

TALLYS AUGUSTO DE LIMA MAIA

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA APLICABILIDADE NOS  
CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO, NO DIREITO  
COMPARADO ENTRE PORTUGAL E BRASIL**

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, para obtenção do grau de mestre em Direito e Ciências Jurídicas, especialização em Direito Administrativo.

Professor Orientador: Ana Fernanda Neves.

LISBOA

2020

*Aos brasileiros e aos portugueses, que sonham por uma  
Administração Pública séria, eficiente, impessoal,  
disciplinarmente justa e sem corrupção.*

*À todos que sonham com um mundo justo.*

*“Não sou nem ateniense, nem grego,  
mas sim um cidadão do mundo”.*

*Sócrates*

## RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo a obtenção do grau de mestre no Mestrado de Direito e Ciência Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Versa sobre a Teoria do Domínio do Fato que teve origem na doutrina e jurisprudência alemã. Pretendemos trazer as contribuições dos principais autores, especialmente o desenvolvimento inicial por Hans Welzel, e, posterior de Claus Roxin, dentre outros autores, fazendo uma análise temporal e trazendo os aspectos históricos, a recepção e as críticas. Essa teoria teve uma importante adesão na literatura penal da Europa e da América Latina, sendo desenvolvidos diversos artigos científicos sobre o tema.

Tentaremos definir o conceito de autor, discutir a respeito do concurso de pessoas na perspectiva tripartida de autoria direta, autoria mediata e coautoria, e como uma forma independente de autoria mediada em virtude dos aparatos organizados de poder, descrevendo os pressupostos apontados pelos autores para a delimitação desta teoria. Debater a essencialidade dos critérios pessoais objetivos e subjetivos na ótica da teoria referenciada, as sanções criminais, administrativas e o comportamento da sociedade mundial face ao problema da corrupção no mundo.

Para uma melhor compreensão, faremos uma análise da doutrina e jurisprudência de como tem sido aplicado essa teoria no direito comparado entre Brasil e Portugal. Iremos fazer uma análise dos principais crimes contra o patrimônio público, no âmbito da Administração Pública e dos crimes cometidos pelas empresas econômicas. Realizar um estudo da ótica de sobre a compatibilidade da teoria do domínio do fato, de acordo com os ordenamentos jurídicos dos dois países.

E, por fim, fazer as nossas conclusões de acordo com o tema em estudo, se está sendo aplicada de forma adequada pelos Tribunais Superiores e Constitucionais luso-brasileiros, bem como se essa recepção jurisprudencial está sendo utilizada como critério de imputação da autoria ou para diferenciar os sujeitos que fazem parte da ação.

**Palavras-chave:** autoria, autoria mediada, participação, coautoria, aparatos organizados de poder, teoria do domínio do fato.

## **ABSTRACT**

This dissertation aims to obtain a master's degree in the Master of Law and Legal Science from the Faculty of Law of the University of Lisbon. It deals with the Fact Mastery Theory that originated in German doctrine and jurisprudence. We intend to bring the contributions of the main authors, especially the initial development by Hans Welzel, and later Claus Roxin, among other authors, making a temporal analysis and bringing the historical aspects, the reception and the criticism. This theory had an important adhesion in the criminal literature of Europe and Latin America, being developed several scientific articles on the subject.

We will try to define the concept of author, discuss about the competition of people in the tripartite perspective of direct authorship, mediate authorship and co-authorship, and as an independent form of mediated authorship due to the organized apparatuses of power, describing the assumptions pointed by the authors for delimitation of this theory. Discuss the essentiality of objective and subjective personal criteria from the perspective of the referenced theory. Criminal and administrative sanctions and the behavior of world society in the face of the problem of corruption in the world.

For a better understanding, we will analyze the doctrine and jurisprudence of how this theory has been applied in comparative law between Brazil and Portugal. We will analyze the main crimes against public property, within the scope of public administration and the crimes committed by economic companies. Conduct a study of the optics of the compatibility of the theory of fact domain, according to the legal systems of both countries.

And, finally, to make our conclusions according to the theme under study, whether it is being properly applied by the Luso-Brazilian Superior and Constitutional Courts, as well as whether this jurisprudential reception is being used as a criterion for imputing authorship or for differentiate the subjects that are part of the action.

**Keywords:** authorship, mediated authorship, participation, co-authorship, organized apparatuses of power, fact domain theory.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2. CONCEITO .....</b>	<b>13</b>
<b>3. ASPECTOS HISTÓRICOS.....</b>	<b>19</b>
<b>4. O CONTRIBUTO DE HANS WELZEL .....</b>	<b>29</b>
<b>5. O DESENVOLVIMENTO DE CLAUS ROXIN .....</b>	<b>35</b>
<b>6. DOMÍNIO DA VONTADE EM VIRTUDE DOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER, NA VISÃO DE CLAUS ROXIN .....</b>	<b>44</b>
<b>7. A APLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>53</b>
a) Poder de Mando.....	63
b) A desvinculação do Direito pelo aparato de poder .....	65
c) A fungibilidade do executor direto.....	67
d) A disposição essencialmente elevada dos executores de fato .....	70
e) Como as regras do domínio por organização podem ser transferidas para as empresas econômicas.....	73
<b>8. DOS PRESSUPOSTOS RESTRITIVOS E OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>82</b>
a) Do recebimento indevido de vantagem e concussão .....	85
b) Corrupção passiva .....	90
c) Corrupção ativa .....	95
d) Peculato .....	99
e) Participação econômica em negócio.....	104
<b>9. DO DOLO E DA CULPA .....</b>	<b>110</b>
a) Do dolo .....	111
b) Da culpa .....	116
<b>10. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM PORTUGAL .....</b>	<b>122</b>
<b>11. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO BRASIL .....</b>	<b>141</b>
a) O caso “mensalão” .....	149
b) A Operação Lava Jato .....	153
<b>12. CONCLUSÕES .....</b>	<b>159</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>164</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria do domínio do fato, conhecida no Brasil, ou domínio da organização, como é referenciada em Portugal<sup>1</sup>, foi criada por Hans Welzel, em 1939<sup>2</sup> e desenvolvida, posteriormente, pelo jurista alemão Claus Roxin, em obra publicada em 1963<sup>3</sup>, e adquiriu uma importante projeção internacional na Europa e na América Latina. Embora pouco explorada pela doutrina brasileira e portuguesa, essa teoria tem sido aplicada em diversos processos penais, como a Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro e as condenações no âmbito da Operação Lava Jato<sup>4</sup>.

De acordo com a teoria de origem alemã, inicialmente proposta por uma ideia amparada nos conceitos de uma ação final, para diferenciar o autor de partícipe. Porém, com a sua evolução foi possível atribuir culpabilidade a um autor mediato, que embora não tenha praticado nenhum ato ilegal, conduziu todo o curso do delito, como o verdadeiro senhor do fato.

Os autores mediatos, denominados em algumas obras como “homens de trás” ou “autores de escritório”, e o desenvolvimento da teoria foi motivado pelo processo promovido em Jerusalém contra Adolf Eichmann, um dos principais responsáveis pelo assassinato de judeus no período nazista. Na

---

<sup>1</sup> Em Portugal, assim, em diversas obras de VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Início da tentativa do co-autor. Contributo para a teoria da imputação do facto na co-autoria*; Lex Edições Jurídicas: Lisboa, 1993; “Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato?”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*; Coimbra Editora: Coimbra, 2003; pp. 650 e ss; e “Figura central, aliciamento e autoria imediata”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume 1; Coimbra Editora: Coimbra, 2001, pp. 933 e ss; e BRITO, Teresa Quintela, “Domínio do facto, organizações complexas e autoria dos dirigentes”, in *Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, coordenação de Marua Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes; Coimbra Editora: Coimbra, 2012, pp. 163-200; “Autoria e participação em organizações empresariais complexas”, *CEJ*, pp. 18-33; e SOUSA, Susana Aires, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*; Almedina: Lisboa, 2019, pp. 47-75.

<sup>2</sup> WELZEL, Hans; *O Novo Sistema Jurídico-Penal, Uma introdução à doutrina da ação finalista*; Trad. Luiz Regis Prado; 4ª Ed.; Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

<sup>3</sup> ROXIN, Claus; *Strafttaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*. GA, 1963. P. 192-2017; ver, ainda, por exemplo, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *Revista Penal*, n.º 18, 2006, pp. 242-248 (disponível digitalizada in <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2016943>); “Autoria mediata através de domínio da organização”, tradução de João Curado Neves Lusiada. *Direito*. Lisboa, nY 3 (2005), pp. 41-54, disponível em <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/717/800>.

<sup>4</sup> Por exemplo, Acórdão nº 11 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal e a Ação Penal 470 (Ap470) do Supremo Tribunal Federal do Brasil, e as condenações no âmbito da Operação Lava Jato, que somam 244 condenações, contra 159 pessoas, todas na 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba-PR, sob a condução do Juiz Sergio Moro, em diversos processos, incluindo o que figura como réu Luiz Inácio Lula da Silva, Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, da 13ª Vara Criminal de Curitiba-PR, julgado em 12/07/2017.

decisão, o chefe da Seção de Assuntos Judeus no Departamento de Segurança, do antigo governo da Alemanha oriental de Hitler, foi condenado como autor mediato por homicídio doloso, porque teria ordenado que os fugitivos que quisessem ultrapassar o muro das fronteiras do Estado Alemão oriental, denominado “Muro de Berlim” fossem impedidos, e em caso necessário até mesmo por disparos mortais. Os soldados de fronteira, que eram atiradores de muro, que teriam realizado os fuzilamentos com as próprias mãos, foram igualmente condenados por homicídio<sup>5</sup>. No ano desta escrita, em 2019, completa exatamente trinta anos após a queda do Muro de Berlim, data esta que merece ser recordada.

Na literatura penal no contexto da criminalidade de empresa, foram vários obstáculos e as reservas dirigidas esta teoria, preferindo os autores se referirem a estas situações aos quadros de outra modalidade de autoria, a de participação, coautoria ou a indução à prática do crime<sup>6</sup>.

Roxin, um dos autores da teoria do domínio do fato, rechaça a ideia de que a teoria poderia ter aplicabilidade no âmbito do direito empresarial e nas organizações estruturadas do Estado, uma vez que tal teoria teria como pressuposto estar fora da “ordem jurídica”. Porém, não é o que se aplica atualmente, inclusive na jurisprudência alemã há diversas decisões de responsabilização dos dirigentes hierárquicos membros da estrutura governamental com base na teoria do domínio do fato.

