” (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 103).

⁶⁰ Claus Roxin é (ROXIN, Claus. *Derecho penal* – parte general, tomo II: Especiales formas de aparición del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañón; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Pamplona: Civitas, 2014, p. 121).

⁶¹ No mesmo sentido, Eduardo Demetrio Crespo: “En todo caso, la doctrina y [...] también la jurisprudencia, no se conforman con modelos de responsabilidad o de imputación bottom-up, sino que, más bien al contrario, cada vez más se prefieren los modelos top down, según la extendida opinión de que la responsabilidad penal no solo no tiene que restringirse a los escalones inferiores, sino que puede incluso partir desde arriba” (DEMETRIO CRESPO, Eduardo, op. cit. [2009], p. 33). Método *bottom-up* (de baixo para cima) significa que a análise da imputação ao superior inicia-se pela verificação da conduta do subordinado para ir ascendendo progressivamente pela cadeia de mando até se chegar aos altos escalões da sociedade empresarial. Esse método conforma-se exatamente ao instituto do *domínio da organização*, em que se verifica a conduta do executor, em primeiro lugar, para, em seguida, aferir a conduta do emissor da ordem. No mais, trata-se de método para construção teórico-dogmático que nada tem a ver com mecanismos investigatórios, ainda que, a depender do caso, possa ser que a investigação obtenha sucesso se iniciar partindo-se da realização do fato até o emissor da ordem.

⁶² Em sentido contrário: FORNARI, Ignacio Carlos ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? In: RUBINSKA, Ramiro M.; SCHURJIN ALMENAR, Daniel (Coords.). *Derecho penal económico*, tomo I. Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2010, p. 735.

⁶³ BOTKE, Winfried, op. cit., p. 26.

⁶⁴ Deveras, o Código Penal alemão diz o seguinte sobre autoria mediata e imediata: “§ 25. Autoría (1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por si mismo o a través de otro”.

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Marid-Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2013, p. 65.

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Marid-Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2013, p. 69.

PARTICIPAÇÃO

O tratamento do superior empresarial como partícipe (por instigação) pelos atos praticados pelo subordinado que cumpre as suas ordens parece ser o entendimento acertado.

Em primeiro lugar, não é possível falar em coautoria entre o superior empresarial e seu subordinado, uma vez que não há domínio funcional do fato, nem aporte relevante do superior empresarial na fase executiva do crime, requisitos indispensáveis à coautoria⁶⁷.

Ainda que o conceito de coautoria por meio do *domínio funcional do fato* seja um conceito aberto⁶⁸, ou seja, dependa da análise do caso concreto para aferição da sua afirmação⁶⁹, pode-se afastar, desde já, a *coautoria* nas hipóteses em que há uma *distância* significativa entre os superiores da empresa e seus subordinados, sem a intermediação de meios eletrônicos de comunicação⁷⁰. Ora, “[...] o afastamento entre as duas pontas comumente faz com que o superior hierárquico não saiba qual dos funcionários irá realizar a conduta ou quando ela será realizada”⁷¹. Não havendo mais *plano comum*, pois não há *decisão comum de como o delito será executado*, além de não haver *contribuição relevante na execução*⁷².

Para a existência de *plano comum*, exige-se que todos os coautores conheçam como o delito será executado e que eles decidam em conjunto executá-lo⁷³.

124

Veja-se que com relação ao *conhecimento do plano*, tais dificuldades são mais facilmente contornáveis, pois não se exige que todos os coautores tenham participado da elaboração do plano, tampouco que todos manifestem expressamente a sua adesão a ele, sendo suficiente que o gerente tenha elaborado todo o plano e que o funcionário apenas dele tenha se inteirado⁷⁴.

Contudo, o verdadeiro empecilho para a configuração do *plano comum*, nessas situações, está na *decisão conjunta de executar o delito*, uma vez que o gerente não sabe qual dos funcionários executará o crime, nem mesmo sabe quan-

⁶⁷ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 310.

⁶⁸ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 312-315.