As aplicabilidades nos casos concretos manifestaram lacunas que pretendemos investigar, buscando o respeito ao princípio da legalidade, já que em tese, o autor do fato típico não teria praticado nenhuma ação voluntária, mas tão somente, supostamente ter o domínio do fato e das circunstâncias, uma vez que ninguém pode ser punido a não ser em virtude da lei.

É importante estudarmos a partir da figura central do acontecimento típico um modelo tripartido de domínio do fato, distinguindo entre os critérios de domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade, das quais

---

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. The domain by organization as a mediate independent authorship; Trad. Pablo Rodrigo Aflen; Revista Acadêmica de Direito, Law E-journal, Panóptica: São Paulo, 2006. Trad. Pablo Rodrigo Aflen. P. 69-70.

<sup>6</sup> Nesse sentido SOUSA, Susana Aires; *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*; Almedina: Lisboa, 2019, p. 48.

correspondem as formas de autoria: a autoria direta, coautoria e autoria mediada.

Há também a teoria funcional do fato, que consiste numa verdadeira divisão de tarefas, entre os diversos protagonistas de uma ação típica, com um mesmo objetivo em comum, dividindo a execução de tarefas, podendo ser considerados coautores do delito.

Por outro lado, de acordo com a teoria causal, limitando o conceito do alcance da autoria, igualando todos os agentes, de modo que todos que tenham contribuído de alguma forma seriam considerados autores.

Desta forma, autor não seria apenas aquele que deseja o resultado final, mas que tem sobre o resultado efetivo controle de fiscalização, sendo os partícipes responsáveis pelo controle de sua participação e não sobre o resultado final.

Em um capítulo à parte estudaremos o domínio da vontade em virtude dos aparatos organizados de poder, dentre eles as empresas públicas e a Administração Pública, em virtude do domínio da vontade por meio das organizações dentro da ordem jurídica. A possibilidade da aplicabilidade da teoria do domínio do fato por parte de dirigentes nos crimes cometidos das empresas, possui também grande relevância, assim como no conjunto de pessoas coletivas, de serviços e de órgãos administrativos, de caráter governamental ou não.

Essa teoria passou a ser utilizada recentemente no Brasil, mas ganhou ênfase no combate à corrupção, podendo ser considerado como fundamento preferido do Judiciário e do Ministério Público, principalmente para atribuir a responsabilidade penal aos diretores de empresas, titulares de órgãos públicos, detentores de mandatos, secretários e diversos órgãos de chefia e direção por crimes ocorridos no interior das suas respectivas instituições.

Porém, a sede dos órgãos acusadores brasileiros em punir os políticos e agentes públicos motivado pelo grande quadro de corrupção instalado no país, pode estar utilizando esta teoria de forma inadequada, sem o devido processo legal, para condenar tudo e todos à todo custo, para dar uma satisfação à população de que os órgãos estão de controlo estão agindo e punindo.

De acordo com a teoria em referência, no entanto, não se pode atribuir a autoria da conduta típica aos detentores de funções de chefia e direção pela

mera posição que ocupam, mas é necessário o atendimento a diversos pressupostos restritivos, como se verá.

Além de tudo isso é importante considerar, neste estudo, a relevância dos pressupostos traçados pelos autores da teoria do domínio do fato, os critérios subjetivos e a culpabilidade do dirigente ou agente público.

Podemos perceber que pode ter havido uma grande distorção da teoria do domínio do fato, para que seja possível a sua aplicabilidade nos crimes contra a Administração Pública, tendo sido empregado de forma equivocada por alguns juristas, tornando-se lógica inquisitória, quando desprovida de coerência, distorcendo a sua clara finalidade.

No Brasil, embora tenha sido citada por autores recentes, ganhou ênfase a partir do julgamento da Ação Penal 470, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, conhecida por “mensalão”, principalmente no que diz respeito ao concurso de pessoas e à delimitação da autoria e de suas perspectivas formais<sup>7</sup>.

Em 2005 foi instaurado um inquérito perante o STF para apurar um forte esquema de corrupção e desvio de recursos públicos, com pagamentos mensais de propinas a agentes públicos em troca de apoio ao Governo Federal, à época do primeiro mandato do Ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva – Lula. Com base na investigação, “o Ministério Público Federal promoveu a acusação de 40 (quarenta) indivíduos em razão da prática dos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, do CP), peculato (art. 312, do CP), corrupção passiva (art. 317, do CP), corrupção ativa (art. 333, do CP), lavagem de dinheiro (Art. 1º, V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998), gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas (respectivamente, art. 4º e art. 22, parágrafo único da Lei n.º 7.492/1986)<sup>8</sup>.

O referido processo, a Ação Penal 470 (Ap. 470), teve uma enorme repercussão no Brasil e no Mundo, por se tratar do maior caso de corrupção da história brasileira, até então, e o acórdão com mais de 8 mil páginas ganhou relevância na jurisprudência brasileira a teoria do domínio do fato, utilizando como simples retórica para fins de atribuição de responsabilidade.

---

<sup>7</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Ação Penal 470 (Ap. 470), Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2012, p. 1162.

<sup>8</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras*; Saraiva: São Paulo, 2014, p. 182-183.

Para fundamentar a responsabilidade penal dos agentes públicos, ora réus na Ação Penal nº 470 (AP 470), a Corte utilizou o critério da presunção de participação, argumentando que “aquele que integra o quadro social da empresa, na condição de gestor ou administrador, tem o domínio do fato”<sup>9</sup>.

Houve claramente uma distorção da concepção doutrinária de Welzel e Roxin, orientada pelo primeiro e procurando fundamentar a partir dos critérios defendidos pelo segundo, o que iremos desenvolver ao longo desta dissertação.

A partir dessa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil, várias outras decisões foram tomadas relativamente a crimes praticados no âmbito da Administração Pública, com base na teoria do domínio do fato principalmente no âmbito da Operação Lava Jato, inclusive, com a condenação do ex-presidente brasileiro Luís Inácio Lula da Silva.

Na doutrina portuguesa, iremos tomar por base o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 11/2009, de 18/06, Processo n.º 305/09 – 3.ª – Fixação de jurisprudência, que explora a teoria, no julgamento de um crime de homicídio, na forma tentada, especialmente no que dedica a atribuição de autoria mediata, onde “(...) [o homem de trás] quem realiza o tipo penal de maneira para a execução da acção típica se serve de outrem [homem de diante] como ‘instrumento’”<sup>10</sup>, cujo autor Jescheck foi citado no ponto III.1<sup>11</sup>.

A referida decisão, que cita Figueredo Dias, trata o tema como um conceito aberto, na expressão de Roxin, “cujo conteúdo é suscetível de adaptar-se às variadíssimas situações concretas da vida e que só na aplicação alcança a sua medida máxima de concretização”<sup>12</sup>. Defende ainda que o domínio do fato pode e deve ser aperfeiçoado segundo as circunstâncias do caso, à luz das diversas espécies de autoria e de resultados que devem ser alcançados (III.1).

Por outro lado, a doutrina portuguesa, como por exemplo Susana Sousa, que é autora incontornável na matéria, dirige crítica à possibilidade de aplicar, no âmbito da criminalidade de empresa, “a figura da autoria mediata do

---

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, AP 470/MG, cit. p. 1162.

<sup>10</sup> PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 11/2009, julgado em 21/07/2009;

<sup>11</sup> PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão nº 11/2009, cit. ponto III.1

<sup>12</sup> *Idem*.

dirigente por via do domínio da organização”<sup>13</sup>, conhecida por aparelhos organizados de poder.

A problemática da criminalidade empresarial, e, de acordo com o nosso estudo, a estrutura hierárquica da Administração Pública, sugere aos casos em que o subordinado, também chamados de executores ou “homens de frente”, executa dolosamente um crime por ordem de seu superior hierárquico, como controle da atividade por meio das organizações estruturadas de poder.

Pretendemos citar os principais crimes cometidos no âmbito da Administração Pública, exemplificar de forma hipotética e fazer referência aos principais pressupostos delineados por Roxin, no âmbito dos aparatos organizados de poder.

A relevância da culpabilidade mostra-se imprescindível na elaboração deste trabalho, tendo em vista que o elemento volitivo é necessário para a imputação dos crimes no âmbito da Administração Pública, bem como são requisitos necessários na literatura penal portuguesa e brasileira.

Nesse sentido, da mesma forma que foi desenvolvida no Brasil, poderia se enquadrar aqueles que ocupam cargos de direção, superior hierárquico, no âmbito da autoria mediata, ou seja, o domínio da vontade do instrumento pelo homem de trás, em que as ordens dadas assumem um modo automático, considerando meros instrumentos que respondem às ordens ou instruções de seus chefes.

Na presente dissertação, pretendemos analisar o âmbito da responsabilidade criminal dos agentes públicos por crimes praticados contra o património público e crimes cometidos no exercício de suas respectivas funções. O objetivo é de traçar os pressupostos desenvolvidos na teoria do domínio do fato, e traçar um caminho levando em consideração o domínio da vontade em virtude dos aparatos organizados de poder.

E para concluir pretendemos fazer uma análise da teoria do domínio do fato e relacionar com os códigos penais dos dois países a fim de identificar a compatibilidade ou não com as normas criminais internas.

---

<sup>13</sup> SOUSA, Susana Aires de. “A responsabilidade criminal do dirigente: Algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial”. in *Estudos em homenagem ao Senhor Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Studia Iuridica*, Volume II, 2009, p. 13.

## 2. CONCEITO

No Direito Penal existem algumas teorias para a classificação de autor e partícipe, sendo as principais: teoria unitária, teoria restritiva, teoria extensiva e teoria do domínio do fato ou teoria do domínio da organização<sup>14</sup>. Para este trabalho, também será interessante conceituar o concurso de pessoas<sup>15</sup>.

A teoria unitária determina que todos, que em algum momento da execução tiveram participação na prática dos fatos, serão autores e receberão as mesmas penas.

Na teoria restritiva, o autor é quem realiza o ato direto, que realiza o crime de forma mediata, conforme descrito na lei penal, e o partícipe é aquele não executou o crime, mas de outra forma contribui para o resultado, porém, sem sua ação este não seria possível.

Na teoria extensiva, o autor é quem deseja o resultado, ou seja, aquele que quer que o resultado aconteça, e embora todos que participaram sejam considerado autores, podem receber penas diferentes.

De acordo com Susana Aires de Sousa, “autor é quem ‘toma a execução nas suas próprias mãos’, de tal modo que dele depende decisivamente o *se* e o *como* da realização típica porque tem e quer o controlo do acontecimento”<sup>16</sup>.

De acordo com o jurista brasileiro Victor Gonçalves: “autor é quem tem o domínio do fato”, ou seja, controle pleno da situação, com poder de decidir sobre sua prática ou interrupção, bem como acerca de suas circunstâncias.”<sup>17</sup>. Desta forma, o mandante pode ser considerado o autor, enquanto pela teoria restritiva, o mandante seria partícipe.

---

<sup>14</sup> Nesse sentido: JESUS, Damásio E. de; *Direito Penal: Parte Especial*; Saraiva: São Paulo, 2010, p. 450; e MIRABETE, Julio Fabrini; *Manual de Direito Penal: Parte Especial*, Vol. II, 31ª Ed.; Atlas: São Paulo, 2011. p. 211.

<sup>15</sup> Código Penal Brasileiro: Concurso de pessoas.

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

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

<sup>16</sup> SOUSA, Susana Aires, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*; cit. p. 49.

<sup>17</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; *Direito Penal: Parte Geral*, 13. ed.; Coleção sinopse jurídicas, v.7; Saraiva: São Paulo, 2007, p. 102.

De acordo com o Art. 29 do Código Penal Brasileiro: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”<sup>18</sup>.

Já o Código Penal Português, assim dispõe: “É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”<sup>19</sup>. Germano Marques da Silva observa que a distinção entre autor material e autor moral “é puramente doutrinária; o Código fala simplesmente em autores”<sup>20</sup>. No que se refere à participação, precisa que nestas “várias pessoas cooperam no crime”, havendo que “destrinçar qual a forma de cooperação de cada”<sup>21</sup>.

Concordamos com a posição majoritária da doutrina brasileira, que adotou a teoria restritiva, que tem como ponto de partida o entendimento que “nem todos os intervenientes no crime são autores”, como defende Cezar Bitencourt em sua obra, e preceitua que somente é autor aquele que realiza a conduta típica, os demais poderão ser considerados coautores ou partícipes<sup>22</sup>. Na mesma linha se posiciona Damásio de Jesus, defendendo que “Autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias”<sup>23</sup>.

Já o Código Penal Português, considera autor, o executor, por si mesmo ou por intermédio de terceiros e quem determinou a sua execução, que podemos considerar uma teoria mais extensiva em relação do Código Penal Brasileiro<sup>24</sup>.

Além destas teorias, podemos conceituar as teorias de autoria de acordo com o critério objetivo e subjetivo, levando também ao entendimento da existência de um autor e de um partícipe.

---

<sup>18</sup> BRASIL, *Código Penal*. Lei nº 2.848 de 7/12/1940, artigo 29.

<sup>19</sup> PORTUGAL, *Código Penal*, DL nº 48/95 de 15 de Março, artigo 26º.

<sup>20</sup> SILVA, Germano Marques; *Direito Penal Português, Parte Geral*, II (Teoria do crime): Verbo: Lisboa, 1998, p. 281.

<sup>21</sup> SILVA, Germano Marques; *Direito Penal Português*, cit., p. 280.

<sup>22</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, vol. 1, 18ª ed.; Saraiva: São Paulo, 2012, p. 549-550.

<sup>23</sup> JESUS, Damásio E. de; *Direito Penal: Parte Geral*; volume 1; Saraiva: São Paulo, 1999, p. 405.

<sup>24</sup> PORTUGAL, *Código Penal*, DL nº 48/95 de 15 de Março, artigo 26º.

De acordo com Alberto Franco, “é autor todo aquele que gerou a condição para causação de um evento típico”<sup>25</sup>. Ou seja, pela teoria de autoria subjetiva, qualquer participação mínima no crime seria considerado autor, elevando ao máximo o conceito de autoria, e ao mínimo o conceito de participação.

Em contraponto a essa teoria maximalista do conceito de autoria, surgiu o conceito da teoria objetiva, ou teoria formal objetiva, com um caráter bem mais restritivo, ensinando o mesmo autor: “autor é somente aquele que realiza, ainda que em parte, uma figura típica”<sup>26</sup>. Por esta interpretação somente poderá ser considerado autor aquele que comete por si mesmo a ação típica, pois a simples contribuição, mediante ações não típicas, não pode ser objeto de crime.

Desta forma, há uma clara distinção entre autoria e participação. Porém, tal classificação não deve ser levada aos extremos, sendo salutar verificar cada ato correspondente. Por este entendimento não pode ser participante do crime aquele que evidentemente teve o domínio dos atos típicos, pois seria considerado autor pela própria natureza.

A teoria do domínio do fato ou da organização, por sua vez, traz um novo conceito de autoria, que de acordo com Pablo Rodrigo Alflen, “tal teoria – que teve como precursor o penalista alemão Welzel – parte, fundamentalmente, de que nem uma teoria puramente objetiva, nem uma puramente subjetiva, são apropriadas para fornecer um conceito convincente de autoria, delimitar suas respectivas modalidades e distingui-las das formas de participação”<sup>27</sup>. Claus Roxin escreve:

“Las tres formas de participación punible (autoría, inducción, complicidad) presuponen todas ellas la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, de modo que las teorías generales de la imputación objetiva solo sirven para excluir algunas contribuciones causales que no son siquiera consideradas como conductas de complicidad. Para la determinación de la autoría se precisa pues una forma de imputación especial adicional. Aquí ha encontrado una gran resonancia internacional la teoría del dominio del hecho, teoría de la que siguiendo a WELZEL y a otros autores me ocupé ampliamente y

---

<sup>25</sup> FRANCO, Alberto Silva; *Código Penal e sua interpretação*, 8ª Ed.; Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, p. 475;

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*. cit. p. P. 82.

que en recientes Sentencias ha sido también utilizada por la *Corte Penal internacional*.<sup>28</sup>

Podemos perceber que Welzel rechaça o conceito causalista da ação e todas as suas consequências de modo a inserir em seu lugar a ideia de ação como “relação final da vontade e do resultado”<sup>29</sup>. Daí, podemos extrair a lição de que o resultado pertence à pessoa, por conduzir o acontecimento, numa organização estrutural, em que a vontade e a realização da vontade integram a própria ação, baseados em que todos os tipos de autoria, seja de forma dolosa ou culposa, que são baseados em um princípio único, buscando para todos os tipos penais um conceito único de autor.

Aperfeiçoando a obra de Welzel, Roxin diz em sua teoria do domínio do fato que é possível a existência de um autor por detrás de outro plenamente responsável.

Essa teoria foi citada em Portugal no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 11/2009, citado, como sendo o autor: “quem, de acordo com o significado do seu contributo, governa o curso do facto ou como significativamente foi já decidido no STJ segundo a importância da sua contribuição efectiva, comparte o domínio do decurso do facto” (III,1.)<sup>30</sup>.

O referido Acórdão também se orienta pelo critério de três orientações: a teoria objetivo-formal, objetivo-material e a teoria do domínio do fato.

A teoria objetivo-formal que, por esse critério são atos executórios aqueles que iniciam a realização da ação típica e é decisivo para a concretização do fato típico, ou ser este considerado crime todos os atos executivos previstos no tipo legal.

Já para a teoria objetivo-material, ao qual referenciamos à teoria restritiva ou objetiva, só pode ser considerado autor aquele contribuisse de forma objetiva de forma essencial para o fato típico.

---

<sup>28</sup> ROXIN, Claus; “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, *InDret, Revista para Análises del Derecho*, nº 4, 2012, p. 13.

<sup>29</sup> WELZEL, Hans. *Über Wetungen im Strafgesetzbuch*; P. 26, citado por: ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 87.

<sup>30</sup> PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça. *Acórdão nº 11/2009*, CJ/STJ - 22.11.2006 - xlv, 3/230.

De acordo com o Acórdão citado, estas teorias foram abandonadas pela doutrina, sendo que a primeira por não oferecer critério de distinção entre causalidade do fato e autoria, e a segunda, por desconhecer o aspecto subjetivo na caracterização da contribuição do fato (IV-C). Desta forma, a teoria do domínio do fato, vinda do finalismo, defende que “nos crimes dolosos autor é quem domina finalmente a execução do facto, o controlo final do facto é o critério decisivo da acção” (Acórdão citado, ponto IV-C, al.c).

Tal teoria foi utilizada para condenar o executor, considerando-o como autor do crime de homicídio de forma tentada por ter planeado a morte de uma pessoa, contactando outrem para sua concretização, que manifestou aceitar, mediante pagamento de determinada quantia.

De acordo com o Ministro Joaquim Barbosa, Relator da AP nº 470,

“em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico.

Nisso está a ação final.

Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria”<sup>31</sup>.

A referida decisão no âmbito do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, recebeu diversas críticas pelos juristas, inclusive o próprio Claus Roxin, pois houve a condenação de um Ex-Ministro, classificando-o como detentor do domínio funcional do fato e fundamentado por sua mera condição de chefia, totalmente contrário aos ensinamentos da teoria alemã, para quem ocupa cargos de poder jamais poderá pressupor domínio de fato, na medida em que o próprio autor rechaça a ideia de que a teoria do domínio do fato pudesse estar vinculada à ordem jurídica.

---

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, AP 470/MG, cit. p. 1162.

Na nossa opinião, a teoria do domínio do fato condenou Réus brasileiro pelos delitos de formação de quadrilha e corrupção no âmbito da Administração Pública, sem que se tenha apresentado provas contundentes e sem considerar a relevância dos atos de cada coautor.

A diferença destas duas decisões, apesar de citar a mesma teoria, em casos diferentes, é que o acórdão português condena uma pessoa por ter encomendado a morte de outra pessoa, detendo assim o domínio do fato, e o acórdão brasileiro condena réus, pressupondo que estes tinham o domínio do fato, por exercer uma condição de chefia, e que pelo simples fato de sua posição hierárquica possuía o domínio do fato.

### 3. ASPECTOS HISTÓRICOS

As expressões “domínio do fato” e “domínio sobre o fato” foram empregadas pela primeira vez no Direito Penal por Hegler, um jurista alemão, em sua monografia no ano de 1915. Porém, muito diferente do que se tem como ideia de hoje, uma vez que enxergava o domínio do fato como um elemento da personalidade, do sujeito do crime<sup>32</sup>.