⁶⁹ “domínio funcional do fato”, isto é, quando a contribuição que cada um traz para o fato é de tal natureza que, de acordo com o plano concreto do fato, sem ela o fato não poderia ter sido realizado [...]. Isto deve ser avaliado em consonância com cada fato concreto, e tendo em conta o seu planejamento. Assim, não se pode dizer a priori se o chamado ‘campana’ é autor (coautor) ou partícipe, a não ser diante da modalidade operativa do delito: se o campana facilita a consumação de maneira a torná-la mais rápida, será partícipe, mas, se na sua falta, o fato não pudesse ter sido cometido, será um coautor” (ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual*, p. 640).

⁷⁰ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 92.

⁷¹ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 92-93.

⁷² ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 306.

⁷³ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 92. ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 310-311 e 324.

⁷⁴ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 92.

do será praticado. Aliás, é ainda provável que o gerente desconheça a intenção do funcionário de praticar o delito em coautoria com ele. Enfim, seria uma hipótese em que o funcionário aderiria de forma tácita ao plano elaborado pelo seu superior, o que não é o mesmo que decidir em conjunto com o seu superior hierárquico pela prática do delito⁷⁵⁻⁷⁶.

Contudo, em regra, falta a *contribuição relevante na execução* por parte do superior que emitiu a ordem⁷⁷. Relevante é a contribuição da qual dependa o sucesso do plano criminoso⁷⁸, a partir de uma perspectiva *ex ante*⁷⁹. A contribuição do gerente dá-se por meio da organização do plano e da emissão da ordem, sem participar da execução do evento criminoso⁸⁰.

Nesse sentido é a orientação de Jorge de Figueiredo Dias, para quem essencial é a ideia segundo a qual o princípio do domínio do facto se combina com a exigência de que uma repartição de tarefas que assinala a cada participante a respectiva contribuição para o fato⁸¹.

Em segundo lugar, estão presentes os requisitos que permitem identificar, na conduta do superior hierárquico, os pressupostos da participação por instigação.

Toda forma de participação depende de um fato principal, não tem injusto próprio, depende do injusto do fato principal⁸². Por isso, fala-se em *acessoriedade da participação*.

⁷⁵ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 312-315, p. 309.

⁷⁶ Corroborar, ainda, este entendimento Jorge de Figueiredo Dias ao afirmar que: “Seguro é ainda que a responsabilidade do coautor só se verifica na precisa medida em que a execução se encontra acobertada pela decisão conjunta” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, op. cit., p. 793).

⁷⁷ Nilo Batista fala em “realização conjunta da resolução comum”: “Não basta, pois, ao coautor que seja ele codetentor da resolução comum para o fato [...]; é de mister, já que se trata de um autor, que realize tal resolução, e isto se dá quando disponha ele do domínio funcional do fato” (BATISTA, Nilo. *Curso de Agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 104). Cirino dos Santos fala em “realização comum do fato”: “A realização comum do fato é constituída pelas contribuições objetivas de cada coautor para o acontecimento total, que explicam o domínio funcional do tipo de injusto. As contribuições objetivas para o fato comum podem consistir na realização integral das características do tipo, na realização parcial dessas características ou, mesmo, na ausência de realização de qualquer característica do tipo, desde que a ação atípica realizada pelo coautor seja necessária para realizar o fato típico: por exemplo, na coautoria de roubo, um coautor espera no carro com motor ligado para a fuga, outro coautor desliga o alarme, um terceiro coautor garante a retirada, um quarto coautor controla as vítimas com a arma, um quinto coautor apanha o dinheiro e, ainda, um sexto coautor pode ter planejado, organizado ou dirigido a cooperação no fato comum [...] (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal* – parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 370-371).

⁷⁸ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 310.

⁷⁹ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 96.

⁸⁰ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 96.

⁸¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, op. cit., p. 794.

⁸² Segundo Nilo Batista, o art. 31 do CPB recepciona a tese da acessoriedade da participação (BATISTA, Nilo, op. cit., p. 163).

No caso do superior empresarial, a ordem por ele formulada faz nascer o propósito de realizar a conduta ilícita e, dessa forma, contribui para o crime. Assim, quando em uma grande empresa moderna que participa da vida econômica dentro do ordenamento jurídico, um chefe de departamento exorta um empregado a cometer falsidade documental, caso chegue-se à consumação, ele é somente indutor do delito cometido pelo empregado (ainda quando o empregado seja fungível). Quem trabalha em uma organização constituída no marco da legalidade não está obrigado a obedecer a ordens antijurídicas⁸³.

Segundo Nilo Batista, a participação consiste em livre e dolosa colaboração no delito doloso de outrem⁸⁴, tratando-se de uma extensão típica em virtude da qual um sujeito pode ser punido por lesionar bens jurídicos mediante sua conduta dolosa, ainda que carente do domínio do fato⁸⁵⁻⁸⁶.

Contudo, conforme também anota Nilo Batista, a acessoriedade admite graus e, segundo o penalista brasileiro: “[o] reiterado emprego da expressão crime na disciplina de concurso de pessoas (art. 29, seu § 2º, 30, 31, 62 e seus incisos) não permite a menor dúvida: prevalece, no Direito brasileiro, uma acessoriedade limitada”⁸⁷; ou seja, a dependência da participação limita-se à *tipicidade e antijuridicidade do fato principal*, isto é, ao *tipo de injusto* do fato principal. A *dependência* da participação *limitada* ao tipo de injusto do fato principal constitui a *acessoriedade limitada* da participação⁸⁸, em prejuízo da antiga *acessoriedade extrema*, hoje abandonada, que exigia, também, culpabilidade do fato principal⁸⁹.

Ademais, a participação exige que o fato principal seja doloso⁹⁰ e que a colaboração do partícipe no fato autor seja objetivamente (co)causante para o fato e subjetivamente dolosa⁹¹.

⁸³ Nesse sentido Roxin, op. cit, p. 729.

⁸⁴ Roxin, op. cit, p. 157.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal* – parte general. 2. ed. Buenos Ayres: Ediar, 2011, p. 795.

⁸⁶ Para Roxin: “La participación es un ataque autónomo al bien jurídico mediante colaboración dolosa no constitutiva de autoría en un hecho típicamente antijurídico cometido com dolo típico” (ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 204).

⁸⁷ BATISTA, Nilo, op. cit, p. 165. Também: CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit, p. 374; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et al., op. cit., p. 795. WELZEL, Hans, op. cit., 1993, p. 121. Em sentido contrário, afirmando a exigência da *acessoriedade máxima*: VARGAS RAMOS, Beatriz. *Do concurso de pessoas*: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 74.

⁸⁸ ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 204.

⁸⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 372-373.

⁹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 375. No mesmo sentido: ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 205.

⁹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 206.

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

Nota-se que a *dependência* da participação, expressa em sua natureza *accessória* em face do fato principal, manifesta-se na ausência de *domínio do fato* do partícipe. Diante disso, Juarez Cirino dos Santos diz haver duas consequências importantes: o partícipe não pode cometer excesso em relação ao fato objeto do dolo comum; e a participação delimita a área de contribuição de menor importância⁹².

Enfim, a participação em *tipo de injusto* alheio pode dar-se mediante: (a) *instigação*, quando um agente, dolosamente, convence/provoca outro para a prática de fato típico doloso; ou (b) por *cumplicidade* que ocorre quando alguém coopera/auxilia dolosamente outrem para a prática de fato típico⁹³.

Registra-se que, segundo Nilo Batista, o fundamento da punibilidade da participação não está na corrupção do autor ou na causação do resultado, mas sim no desvalor intrínseco da colaboração prestada a um fato socialmente intolerável (“teoria da promoção”)⁹⁴.

Assim, superior empresarial deve ser considerado *partícipe*, mediante *instigação*, em relação à conduta criminosa do subordinado que cumpre ordem por ele emitida⁹⁵.

A *instigação*, há de se mencionar, exige que o comportamento do instigador seja determinante para o autor cometer o fato, ou seja, pressupõe que o autor não estivesse decidido por si mesmo a realizar o fato criminoso⁹⁶.