Hegler considerava o domínio do fato como um elemento da figura do sujeito do delito, com relação aos requisitos materiais da culpabilidade, ou seja, imputabilidade, dolo e imprudência, bem como tratava sobre a ausência de excludentes de ilicitude. Para o autor, “somente agia com culpabilidade quem tinha o domínio do fato”<sup>33</sup>. Desta forma, o sujeito atua culpavelmente somente se tiver o pleno domínio, ou seja, é o senhor do fato em sua concreta manifestação o autor imputável e não condicionado. E atribui tal domínio do fato ao autor imprudente, quando não se possuía a intenção de evitar o fato, mas quando era de se esperar tal resultado. Porém, para delimitar o conceito de autoria, Hegler não empregava o critério do domínio do fato, diferente do que os autores ensinam atualmente.

Somente 15 anos depois, em sua monografia *Zum Wesen der mittelbarer Täterschaft*, Hegler expõe sua doutrina e afirma que a essência da autoria mediata reside na supremacia do sujeito detrás. Assim, o agente atua sem culpa, sem imprudência ou imperícia, e pode ser considerado o executor aquele que é o pleno senhor do fato ou tem o domínio do fato de forma mais intensa. Para Alflen, entretanto, pontua que suas considerações sobre o tema não representavam a conceituação do domínio do fato e, muito menos, uma teoria propriamente dita<sup>34</sup>.

Em 1932, Bruns, em sua obra *Kritik der Lehre vom Tabestand*, também utilizou a expressão domínio do fato. Desta vez, atualizou a expressão para distinguir autoria e participação. O autor utilizou o termo de acordo com a teoria da adequação. Para ele, “considerar-se-ia como autor aquele que, dolosa

---

<sup>32</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p.83; e COLLANT, Guilherme Coelho; A Teoria Finalista da Ação e as Bases do Código Penal, Revista da Faculdade de Direito: Belo Horizonte, publicado em 11/11/2018; P. 164.

<sup>33</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato na doutrina*, cit. p.83.

<sup>34</sup> *Idem*.

ou culposamente, revelasse a possibilidade de dominar o fato, ou seja, agisse propiciamente à ocorrência”<sup>35</sup>.

Para Alflen, a ideia fundamental de Bruns era a de que “a autoria – dolosa ou culposa – pressupõe, pelo menos, a possibilidade de domínio do fato que, inclusive, deve ser inerente à conduta desde princípio”<sup>36</sup>, desta forma só é possível a existência do domínio do fato quando um ato praticado é adequado para causar o resultado e que a instigação e o auxílio não são suficientes para atribuir o domínio do fato em relação ao resultado final.

Schoroeder, no entanto, entende que a concepção de Bruns está longe de ter relevância, pois tem dificuldade em diferenciar os conceitos claros de autoria e participação a partir do critério do domínio do fato, e suas considerações foram excessivamente superficiais. Ademais, tais argumentos representam causas de ampliação da punibilidade e não demonstram os efeitos práticos da sua concepção<sup>37</sup>.

Em 1935, três anos depois de Bruns, *Hellmuth von Weber*, também utilizou a expressão domínio do fato para justificar o emprego teoria subjetiva na delimitação do conceito de autoria e conseqüente distinção da participação<sup>38</sup>. Ele transporta a expressão até então compreendida de maneira objetiva ao âmbito subjetivo, referido ser autor quem pratica o fato com vontade própria.

Nas considerações sobre o autor da obra, Roxin afirma que Weber comete a mesma falha de Bruns, pois não define o conceito de domínio do fato. E divergindo de Roxin, Schoroeder adverte que antes de Weber, a ideia de domínio do fato já teria sido utilizada por Berges e Lobe<sup>39</sup>.

Berges, de acordo com Alflen, não desenvolve propriamente uma teoria, mas uma paráfrase à teoria subjetiva, e refere-se que a autoria é

---

<sup>35</sup> UCHOA, Larissa Gomes; *O Supremo Tribunal Federal e a Teoria do Domínio do Fato*; Publicado em 06/2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/49207/o-supremo-tribunal-federal-e-a-teoria-do-dominio-do-fato>>, p. 1.

<sup>36</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 84.

<sup>37</sup> SCHOROEDER, Friedrich-Christian; *Der Tatter hinter dem Tater*. p. 60; também ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*, p. 61-61; ambos citados em ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 84.

<sup>38</sup> Veja-se o desenvolvimento completo da distinção em WEBER, Hellmuth Von; *Lineamientos del Derecho penal alemán*, Trad. de Leonardo G. Brond, Buenos Aires: Ediar, 2008, pp. 68-76; ver também comentários a respeito em ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*; e na mesma linha; ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 85.

<sup>39</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p.85.

dominada pelo autor e que a participação é a contribuição para o preenchimento do tipo dominado por outrem.

Já Lobe, teve uma particular importância, pois apresentou um conceito de domínio do fato. considerando que “a autoria determina-se de acordo com elementos subjetivos, a saber, o *querer* o resultado, o domínio e a condução fática da execução, o *animus domini* e o respectivo *dominare* realmente a execução”<sup>40</sup>.

Porém, Lobe descuida do conceito de autoria mediata e apresenta uma concepção puramente formal, ou seja, para ele só se considera autoria mediata quando o agente não pode ser considerado autor. Ademais, Lobe ainda assim não desenvolveu propriamente uma teoria, não distinguiu das formas de participação, apresentando uma ideia de querer o resultado e dominar a condução fática da execução, que muito se aproxima da ideia apresentada por Roxin.

Além desses autores, Eberhard Schmidt em 1936, também tenta desenvolver seu conceito extensivo de autor através da ideia de domínio do fato, referindo que “somente ocorre uma conduta de autor onde a orientação intencional do agente aponta como o senhor do fato... e é certo... que essa orientação intencional que caracteriza o domínio do fato... pressupõe um dever militar específico”<sup>41</sup>.

E assim como os demais, Schmidt não traz um conceito concreto sobre o domínio do fato e também não desenvolve uma teoria propriamente dita, mas elabora sua ideia sobre o tema em torno dos crimes praticados por militares.

Em síntese, até o momento, podemos considerar diversos pontos de partida elaborados de acordo com as ideias apresentadas pelos autores. Hegles desenvolve a teoria da culpabilidade; Bruns e Weber, as concepções causais na teoria subjetiva; Lobe faz uma concepção crítica e Schmit traz a ideia de dever.

Entendemos que alguns autores, no princípio, tiveram dificuldade de trazer um conceito mais concreto sobre o domínio do fato, e de longe consideramos que formaram um teoria, embora tenham sido citados em suas

---

<sup>40</sup> ROXIN, Claus; *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit. p. 84-85; e no mesmo sentido ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*. cit. p. 85.

<sup>41</sup> SCHMIDT, Eberhard; *Die militarish Straftat und ihr Tater*, 1936, citado em ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*, p. 63, e no mesmo sentido ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 86.

obras as expressões aqui estudadas, com exceção de Hans Welzel e Claus Roxin, que trouxeram em suas obras a construção científica de uma teoria do domínio do fato propriamente dita.

Como contributo de nossa dissertação, por se tratar da aplicabilidade da teoria do domínio do fato na Administração Pública, em especial em Brasil e Portugal, é importante fazer um apanhado sobre como essas teorias tiveram nesses países o seu ponto de partida.

Em Portugal, o Código Penal dispõe que, “salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são suscetíveis de responsabilidade criminal”<sup>42</sup>. No Brasil há um entendimento de que somente é possível a responsabilidade penal das pessoas coletivas (pessoas jurídicas) nos crimes previstos pela Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente<sup>43</sup>.

De acordo com Brodt e Meneguim, dado o reconhecimento da punibilidade da autoria, cuja execução tenha se dado por ocorrência de outra pessoa, não havia a necessidade de a lei consagrar expressamente a punibilidade da pessoa coletiva. Posteriormente, várias modificações ampliaram a responsabilidade da pessoa jurídica, “introduzindo um verdadeiro sistema de imputação penal dos entes coletivos no país”<sup>44</sup>.

De acordo com os autores Luiz Brodt e Guilherme Meneghin, na obra Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica:

A atual redação do art. 11 estabeleceu o princípio da especialidade e os pressupostos básicos para essa imputação: crime realizado em nome e no interesse coletivo por pessoas que ocupem posição de liderança na pessoa coletiva ou por quem aja sob autoridade dessas pessoas em virtude de deveres de vigilância e controle.<sup>45</sup>

Vejamos a transcrição do Art. 11º do Código Penal Português:

---

<sup>42</sup> PORTUGAL, Código Penal, DL nº 48/95 de 15 de Março, artigo 11º.

<sup>43</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, artigo 3º.

<sup>44</sup> BRODT, Luiz Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilhereme de Sá; *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado*; Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 39, disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.961.10.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.961.10.PDF).

<sup>45</sup> *Idem*, p. 39.

## Art. 11. Responsabilidade das pessoas singulares e coletivas

1 – Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são suscetíveis de responsabilidade criminal.

2 – As pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 144.º-B, 152.º-A, 152.º-B, 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 376.º, quando cometidos:

- a) Em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou
- b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

(...)

4 - Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade.<sup>46</sup>

Levando em considerações as inovações trazidas pela legislação penal portuguesa, é importante citar que o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 11/2009, trouxe a discussão do tema do domínio do fato para a jurisprudência portuguesa.

O referido acórdão trata de um julgamento de um crime de homicídio na forma tentada, onde o agente teria decidido e planeado a morte de uma pessoa, contratando outrem para a sua concretização, que aceitou a proposta, mediante determinada quantia em dinheiro, vindo em consequência o mandante a entregar-lhe parte dessa quantia e dar-lhe indicações relacionadas com a prática do fato, na convicção e expectativa dessa efetivação, ainda que esse outro não viesse a praticar qualquer ato de execução que tivesse o resultado final.

Ainda de acordo com o acórdão “é autor quem, de acordo com o significado de seu contributo, governa o curso do facto ou como significativamente foi já decidido no STJ segundo a importância de sua contribuição efectiva, comparte o domínio do decurso do facto”<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> PORTUGAL, *Código Penal*, DL nº 48/95 de 15 de Março, artigo 11º.

<sup>47</sup> PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça; *Acórdão nº 11/2009*, cit. ponto III.1, H2.

É importante mencionar, nesse contexto, que o Código Penal português adotou um conceito extensivo de autor, e nesse caso, é considerado um participante principal.

Desta forma, a teoria do domínio do fato, referida no citado acórdão, que é proveniente do finalismo, defende que nos crimes dolosos o autor é quem domina a execução do fato, tem o seu controle e tem o poder decisivo da ação.

Esta teoria actualizou-se em teoria objectiva-subjectiva em que o controlo final não requer apenas a finalidade mas ainda uma posição objectiva que determine o efectivo domínio do facto, combinando o ponto de partida do conceito restritivo de autor com uma certa flexibilidade na integração da autoria que engloba não só o autor material mas também a autoria mediata e o caso de co-autoria.