Luís Greco e Alaor Leite dedicaram estudo que permite afastar o equívoco existente no Direito Penal brasileiro de considerar autor o mandante⁹⁷. Para esses doutrinadores, a confusão teria origem nas lições do penalista paulista Damásio

127

⁹² a) o partícipe não pode cometer *excesso* em relação ao fato objeto do dolo comum porque excesso pressupõe *domínio comum do fato* e, portanto, *coautoria*; b) a participação delimita a área das contribuições de *menor importância*, necessariamente incompatíveis com a existência do *domínio do fato* – embora nem toda participação seja de *menor importância* e, às vezes, a participação seja tão importante quanto a autoria, como ocorre em algumas situações de instigação (homicídio mediante recompensa, por exemplo) (CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 374).

⁹³ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 157.

⁹⁴ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 158.

⁹⁵ Nesse sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007, p. 156. Também: GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 107. ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 729.

⁹⁶ ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 227. No mesmo sentido: CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 376.

⁹⁷ É importante deixar claro, conforme anotam Luís Greco e Augusto Assis, diante do que se tem visto na jurisprudência brasileira, que estar em um alto posto de uma estrutura hierárquica “não confere domínio do fato ou torna alguém autor daquilo que fazem os inferiores” (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 107). Esse equívoco é notado também por Luís Greco e Alaor Leite em: 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, p. 36-37.

Evangelista de Jesus, escritas no livro *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. São Paulo: Saraiva, 2002, o qual teria incorrido em uma confusão entre domínio do fato, autoria mediata por domínio de organização e instigação⁹⁸. Assim, se

A contrata B para que este mate C, o amante de sua esposa. Após anos de maus-tratos nas mãos de P, M pede ao filho F, maior de idade, que mate o pai tirano. A e M são «mandantes», mas não autores, e sim partícipes, instigadores. Isso com ou sem a teoria do domínio do fato, mais até com ela do que sem ela. Porque sem a teoria, o natural seria entender, arrimado na letra do art. 29, *caput*, CP, que A e M, já por terem concorrido para o crime, são autores. Só teorias que conectam a autoria à realização do tipo, como a teoria formal-objetiva ou a teoria do domínio do fato, farão de A e M partícipes⁹⁹.

Beatriz Vargas Ramos tem a mesma conclusão desses autores citados no que diz respeito à teoria formal-objetiva e, especialmente, no que tange à figura do “organizador”¹⁰⁰. Diz a penalista brasileira que o agente que organiza ou promove a atuação dos demais não é coautor, visto que não realiza atos de execução, nem mesmo por intermédio de outras pessoas, pois limita-se à fase anterior da execução, planejando-a, dispondo sobre seus meios e modos, definindo o papel dos diversos agentes¹⁰¹.

128

Em coerência com tudo quanto ficou assentado recentemente, entende-se que o superior empresarial deve ser considerado *partícipe por instigação* quando seu subordinado age em cumprimento de suas ordens .

Resta apenas investigar a possibilidade de haver *coindução, indução mediata e indução em cadeia*.

A *coindução* verifica-se quando várias pessoas (superiores empresariais), acordadas entre si, conjuntamente “com papéis repartidos” persuadem o autor (subordinado) a praticar o fato¹⁰².

⁹⁸ 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, p. 38.

⁹⁹ 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, p. 37-38.

¹⁰⁰ Segundo Beatriz Vargas Ramos, organizador “[é] aquele que, como o próprio nome está a indicar, organiza a atuação dos executores, planeja a execução, dispõe sobre os meios e os modos da atividade criminosa” (VARGAS RAMOS, Beatriz, op. cit., p. 33).

¹⁰¹ VARGAS RAMOS, Beatriz, op. cit., p. 34.

¹⁰² ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 270.

Já a *indução mediata* ocorre quando o instigador utiliza um terceiro, nas mesmas hipóteses da autoria mediata, a persuadir o autor a praticar o fato¹⁰³. Por fim, há indução em cadeia quando, no exemplo de Roxin, “A” persuade “B” para que induza “C” a uma falsificação de documento. Observa-se, contudo, que não é necessário que o instigador mais distante conheça nominalmente cada um dos indutores intermediários nem mesmo o autor. Sem embargo, certamente há de se examinar em detalhes as exigências de determinação e precisão do dolo do indutor em cada indutor individual dentro da cadeia. Ademais, há de concorrer em cada indutor intermediário o caráter incitador de indução¹⁰⁴.