Citando Roxin, em sua obra publicada em 1970, o Supremo Tribunal de Justiça<sup>48</sup>, destaca que a teoria do domínio do fato ficou conhecida sobretudo a partir das reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal, que em homenagem a Hömig, esboçou para os crimes de resultado uma teoria geral de imputação completamente desligada do dogma causal, deslocando o centro de gravidade da ação, da esfera ontológica para a normativa, com fundamentos em critérios de: diminuição de risco, criação ou não criação de um risco juridicamente relevante; aumento ou falta de aumento de risco permitido, a esfera de proteção da norma, como critério de imputação.

Na teoria do domínio do facto, autor é, em síntese, quem domina o facto e dele é “o senhor”, dependendo o se e o como da realização típica - distinguindo-se aliás e, por vezes, um domínio positivo do fato, a capacidade de fazer prosseguir até à consumação e um domínio negativo, que é a capacidade de o fazer acontecer, sendo pois o autor a figura central do acontecimento, em que numa unidade objectiva-subjetiva o fato aparece como obra de uma vontade que dirige o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objetivo.

Ainda, de acordo com STJ, o instigador não seria nunca autor, mas mero participante, ficando deste modo sujeito aos princípios limitadores da punibilidade da participação, nomeadamente o princípio da acessoriedade, e da

---

<sup>48</sup> PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça; *Acórdão nº 11/2009*, cit. ponto IV, C, c.

sua menor punição, situações estas verificáveis em casos em que a doutrina alemã apelida de erro sobre o sentido concreto da ação, em domínio da organização como os aparelhos organizados de poder e eventualmente no âmbito da criminalidade empresarial e do Direito Penal internacional.

Nesse sentido fixado a seguinte jurisprudência:

É autor de crime de homicídio na forma tentada, previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 22.º, n.os 1 e 2, alínea c), 23.º, 26.º e 131.º, todos do Código Penal, quem decidiu e planeou a morte de uma pessoa, contactando outrem para a sua concretização, que manifestou aceitar, mediante pagamento de determinada quantia, vindo em consequência o mandante a entregar-lhe parte dessa quantia e a dar-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, na convicção e expectativa dessa efectivação, ainda que esse outro não viesse a praticar qualquer acto de execução do facto.<sup>49</sup>

Já no Brasil, considerando o aumento da prática delituosa cometido em concurso de pessoas, especialmente no julgamento de crimes contra a Administração Pública e a dificuldade de penalizar estes coautores, inclusive que não são facilmente identificadas, incitou-se a necessidade de se reportar a teoria do domínio do fato, como motivo a justificar determinadas decisões.

O caso mais conhecido, a Ação Penal 470 do STF, e que consideramos como ponto de partida na aplicabilidade da expressão no Brasil, que ficou conhecido como mensalão. Em 2005, instaurou-se um inquérito perante do Supremo Tribunal Federal do Brasil, para apurar um esquema de corrupção e de desvio de dinheiro público, caracterizado pelo pagamento mensal de propinas a membros do Congresso Nacional, entre Deputados e Senadores de diversos partidos políticos, em troca de apoio ao Governo Federal.

---

<sup>49</sup> Refere-se o Acórdão recorrido: A instância recorrida proferiu acórdão absolutório por perfilhar o entendimento de que, configurado o caso dos autos como integrando a figura de instigação, esta não era de punir porquanto não se constataria qualquer acto de execução ou começo de execução (1). H.2) Na verdade, a autoria conexas-se com a execução. Não há autoria sem execução. Mas autor não é apenas aquele que executa o facto por si mesmo. Autor é também, com efeito, aquele que executa o facto por intermédio de outrem. É a autoria mediata. É sabido que o artigo 26.º do CP adoptou um conceito extensivo de autor. É no fundo, um 'participante principal' (Cf. Cavaleiro Ferreira - Lições - 1 - 4.ª ed., 473). Para a teoria do domínio do facto aqui tão citada, é autor quem, de acordo com o significado do seu contributo, governa o curso do facto ou como significativamente foi já decidido no STJ 'segundo a importância da sua contribuição efectiva, comparte o domínio do decurso do facto' (CJ/STJ - 22.11.2006 - xlv, 3/230).

Na ocasião do julgamento da Ação Penal, no afã de imputar autoria a alguns acusados, empregou uma “verdadeira anomalia”, a qual intitulou teoria do domínio do fato<sup>50</sup>.

Isto porque, em primeiro lugar, o recurso às teorias do domínio do fato e da organização foi o caminho para fundamentar a responsabilidade penal dos sujeitos em posição de comando, e não apenas o critério de determinar, por exemplo, se determinado sujeito deveria ser considerado instigador ou autor mediato de um pato punível<sup>51</sup>.

Superadas as notas introdutórias sobre como o instituto têm sido aplicados no Brasil e Portugal, passaremos a destacar a concepção hoje utilizada, na ideia traçada por Welzel e Roxin, ambos citados nos julgados do Acórdão nº 11 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal e na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal Brasileiros.

Mas, sem dúvidas, para termos de considerações do ponto de formulação, temos que a teoria do domínio do fato desenvolvida nos dias de hoje deve ser considerada a partir da concepção de Welzel, que procurou elaborar pela primeira vez uma teoria propriamente dita do domínio do fato, que fosse orientada por critérios bem definidos e que servisse de diretriz para o desenvolvimento, posteriormente da teoria e da participação.

Só que o jurista alemão Claus Roxin foi o autor que dispensou os maiores esforços até os dias de hoje, especificamente a respeito da ideia do domínio do fato como critério para delimitação da autoria, e radica justamente na ideia de domínio de vontade e na caracterização da autoria mediata.

Após a obra de Roxin, em 1994 o Supremo Tribunal na Alemanha aceitou a tese jurídica apresentada e provocou uma quantidade visível de posicionamentos científicos.

Nesta decisão um membro do assim chamado Conselho Nacional de Defesa, do antigo governo da Alemanha oriental, foi condenado como autor mediato de homicídio doloso, porque teria ordenado que os fugitivos que

---

<sup>50</sup> BUFFON, Poliana de Oliveira; BRIDI, Carolina Neres; SANCHES, Claudio; WAGNER, Joice Luiza de Flores, Matias; *Teoria do Domínio do Fato: STF Vs Doutrina; Revista Extensão em Foco*, v.5, n.1, 2017, p.135-144.

<sup>51</sup> GRECO, Luis; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no Direito Penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”), 2015, p. 390, disponível em [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015\\_7-8\\_937.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf)

quisessem ultrapassar o muro da fronteira do Estado alemão oriental fossem impedidos de realizar o seu propósito, em caso necessário, até mesmo por meio de disparos mortais.

Mas no âmbito internacional a figura jurídica do domínio por organização encontrou grande ressonância. Nos anos oitenta do século passado ela já foi utilizada no julgamento da Junta Geral Argentina. Ela é levada em conta também no moderno Direito Penal Internacional, isso porque o Estatuto do Tribunal Penal Internacional não só reconhece a autoria mediata, como acentua expressamente que independe de que o executor direto também seja penalmente responsável<sup>52</sup>.

De acordo com Susana Aires de Sousa, o cenário empresarial possui uma estrutura complexa e hierárquica, com a divisão de trabalho que dificulta o conhecimento da origem da decisão criminosa e os responsáveis pela sua execução. Defende ainda que a tendência da literatura europeia e internacional “tem sido justamente no sentido de responsabilizar em primeira linha os órgãos de direção” e de responsabilizar o máximo possível para cima<sup>53</sup>. Como poderemos notar no Art. 28º do Estatuto do Tribunal Internacional, referente à responsabilidade criminal dos chefes militares. Vejamos:

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ratificado pelo Decreto do Presidente da República nº 2/2002, de 18 de Janeiro, e publicado no Diário da República de 18 de Janeiro de 2002, refere-se no art. 28º à responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos e dispõe o seguinte: «Para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal: a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando: i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal; b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente

---

<sup>52</sup> ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. The domain by organization as a mediate independent authorship. Revista Acadêmica de Direito. Law E-journal. Panóptica. 2006. Trad. Pablo Rodrigo Aflen, p. 70.

<sup>53</sup> SOUSA, Susana Aires; *A responsabilidade criminal do dirigente*, cit. P. 11.

responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controlo efectivos, pelo facto de não ter exercido um controlo apropriado sobre esses subordinados, quando: i) O superior hierárquico teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes; ii) Esses crimes estavam relacionados com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos; e iii) O superior hierárquico não adoptou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.<sup>54</sup>

Vejamos a partir de agora as contribuições que deram Hans Welzel, em sua obra em 1939 e Claus Roxin, em sua obra em 1963, para o domínio do fato e as suas críticas.

---

<sup>54</sup> SOUSA, Susana Aires; *A responsabilidade criminal do dirigente*; cit. p. 12.

#### 4. O CONTRIBUTO DE HANS WELZEL

Embora outros juristas tenham citado a expressão do domínio do fato em suas obras, foi Welzel quem procurou elaborar pela primeira vez uma teoria propriamente dita sobre o domínio do fato, orientada por critérios bem definidos e que servisse de orientação para um posterior estudo sobre a teoria da autoria e participação.

Em 1939 apresentou sua ideia de domínio do fato com o seu conceito de ação final. Para ele, a vontade e a realização da vontade formariam a própria ação, ou seja, “a vontade de cometer o fato como próprio restaria por elevada a elemento essencial da autoria, daí a referir que a autoria final é a mais ampla forma de domínio final do fato”<sup>55</sup>.

Desta forma, os influxos decorrentes da introdução da ideia de ação finalista, na dogmática jurídico-penal, sobre a autoria são manifestos, sendo suficiente, para tanto apontar dois aspectos: a distinção entre injusto e culpabilidade e a distinção entre crimes dolosos e culposos já no tipo penal<sup>56</sup>.

No primeiro aspecto, defendemos que Welzel afasta a teoria causalista, colocando como ponto central da questão a relação entre a vontade e o resultado, ou seja, o resultado pertence à pessoa, como sendo a sua obra, por dirigir o resultado de acordo com o seu desejo. Assim, a vontade e a realização da vontade estariam dentro da estrutura da própria ação.