Acrescenta-se, ainda, que haverá a incidência da *agravante genérica* do art. 62, III, do CPB¹⁰⁵, por ter o superior da empresa *instigado* alguém sob sua autoridade¹⁰⁶.

Outrossim, cabe a referência à questão de a *ordem* do superior ser ilegal. Quando a ordem for legal, o subordinado da sociedade empresária atuará no *estrito cumprimento de um dever legal*. Contudo, atuará no *exercício regular de um direito*, quando a ordem não decorrer de uma imposição de lei, mas estiver fundada no exercício de uma atividade *fomentada* ou *permitida* pelo sistema jurídico¹⁰⁷. Aliás, trata-se de condutas que poderão excluir a tipicidade ou a ilicitude do fato¹⁰⁸.

Porém, tratando-se de *ordem ilegal*, como é o caso aqui, deve-se chamar a atenção para a *inaplicabilidade* da excludente de culpabilidade *obediência*

¹⁰³ ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 271.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 272.

¹⁰⁵ “Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: [...] III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal.”

¹⁰⁶ Não se trata da aplicação da agravante do “agente que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes” (art. 62, I, CPB), uma vez que não se trata de coautoria. Nesse sentido, Nilo Batista: “Sem sombra de dúvida, o organizador é coautor, ainda que não tenha qualquer envolvimento pessoal na execução do delito. [...] Sua coautoria está fundada no domínio funcional do fato, e subsiste se e enquanto detiver este domínio. Não provém da simples circunstância de organizar a engenharia do empreendimento delituoso; [...] Assim, concluímos que a agravante prevista no art. 62, inc. I, CP só é cabível em hipóteses de coautoria” (BATISTA, Nilo, op. cit., p. 106-107).

¹⁰⁷ SANZO BRODT, Luís Augusto. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 181-182.

¹⁰⁸ “[...] o estrito cumprimento de dever legal [...] torna a conduta atípica. O exercício regular de direito, diferentemente, pode afastar a tipicidade ou excluir a ilicitude do comportamento. [...] Com efeito, enquanto os comportamentos em estrito cumprimento de dever legal são sempre exigidos pela ordem jurídica, porque embasados em normas preceptivas (cuja violação acarreta imposição de sanção criminal), quem exerce um direito pode estar realizando uma ação fomentada (embora não seja imposta como observância obrigatória) ou meramente admitida pelo sistema jurídico. Assim, no primeiro caso, o exercício do direito conduz à atipicidade da conduta; no segundo, o que há é a exclusão da ilicitude” (SANZO BRODT, Luís Augusto. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 182).

hierárquica (art. 22 do CPB), por se tratar de relações de Direito Privado, podendo-se cogitar de inexistência de conduta diversas¹⁰⁹.

PUNIÇÃO DO SUPERIOR EMPRESARIAL COM PENA DE AUTOR

Schünemann é partidário desse entendimento. O renomado penalista alemão adota como ponto de partida o critério do *domínio do fato* de Roxin para os *crimes de comissivos comuns* (não especiais, que não exigem condições ou circunstâncias especiais do sujeito ativo)¹¹⁰.

Contudo, Schünemann entende que, nos *crimes de empresa*, especialmente nas relações entre superior e subordinado, sobrepõe-se à participação uma *posição de garante* do superior em razão de seu dever de vigilância sobre a fonte de perigo, materializada na atividade empresarial (ou seja, *empresa* como fonte de perigo)¹¹¹.

No caso objeto deste trabalho, é o superior que toma a decisão determinante sobre a questão da lesão ao bem jurídico, ou seja, o superior é a pessoa que domina o curso do sucesso no marco de sua relação de domínio, e é sobre essas pessoas que o Direito Penal com a ameaça de pena deve se dirigir. Assim, sob essa diretriz, quem exerce o *domínio sobre uma fonte de perigo* não pode ser considerado apenas mero partícipe¹¹²⁻¹¹³.