Já no segundo aspecto, na distinção entre crimes dolosos e culposos, não pode haver um único conceito, e para isso é necessário que se faça uma análise detalhada nos delitos supostamente ocorridos com dolo ou culpa. Dentro dessa concepção “autor de um crime culposo é qualquer indivíduo que, por meio de uma conduta que viola a medida exigível de cuidado, causa um resultado típico não desejado”<sup>57</sup>.

Até aí podemos extrair a ideia tripartite: autoria direta, coautoria e autoria mediata. Com vistas a identificar a problemática da autoria na concepção finalista.

---

<sup>55</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*; p. 120; e ROXIN, Claus; *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, p. 85; ambos citados em ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*. cit. pp. 87-88.

<sup>56</sup> SCHILD, Wlfgang. *Tatherrschaftslehre*, p. 11; WOLF, Ernst; *Die Tatherrschaft als Merkmal der Taterschaft*, p. 57. Ambos citados em: ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 87-88.

<sup>57</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 88.

É importante discorrer sobre estes temas, tendo em vista que a Administração Pública, como organização hierarquizada com vários cargos, funções e atribuições, na medida que um crime é praticado contra o patrimônio público, deve ser investigado tais conceitos de forma detalhada, afim de identificar os autores, autores mediatos e coautores, com base na teoria do domínio do fato.

Para determinar a autoria direta, nos crimes dolosos, Welzel utiliza o critério da vontade do autor, e levanta algumas questões como: a questão subjetiva, quando um acontecimento pode ser considerado próprio de autor? O que significa querer o fato como próprio ou alheio? Através da mera vontade, pode tornar um fato qualquer em próprio?<sup>58</sup>.

Levando em consideração tais questões, entendemos que Welzel quis dizer que a teoria subjetiva é deficitária, pois não consegue responder tais questionamentos, pois a vontade de cometer o fato, por si só já é o suficiente para atribuir como ato próprio do agente, de forma objetiva, não sendo suficiente a utilização do critério da vontade.

Daí que se extrai a principal ideia da questão, defendido por Welzel, pois para ele “o domínio do fato corresponde àquele que leva à execução, de forma conscientemente final, a sua decisão de vontade”, e ainda que “é o senhor sobre sua decisão e execução e com isso o senhor sobre ‘seu’ ato, o qual ele realiza de forma conscientemente final em sua essência e existência”<sup>59</sup>.

Assim, o domínio final do fato não é o único critério necessário para determinar a autoria, ainda que em outros momentos necessite pessoalmente do autor. Ou seja, é necessário que o agente tenha o mais amplo domínio do fato, desde a sua vontade, planejamento, execução, numa posição de mais amplo domínio e não apenas o benefício ou desejo final de sua vontade.

Alflen, citando Welzel relaciona sistematicamente os seguintes pressupostos: 1) pressupostos pessoais, decorrentes da estrutura do tipo; a) objetivos, tais como a posição especial de dever do autor (funcionário público, militar, comerciante, mãe, médico, advogado, etc.); e 2) pressuposto fático: o

---

<sup>58</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 89.

<sup>59</sup> WELZEL, Hans; *Studien zum System des Strafrechts*. p. 163 e no mesmo sentido ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*. cit. p. 89.

domínio final do fato (o autor é o senhor sobre a decisão e sobre a execução da sua vontade final)<sup>60</sup>.

Para o nosso contexto dentro dos crimes contra a Administração Pública, é importante destacar que quando o tipo penal prevê tais aspectos como necessários para a produção de um fato delitivo, tais como delitos próprios de funcionários públicos, e quando o tipo penal depender de elementos objetivos e subjetivos, na falta de um deles elimina-se a possibilidade de autoria do fato.

Então, de acordo com o conceito de autoria direta defendida por Welzel, somente aquele que realizar de forma direta, voluntária e consciente, preenchidos todos os pressupostos objetivos e subjetivos, possui o domínio do fato sobre a decisão e execução.

Por sua vez, a coautoria pode ser considerada a própria autoria, sendo que ao invés de apenas um único indivíduo, o domínio final da autoria é praticado por várias pessoas de forma conjunta.

Para Welzel, a coautoria é caracterizada pela realização dividida entre múltiplas pessoas, de vários atos parciais de uma decisão tomada por todas elas conjuntamente, e que cada uma se responsabiliza como coautor do fato como um todo, como codetentores da decisão de realizar o fato<sup>61</sup>.

Desta forma, de acordo com a ideia de Wilzel, há uma divisão de papéis em plano elaborado em conjunto, cada um executando uma parte ao mesmo tempo. Assim, nenhum dos agentes possui o controle e domínio pleno dos fatos, sendo ele o coautor do todo e punível do todo.

Há dois pressupostos principais: a) a decisão conjunta do fato: com o entendimento recíproco, expresso ou tácito, entre os participantes para o cometimento em conjunto do fato; e, b) execução conjunta do fato: onde cada coautor deve ser autor e, portanto, ter as condições pessoais objetivas e subjetivas do autor e possuir o domínio final do fato, mediante sua contribuição com o objetivo de completar os demais<sup>62</sup>.

É importante mencionar que os atos preparatórios e de apoio, desde que seja codetentor da decisão conjunta, também pode ser considerado coautor.

---

<sup>60</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 90.

<sup>61</sup> WELZEL, Hans; *Studien zum System des Strafrechts*. p. 169; e no mesmo sentido ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 91.

<sup>62</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 92-93.

Então, podemos considerar que a coautoria consiste na execução, ao mesmo tempo de atos parciais, de uma decisão tomado em conjunto, em que cada agente executa sua parte que domina e todos possuem o pleno domínio de todos os fatos, mediante divisão de papéis.

Já a autoria mediata, para Welzel, o autor não necessita executar o fato em todas as suas fases por suas próprias mãos, pois pode se utilizar de outros meios mecânicos ou de terceiros para este fim, desde que tenha para si o pleno domínio do fato<sup>63</sup>.

Nesse momento de discussão, entra a figura do homem de trás, já citando anteriormente nesta obra, é o instrumento utilizado para a execução do desejo do autor mediado, e não pode ter o domínio pleno do fato. É importante fazer essa comparação, pois o autor mediato pode ser considerado o indutor ou instigador.

Entendemos então que, no contexto da Administração Pública, aquele agente público que se utiliza de instrumentos ou terceiros para praticar um determinado fim, é essencial identificar se este possui ou não o conhecimento pleno do fato. Se o instrumento ou terceiro possuir este domínio do fato, o homem de trás não pode ser considerado o autor mediado, mas simples indutor ou instigador.

Nos ensinamentos de Welzel “para a autoria mediata, de modo algum é exigível que o autor se sirva de um instrumento mecânico realmente eficaz”, visto que “ele pode adaptar em certa extensão a conduta final de outrem a sua atividade final, desde que conserve o domínio do fato abrangente sobre o fato integral”<sup>64</sup>.

Com isso, entende Aflen que o alemão deixa claro que a autoria mediata pode se dar no caso do instrumento ser um indivíduo que atua de maneira inconsciente e desde que o autor mediato tenha o domínio integral do fato<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 94.

<sup>64</sup> WELZEL, Hans; *Studien zum System des Strafrechts*; p. 164, e de acordo ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*. cit. p. 94.

<sup>65</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 94.

Desses ensinamentos, com base no fato de que o terceiro ou instrumento atua de forma decisiva, mas carece de alguns requisitos, podemos extrair três formas de autoria mediata:

a) A autoria mediata em virtude da falta de pressupostos pessoais objetivos, podendo o instrumento atuar de maneira consciente e voluntária, porém, faltando o pressuposto objetivo da qualificação estabelecida pelo tipo penal.

b) A autoria mediata em virtude da falta de pressupostos pessoais subjetivos por parte do terceiro, utilizado para a execução do delito, no caso do dolo sem a intenção exigida para o tipo.

c) A autoria mediata em virtude da falta de domínio final do fato pelo terceiro, que atua culposamente ou não, que atua em direção ao resultado, mas não faz de forma livre.

Assim, pela concepção de Welzel, o agente atua com o pleno domínio do fato, de forma consciente, porém, se utiliza de um instrumento eficaz ou terceiro, que de forma inconsciente e impunível, executa de maneira direta.

Diante do que foi explanado não restam dúvidas, que para Welzel, o homem de trás, é aquele que detém o domínio do fato e se utiliza de outras formas, de outros instrumentos ou de terceiros, que agem de forma inconsciente, incapaz ou impunível.

Porém, não se descarta a possibilidade de um executor culpável, que atua dolosamente e consciente, mas não detém o domínio e o controle integral dos fatos, sendo o dirigente e executor da ação planejada.

As críticas a esse autor sobre a concepção do domínio do fato, giram em torno de que “a teoria do domínio final do fato apresenta-se como um mero desenvolvimento ulterior da teoria do dolo”, e que o autor teria substituído o critério vago da vontade do autor pela exigência de que o autor seja detentor da decisão do fato<sup>66</sup>.

Em síntese, em sentido semelhante ao de Alflen, na concepção de Welzel, o domínio do fato assenta na ideia de que o homem, por meio de sua conduta dirigida pela vontade, pode realizar de acordo com o fim estabelecido por si mesmo a conformação do futuro, e, portanto, esta conformação, pertence

---

<sup>66</sup> ROXIN, Claus. *Taterschaft und Tatherrschaft*. p.68; e da mesma forma ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 99.

a ele como obra própria, e que mesmo se utilizando de um terceiro ou instrumento eficaz, desde que não possua o domínio do fato, posto que possui o domínio sobre o resultado juridicamente reprovado<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 103.

## 5. O DESENVOLVIMENTO DE CLAUS ROXIN

Não há dúvidas, dentre todos os autores pesquisados sobre o tema, que Claus Roxin foi o que desenvolveu melhor e o que realizou maiores esforços na construção da ideia do domínio do fato, como critério para delimitação da autoria, o qual desenvolveu sua concepção, que radica justamente na ideia de domínio da vontade e na caracterização da autoria mediata.

Sua obra foi escrita em 1963, e embora não haja um teórico na ciência jurídico-penal da atualidade que empregue a ideia de domínio do fato, seguindo formas coesas de seu sistema, tomando como diretriz principal, com base nas ideias de Gustav Radbruch (radbruchiana), no tocante à determinação da ideia pela matéria, afirmando que, para definir o conceito de domínio do fato, antes deve se estabelecer um posicionamento no que diz respeito à forma e ao conteúdo da ideia de domínio do fato<sup>68</sup>.

A teoria desenvolvida por Roxin se baseia na tese de que em uma organização delitiva os homens de trás, que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis<sup>69</sup>.