130

Enfim, em razão da soma dessa dupla posição sob a qual está submetido o superior empresarial (partícipe ativo e garante), Schünemann diz tratar-se de *coautoria*.

¹⁰⁹ CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 154.

¹¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernard. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 428.

¹¹¹ “Quien conduce un vehículo o pasea con un perro peligroso domina esa fuente de peligro y, por consiguiente, posee un dominio sobre las consecuencias provenientes de esa fuente de peligro, independientemente de que intervenga activamente (por ejemplo, azuzando al perro contra un transeunte), o de que sencillamente deje correr el curso del suceso en el marco de su relación de dominio (poe ejemplo, cuando el perro se lanza contra un transeunte y no es llamado por su dueño para que regrese)” (SCHÜNEMANN, Bernard. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro*. Tradução de Mariana Sacher. Original publicado no livro em homenagem ao Prof. Gonzalo Rodríguez Maourullo, Navarra, 2005, p. 41).

¹¹² SCHÜNEMANN, Bernard. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro*. Tradução de Mariana Sacher. Original publicado no livro em homenagem ao Prof. Gonzalo Rodríguez Maourullo, Navarra, 2005, p. 42.

¹¹³ Nas palavras de Schünemann: “[...] considero apropiada la admisión de una coautoría si y porque el principal, por um lado, tiene una posición de garante [...], y, por outro, llega a poseer un control tan intenso sobre el hecho por su contribución activa adicional que sus aportaciones, aisladamente calificables de inducción y participación omissiva, unidas sólo pueden abarcarse adecuadamente por la pena de la coautoría” (SCHÜNEMANN, Bernard, op. cit., 2003, p. 19).

Contudo, deve-se ressaltar que a posição de garante do superior empresarial em razão do dever de vigilância sobre fonte de perigo não se presume em todo e qualquer momento. Deve-se analisar, no caso concreto, se se fazia presente o domínio. Em suma, verificando o comando do superior, saberá que se trata de participação, mas deverá analisar ainda se havia o domínio sobre o fundamento do resultado para, possivelmente, afirmar a coautoria.

Outrossim, seguindo as lições de Wilfried Bottke, estabelecer uma dogmática de autoria com diversas exceções para casos especiais acaba por esvaziar a própria dogmática¹¹⁴. Assim, criar um conceito específico de coautoria para os crimes de empresa esvazia a sistematização do instituto do concurso de pessoas.

PARTICIPAÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE PENA DE AUTOR POR MEIO DE NORMA DE EXTENSÃO

Conforme a orientação doutrinária examinada nesse item, a conclusão jurídica no sentido de considerar o superior empresarial partícipe da conduta realizada pelo seu subordinado em cumprimento a suas ordens, não é razoável, nem legítima. Nas hipóteses tratadas neste trabalho, o instigador exerceria um papel central na realização do evento criminoso, enquanto, nos casos de instigação, a posição do partícipe seria meramente acessória.

Klaus Tiedmann perfila essa proposta. Tiedmann comandou um grupo de penalistas para a estudos sobre crimes econômicos na União Europeia. O resultado desses estudos foi a publicação de uma proposta de projeto sob a seguinte denominação: “Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea” que, no artigo 15, item 2, “b” faz proposta inspirada nesse critério¹¹⁵.

Outra solução apontada é a tese de Wilfried Bottke, que sugere a previsão de *norma de extensão* capaz de estabelecer previamente quem são os possíveis responsáveis pelos resultados ocorridos no marco de uma lei que abrange um grupo de crimes organizados sob uma mesma objetividade jurídica¹¹⁶.

¹¹⁴ BOTTKE, Wilfried, op. cit., p. 24.

¹¹⁵ Art. 15. Responsabilidad por comportamientos ajenos:

1. Será también sancionado como autor, en los supuestos a que se refiere el apartado segundo, quien debido a su dominio sobre otra persona está obligado legalmente a evitar que actúe elicitamente, siempre que tenga conocimiento del hecho y hubiera podido impedir o dificultar esencialmente su realización mediante supervisión adecuada. La pena se atenuará en un cuarto de su extensión si el autor únicamente podría haber dificultado la realización.

2. De acuerdo con el apartado primero, resultan responsables: [...]

b) Los propietarios o directores de un establecimiento o empresa, así como las personas con poder de decisión o control por hechos realizados por subordinados pertenecientes al tráfico del establecimiento o de la empresa

¹¹⁶ BOTTKE, Wilfried, op. cit., p. 29.

É nesse sentido, por exemplo, que caminha a proposta do Corpus Iuris para a proteção ou tutela dos interesses financeiros da União Europeia¹¹⁷:

A necessidade de haver esta *norma de extensão* decorre do caráter imperativo do *princípio da legalidade* que exige a definição prévia dos elementos do tipo. Isso significa que este tipo de cláusula, como anota Juarez Tavares, não pode ampliar indevidamente as possibilidades de punição¹¹⁸, devendo possuir um caráter limitativo do poder punitivo. Deve se ter em mente que estas *normas de extensão* não possuem o conteúdo capaz de determinar a reponsabilidade por conduta alheia, isto é, estas cláusulas não podem significar que o superior é responsável pela conduta de seu subordinado por simplesmente ocupar uma posição no interior da estrutura empresarial¹¹⁹.

Muito próximo disso, mas restrito aos crimes cometidos no exercício de cargos públicos, é o que prevê o § 357 do Código Penal alemão¹²⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo da explanação acerca da responsabilidade penal do superior empresarial pelos atos praticados pelo subordinado em cumprimento às suas ordens, parece ter ficado claro que, *de lege lata*, não é possível falar-se em coautoria, nem autoria mediata e nem mesmo em participação punida com pena de autoria.

132

A coautoria deve ser afastada uma vez que ausentes os requisitos do *domínio funcional do fato*.

¹¹⁷ Si se cometiere un delito por cuenta de una empresa por una persona que se halle sometida a la autoridad del director de la empresa o de otra persona dotada de poder de decisión o control en la empresa, es también penalmente responsable el director de la empresa o el titular de la decisión o el control, si tuvo conocimiento de la comisión del delito, dio instrucción u orden de comprometerlo, dejó que el delito sucediera u omitió las medidas de control requeridas. “Se um fato punível é cometido através de uma empresa, por uma pessoa que está sob a autoridade do dirigente ou de outra pessoa que detenha o poder de controle ou decisão na mesma, então também o dirigente da empresa ou o detentor do controle ou da decisão é responsável, caso tivesse conhecimento do cometimento do fato punível, dado a ordem para o cometimento, deixado ocorrer o fato punível ou omitido as medidas de controle necessárias”. Texto traduzido por Pablo Alflen da citação feita por Roxin em: ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 92.

¹¹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime omissivo*. Madrid-Barcelona-São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 344.

¹¹⁹ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 108.

¹²⁰ § 331 e ss. do Código Penal alemão. § 357. Inducción de un subordinado a un hecho punible (1) Un superior que induzca o trate de inducir a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo o que permita que suceda tal hecho antijurídico de sus subordinados, incurra en el castigo que amenaza a ese hecho antijurídico. (2) La misma determinación se aplicará a un titular de cargo, a quien se le ha encargado de la supervisión o control de los actos de servicio de otro titular de cargo, en tanto que el hecho antijurídico cometido por éste último titular de cargo, afecte los asuntos que se encuentran sometidos a su supervisión y control.

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

Ao reconhecimento da autoria mediata por domínio de organização, falta o pressuposto da atuação em contrariedade ao Direito. Já que, muito diferentemente dos membros de regimes políticos autoritários, a atuação do empresário, em geral, é conformada ao Direito.

À proposta que pretende aplicar ao superior empresarial a pena de autor, objeta-se que estabelecer uma dogmática de autoria com diversas exceções para casos especiais acaba por esvaziar a própria dogmática. Assim, criar um conceito específico de coautoria para os crimes de empresa esvazia a sistematização do instituto do concurso de pessoas.

Por outro lado, ao fim da pesquisa ficou evidente que, à luz do Direito vigente, o cometimento de crime em atendimento à ordem de superior empresarial, à luz do Direito brasileiro vigente, trata-se de participação por instigação.