Os homens de trás, a que se refere Roxin, na linguagem alemã, seriam os autores de escritório, e foi motivado pelo processo promovido em Jerusalém contra Adolf Eichmann, um dos principais responsáveis pelo assassinato de judeus no período nazista. Nas décadas seguintes a construção jurídica do alemão se impôs na literatura jurídica e somente no ano de 1994 foi aceita pelo Supremo Tribunal da Alemanha.

Nesta decisão, um membro do Conselho Nacional de Defesa, do antigo governo da Alemanha oriental, foi condenado como autor mediato por homicídio doloso, porque teria ordenado que os fugitivos que quisessem ultrapassar o muro das fronteiras do Estado Alemão oriental fossem impedidos, e em caso necessário até mesmo por disparos mortais. Os soldados de fronteira,

---

<sup>68</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato na doutrina*, cit. p. 104-105.

<sup>69</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 69.

que eram atiradores de muro, que teriam realizado os fuzilamentos com as próprias mãos, foram igualmente condenados por homicídio<sup>70</sup>.

Inicialmente Roxin rechaça o fato que muitos autores advoguem pela condenação do homem de trás como coautores, pois, segundo ele faltam lhes pressupostos, e deveriam ser condenados pela autoria mediata.

Para Roxin, não existe uma decisão comum para o fato, pois “o cumprimento de uma ordem é o contrário de uma tomada de decisão em comum, de acordo entre os coautores”, e pode existir na relação do que instiga ou auxilia com o autor<sup>71</sup>. Desta forma, os atos praticados de acordo com instruções de direção, orienta a ideia de ter que executar uma ordem e não como o conceito já trazido como o domínio do fato por uma organização.

Para delimitar o conteúdo da ideia de domínio de fato do alemão, Alflen explica em três perspectivas:

a) O domínio do fato como conceito indeterminado com a ideia de individualização do direito, com esforços a direcionados a priorizar a justiça para o caso concreto em vez de uma regulamentação composta de descrições abstratas. Assim, o conceito de domínio do fato deveria ser um conceito suficiente por si, possibilitando uma decisão justa, mantendo diretrizes para apreciação judicial<sup>72</sup>.

b) O domínio de fato como conceito fixo, permitindo se reportar conceitualmente a determinados elementos concretos abrangidos por meio de um ato mais amplo objetivamente. Embora não seja possível estabelecer um conceito matematicamente preciso com base em manifestações empírico-naturais<sup>73</sup>.

c) O domínio do fato como um conceito aberto, que para o autor ser mais apropriado, uma vez que constitui uma terceira via entre os extremos anteriormente representados. Para Roxin, o conceito deve oferecer uma possibilidade de apreciação satisfatória de casos isolados que se subtraem às normas abstratas, e só poderia ser possível tendo o domínio de fato com um conceito aberto, com características básicas<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 71.

<sup>71</sup> *Idem*.

<sup>72</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 106.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 106-107.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 107.

Desta forma seria possível o sujeitar o conceito a situações empíricas e a partir de diretrizes procura estabelecer quando há e quando não há domínio do fato. Defende que os critérios gerais delineados pela jurisprudência e pela doutrina têm conduzido a decisões incorretas, sendo necessário novas orientações, complementando que o conceito do domínio do fato seja normativo<sup>75</sup>.

Roxin rechaça também a ideia de instigação, que seria uma forma mais próxima de coautoria, em que exige uma disposição dolosa ao fato. Defende que “um instigador não está no centro da decisão”, embora desperte pela tomada de decisão, porém, tende a abandonar o desenvolvimento posteriormente ao acontecimento<sup>76</sup>.

Para o autor, no domínio por organização ocorre justamente o contrário: o homem de trás, que detém a alavanca do poder, decide sobre o fato, enquanto o executor direto produz, em geral, de forma ocasional a situação concreta de atuação. Ele não pode mudar mais nada de essencial no curso do acontecimento traçado pelo aparato, senão quando muito modificá-lo<sup>77</sup>.

Assim, o autor é a figura central, a figura chave do acontecimento mediado pela conduta, sendo este quem domina o acontecimento dirigido à realização de um delito, em outras palavras “tem o domínio do fato e é autor, quem aparece como figura central, a figura-chave na realização do delito, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento”<sup>78</sup>.

Explica que o homem de trás tem o máximo poder sobre o fato e domínio sobre a forma, na medida que o mandante na alavanca do poder transfere a responsabilidade principal para o acontecimento, e que as relações são mal interpretadas se jogar para o executor como autor principal<sup>79</sup>.

A partir da ideia central do acontecimento típico, Alflen, citando Roxin desenvolve um modelo tripartido do domínio do fato:

a) Domínio da ação: quando realiza em sua própria pessoa a conduta típica;

---

<sup>75</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>76</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. cit. p. 73-74.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 73-74.

<sup>78</sup> ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*. At. Bd. II, cit. p. 9 e 14; e no mesmo sentido ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*. cit. p.110.

<sup>79</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 72.

b) Domínio da vontade: quando executa o fato por meio de outrem, cuja vontade não é livre, que não compreende o sentido de seu agir ou pode ser substituível;

c) Domínio funcional: quando realiza, no curso da execução uma contribuição funcionalmente relevante<sup>80</sup>.

Em sua obra, Roxin procura delimitar o domínio da ação com autoria direta, coautoria como domínio funcional e autoria mediata como domínio da vontade.

A autoria direta ou individual na hipótese do indivíduo que através da sua conduta preenche, por si mesmo, todos os pressupostos do delito, ou como no texto da lei alemã “*Any person who commits the offence himself or through another shall be liable as a principal*”,<sup>81</sup> ou seja, quem comete o fato por si mesmo ou através de outra pessoa, será responsável principal. Porém, defende que o aspecto legal não parece ser o mais apropriado para determinar a autoria. Diante disso, a jurisprudência alemã tem reconhecido cada vez mais o critério do domínio da ação<sup>82</sup>.

A partir dessa premissa, do critério objetivo, mesmo que alguém pratique o fato sob coação ou em erro de proibição inescusável, embora seja inculpável, mas é autor. No entanto, “quem não realiza pelas próprias mãos o tipo integral, senão apenas alguns de seus elementos, ainda não é autor”<sup>83</sup>. Com esse contexto, Roxin tenta explicar que mesmo que alguém realize por si mesmo, não significa o mesmo que dominar o fato, e que para analisar a autoria é necessário ter como ponto de partida o tipo penal.

Então, para ele “autor é, antes de tudo, quem preenche integralmente o tipo por meio de sua atividade corporal”, ou seja, com as próprias mãos<sup>84</sup>. Porém, defende Alflen, que o argumento da figura central, de Roxin, não é

---

<sup>80</sup> ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 306; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p.111.

<sup>81</sup> ALEMANHA, Código Penal, StGB, §25, I.

<sup>82</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 113.

<sup>83</sup> ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*, At. Bd. II, cit. p. 22; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p.114.

<sup>84</sup> ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*. At. Bd. II, cit. p. 19; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*. cit. p.117.

suficiente para delimitar a autoria, sendo imprescindível identificar a posição ocupada pelo autor nas circunstâncias<sup>85</sup>.

Por sua vez, a coautoria como domínio funcional, desenvolvida com o propósito de demonstrar que o domínio do fato é determinante também para a coautoria, em que cada coautor domina apenas sua respectiva parte, mas não o acontecimento integral<sup>86</sup>.

Para Roxin, o código penal alemão na parte do §25, II, do StGB, que estabelece a coautoria como forma independente de autoria, dispondo que se “muitos cometem o fato conjuntamente, então cada um é punido como autor (coautor)<sup>87</sup>”, defende que a coautoria se distingue estruturalmente da autoria direta e da autoria mediata em virtude de que a coautoria consiste na “realização do tipo por meio da execução pela divisão de trabalhos”<sup>88</sup>, que muito se assemelha à proposição de Welzel, no sentido de que a coautoria assenta na divisão de papéis<sup>89</sup>.

Roxin defende ainda que a coautoria se baseia na obrigação mútua e não na vinculação unilateral do emissor da ordem. Falta, na tomada de decisão, a posição característica de mesma categoria para a coautoria. A coautoria tem uma estrutura horizontal. Onde existe uma estrutura vertical inequívoca, como na hierarquia de aparatos de poder, leva-se em conta apenas uma autoria mediata. O fato de que o emissor da ordem e o executor em regra não conhecerem um ao outro e também poderem jamais se conhecer, faz a decisão comum parecer uma ficção<sup>90</sup>.

Desta forma, na coautoria como domínio funcional, cada um tem uma função insubstituível, que lhes confere o domínio conjunto, de tal forma que cada um tem a possibilidade de, por meio de recusa em realizar sua parte, fazer

---

<sup>85</sup> KUHLEN, Lothar; *Strafrechtliche Produkthaftung*, p. 663; WELZEL, Hans; *Studien zum System des Strafrechts*, cit. p. 164; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 118.

<sup>86</sup> LESCH, Heiko Harmut; *Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittaterschaft? JÁ, Helft, 1*, 2000, p. 75; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 119.

<sup>87</sup> ALEMANHA, Código Penal, StGB, §25, II “If more than one person commit the offence jointly, each shall be liable as a principal (joint principals).”.

<sup>88</sup> ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 283; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 119.

<sup>89</sup> WELZEL, Hans; *Das Deutsche Strafrecht*, cit. p. 90; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do Domínio do Fato*, cit. p. 93.

<sup>90</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 72.

fracassar o delito planejado, daí a expressão “domínio funcional” para caracterizar a coautoria<sup>91</sup>.

Assim, o autor não tem por si só o domínio integral do fato, do mesmo modo que não exerce apenas um domínio parcial e que somente possam agir em conjuntamente, com seus papéis, de modo em que se um não executar conforme planejado, o delito fracassa.

E dessa estrutura do domínio funcional, Roxin extrai três pressupostos:

a) a existência de um planejamento em conjunto do fato: que pressupõe um acordo de vontades decorrente da divisão de trabalhos, com a cooperação de ambos.

b) a execução conjunta do fato: a partir do princípio fundamental do domínio do fato, somente quem desempenha algum papel na execução pode coautor do domínio do fato, o que não significa literalmente que as contribuições dos diversos coautores devam ser realizadas no mesmo tempo e no mesmo lugar da realização do fato.

c) a prática de uma contribuição essencial à etapa da execução: a relevância da contribuição em que o êxito do planejado possa depender, seja imprescindível<sup>92</sup>.

É imprescindível para o entendimento dos termos aqui colocados, de acordo com os ensinamentos de Lesch, pois “o domínio sobre o acontecimento integral não pertence ao autor (ou coautor) individual, senão apenas ao coletivo como tal”<sup>93</sup>.