Entretanto, *de lege ferenda*, reconhece-se que a importância da contribuição do superior hierárquico à execução da conduta pelo seu subordinado supera os limites da mera participação. Não pode ser considerada conduta meramente acessória.

Assim, a melhor solução em termos de política criminal seria tratar o superior hierárquico como *coautor* do ato praticado pelo subordinado que cumpre suas ordens. Propõe-se o caminho da reforma legislativa para incluir em nosso ordenamento uma norma de extensão capaz de atribuir ao superior empresarial uma pena equivalente ao do autor. Única solução compatível com o respeito ao princípio constitucional penal da legalidade.

Tal técnica já é empregada no Direito pátrio, por exemplo, no crime de fuga de pessoa presa (art. 351 do CPB).

Portanto, deve-se estabelecer uma norma penal de extensão de natureza complementar capaz de estabelecer a possibilidade de imputação a título de autor aos superiores hierárquicos que emitem ordens para a prática de crimes.

A imputação efetiva, saliente-se, dependeria ainda da verificação dos seus pressupostos fáticos.

Somente assim se lograria legitimar, no âmbito do Direito Positivo brasileiro, a solução que propõe atribuir-se a condição de coautor àquele que, valendo-se de sua posição de poder de comando no seio da sociedade empresária, emite ordem para prática de crime.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas. *Direito em Revista*, v. 3, n. 1, 2006, p. 8-16.

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

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo A. Japiassú e Daniel A. Raizman. São Paulo: RT, 2008.

AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtude de aparatos organizados de poder. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, n. 20, Universidad Externado de Colombia, 1998.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, [e-pub].

BOTTKE, Wilfried. Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania, tradução de Soledad Arroyo Alfonso, *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 21-29, jan. 1999.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2014.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT, 2007.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa: desde una visión garantista*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresário*. Madrid: Iustel, 2009.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de los delitos cometidos por su empleados*. Trabalho publicado no Seminário em homenagem ao Prof. Dr. Werner Beulke (Passau) em 17 de julho de 2007 e no Seminário do Prof. Dr. Claus Krefß (Colonia) em 24 de agosto de 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007.

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; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FORNARI, Ignacio Carlos ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? In: RUBINSKA, Ramiro M.; SCHURJIN ALMENAR, Daniel (Coords.). *Derecho penal económico*. Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2010. t. I, p. 709-766.

GRACIA MARTÍN, Luis. Actuaciones en lugar de outro y responsabilidad penal. In: 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.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general*. 2. ed. Valencia: Titant lo Blanch, 2007.

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010.

REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. 7. ed. Tradução de Joaquín C. Contreras e José Luis S. G. de Murillo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Tomo I: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Pamplona: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Tomo II: Especiales formas de aparición del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañón; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Pamplona: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. In: Aula Inaugural da Universidade de Luzern, Suíça. Tradução de Pablo Alflen. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*, 21 jun. 2006, p. 69-94.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 309-340.

SANZO BRODT, Luís Augusto. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernard. *El dominio sobre el fundamento del resultado*: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoria incluyendo el actuar en lugar de otro. Tradução de Mariana Sacher. Original publicado no livro em homenagem ao Prof. Gonzalo Rodríguez Maourullo, Navarra, 2005. p. 981-1005.

SCHÜNEMANN, Bernard. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernard. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Seminário Internacional Complutense sobre a responsabilidade pelo produto*, realizado em novembro de 2003 na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la Empresa*. Madrid-Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013.

STRATENWERT, Günter. *Derecho penal – parte general, I: El hecho punible*. Tradução de Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: FJD, 1999.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime omissivo*. Madrid-Barcelona-São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. 2. ed. alemã (2007). Tradução de Héctor H. Basualto; Rodrigo A. Ramírez; Manuel A. A. Vásquez. San Jose: Grijley, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Tradução de Manuel Albano Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

VARGAS RAMOS, Beatriz. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WELZEL, Hans. *Derecho penal – parte general*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma, 1956.

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

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires-Montevideú: BdeF, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal – parte general*. 2. ed. Buenos Ayres: Ediar, 2011.