No campo do direito administrativo é importante essas considerações, pois de acordo com as posições postas até este momento, não se fala em posição hierárquica, tendo em vista que o domínio do fato da coautoria como domínio funcional, coloca todos em uma posição horizontal e não vertical.

Já a autoria mediata como domínio de vontade, defendido por Roxin, e é sem dúvidas um dos pontos mais controversos da discussão na dogmática do concurso de pessoas, pela falta de entendimento claro a respeito da definição

---

<sup>91</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 120.

<sup>92</sup> *Idem*, p. 121-122.

<sup>93</sup> LESCH, Heiko Harmut; *Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittaterschaft?*, cit. p. 76; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 124.

do instituto da autoria mediata e o fato de o executor determinado pelo homem de trás ser um sujeito punível ou impunível.

Para o jurista alemão, é possível que um tipo penal seja realizado por um indivíduo se utilize de outro como meio de instrumento. É o que a doutrina denomina de homem de trás que seria o dominador de forma mediada, que não realiza o ato com as próprias mãos, mas que tem o poder de conduzir a sua vontade.

Roxin, no entanto, defende que esse sujeito não atua livremente, e que, portanto, é um sujeito impunível. Não se trata de um domínio do fato compartilhado, como no caso da coautoria, mas sim de um “duplo domínio de fato integral”. E que, os dois participantes estão no centro, um em virtude do seu fazer e outro em virtude do poder de sua vontade, porque “por meio da conduta do executor se realiza a vontade do homem de trás”<sup>94</sup>.

E isso pode ocorrer de três formas: a) domínio da vontade em virtude da coação; b) domínio da vontade em virtude do erro; e, c) domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. Este último de maior relevância para o nosso trabalho, visto que terá um capítulo independente.

O domínio da vontade em virtude de coação, em que o coator domina diretamente o coagido por meio de sua conduta, em que o homem de trás domina o fato, por si só, de maneira mediata. Porém, não se pode confundir a “influência da vontade” com o “domínio da vontade”. A simples influência é inerente tão só a instigação ou indução<sup>95</sup>.

Assim, “a coação, que confere ao homem de trás o domínio da vontade e o torna autor mediato, existe tão somente quando a ordem jurídica exclui a responsabilidade penal do executor em razão da situação criada pelo homem de trás”<sup>96</sup>.

A coação pode ocorrer de diversas formas, com ameaça de morte, que coloca a vítima sob pressão psíquica comparável ao estado de necessidade. Em situação de resgate, em que o auxílio só é realizado mediante condicionamento. Em situações de autolesão e também na hipótese de suicídio,

---

<sup>94</sup> ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 143; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 125-126.

<sup>95</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 127-128.

<sup>96</sup> ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 169; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 128.

pois nesse caso, a coação implica em uma ameaça para a vida, a integridade ou a liberdade.

Por sua vez, o domínio da vontade em virtude de erro, que pode ser compreendido em quatro níveis possíveis: a) o executor que age sem dolo; b) o executor que age em erro de proibição; c) o executor que erra sobre os pressupostos do estado de necessidade; e d) o executor que atua de forma plenamente criminosa.

O primeiro nível de erro, em que o executor age sem dolo, ocorre no caso em que o homem de trás “induz o executor em erro de tipo excludente de dolo, de modo que atua de forma inculpável ou com culpa inconsciente”. Da mesma forma, quando o homem de trás não provocou, mas se aproveitou do erro do executor, de modo que a conduta dolosa do intermediador representa apenas auxílio<sup>97</sup>.

O segundo nível de erro, em que o executor age com erro de proibição, o executor age sem culpabilidade e não se tem a possibilidade de exigir o conhecimento injusto impeditivo do cometimento do fato, ou é induzido a erro e não reconhece o sentido real de sua própria atividade<sup>98</sup>.

O terceiro nível de erro, em que o executor que erra sobre os pressupostos do estado de necessidade, em que o homem de trás figura como autor mediato para induzir outrem sobre a situação de estado de necessidade. Note que o autor mediato tem plena consciência do fato, porém, induz o terceiro que não tenha conhecimento do erro<sup>99</sup>.

O quarto nível de erro, em que o executor atua de forma plenamente criminosa, ocorre quando o executor atua não só tipicamente, antijuridicamente e culpavelmente, como também sem que haja a incidência de qualquer redução da culpabilidade, provocada por erro sobre os motivos de sua execução. Esse nível é bem mais semelhante à indução, porém, não modifica em nada as relações de domínio.

Em tais situações é possível se falar na imputação do homem de trás, de modo que: i) a indução pode ser em erro no tocante à medida do injusto, em que é possível julgar o autor mediato como instigador na medida em que o dolo

---

<sup>97</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 131-132.

<sup>98</sup> *Idem*, p. 132.

<sup>99</sup> *Idem*, p. 133.

do terceiro abarca os efeitos da sua conduta; ii) erro quando as circunstâncias fundamentadoras da qualificação, em que o erro é provocado pelo autor mediato e quando o intermediador acredita ter cometido um crime menos grave; e, iii) a indução em erro quanto à identidade da vítima, na hipótese em que a conduta do terceiro é redirecionada por provocação do autor mediato, também denominado *erro in persona*<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> *Idem*, p. 133-136.

## 6. DOMÍNIO DA VONTADE EM VIRTUDE DOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER, NA VISÃO DE CLAUS ROXIN

Esse tópico merece maior relevância, tendo em vista que o objetivo desta obra é voltado para os aspectos da teoria do domínio do fato e sua possível aplicabilidade no âmbito da Administração Pública. Assim merece um capítulo, para que possamos discorrer sobre o domínio do fato nos aparatos organizados de poder, entre as empresas e órgãos da administração pública.

Esta é a terceira forma independente de autoria mediada, além do domínio da vontade em virtude do erro e do domínio da vontade em virtude da coação, e que permite um domínio do acontecimento por parte do autor mediato, porém, sem isentar o executor de suas responsabilidades.

Embora tenha sido citado por outros autores, foi desenvolvida e amplamente difundida por Roxin e Schroeder, e traz a ideia do autor mediato como “autor detrás do autor”, com crimes que não eram cometidos por um autor individual, mas por meio de aparatos organizados de poder<sup>101</sup>.

O domínio por organização baseia-se na tese de que em uma organização delitiva os “homens de trás”, também chamados de “autores de escritório”, que possuem poder de comando e ordenam fatos puníveis, podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem considerados como autores plenamente responsáveis<sup>102</sup>.

A organização consistente de diversas pessoas inseridas em estruturas preestabelecidas, que atuam conjuntamente em diversas funções, assegura ao homem de trás o domínio sobre o resultado. Diante da diversidade de executores, o executor individualmente não possui nenhum papel decisivo. Sendo que os homens de trás possuem o domínio da organização, e os executores possuem o domínio da ação, onde o primeiro possui uma maior influência, por meio de uma ordem diante do aparato de poder existente.

O domínio da vontade em virtude dos aparatos da organização possui quatro pressupostos fundamentais: o poder de comando, a desvinculação do

---

<sup>101</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. 136-137.

<sup>102</sup> ROXIN, Claus; *O domínio da organização como forma independente de autoria mediata*; cit. p. 69; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato na doutrina*, cit. p. 138.

direito pelo aparato de poder, a fungibilidade do executor direto e a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.

O poder de comando assenta na ideia de que o homem de trás se utiliza de um aparato organizado de poder para o cometimento de crimes, e entende-se que ele tem poder de comando dentro de uma organização rigorosamente conduzida e hierarquicamente organizada, onde muitos autores mediatos podem estar um atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia<sup>103</sup>.

A desvinculação do direito pelo aparato de poder significa que “o aparato deve atuar completamente fora da ordem jurídica”<sup>104</sup>. Com essa colocação entendemos que o domínio por organização deve estar desvinculado do direito em todos os aspectos.

Essa colocação é demasiadamente importante para o desenvolvimento do nosso trabalho, visto que a Administração Pública é composta por uma organização, com coordenação, cooperação e de funcionamento em rede, e está vinculada à ordem jurídica.

Assim, entende Roxin, que “se o aparato integral se move no caminho do direito, ele ‘funciona’ na forma da estrutura de domínio referida somente com o uso dos meios indicados pela ordem jurídica”, e, dessa forma, um descuido ou uma ação inesperada pode interromper a organização<sup>105</sup>.

Embora sua teoria tenha se fundamentado no âmbito da atuação do Estado, em que chefes determinaram a execução de quem tentasse fugir da República, por meio de disparos mortais, entende Roxin que essa atividade era absolutamente desvinculada do direito, embora tenham sido determinadas pelo homem de trás membro hierarquicamente do Estado.

Melhor explicando sobre o tema em discussão, Roxin contextualiza, esclarecendo que há dois grupos, um detentor do poder estatal que comete crimes com auxílio de organizações que dependem dele e um outro cometido por meio de “organizações clandestinas, organizações secretas, grupos de criminosos e uniões similares” e que tais organizações se caracterizam por

---

<sup>103</sup> ROXIN, Claus; *O domínio da organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 81; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 140.

<sup>104</sup> ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*; cit. p. 249; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*; cit. p. 140.

<sup>105</sup> ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 249; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 141.

representarem um ordem jurídico-estatal interna às avessas, atuando violando as normas legais, representando uma espécie de “Estado no Estado”<sup>106</sup>.

Por sua vez, a fungibilidade do executor direto, uma vez que muitos potenciais executores se encontram à disposição do homem de trás, que pode ser substituído, funcionando como que automático do aparato, no qual o executor é visto como “uma figura anônima, intercambiável”, plenamente substituível<sup>107</sup>.

Por último, a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato, onde aquele que em um aparato organizado de poder desvinculado do direito, preenche o tipo é diferente de um autor isolado em sim mesmo, pois está sujeito a inúmeras influências específicas da organização, que não excluem a sua responsabilidade, mas que o tornam mais disposto ao fato que um executor externo, aumentando a probabilidade do resultado<sup>108</sup>.

Como consequência desses aspectos os membros da organização tendem a se adaptar, tornando o indivíduo obsessivo pela carreira, ostentação, ou simplesmente por impulsos criminosos. De acordo com Roxin, os executores fazem uma reflexão em “se eu não faço, de qualquer forma outro fará”, bem como ao não executar teme a perda de sua posição, o desprezo pelos colegas ou até mesmo outros tipos de reprovações sociais. Todos esses fatores levam com que torne um elemento essencial e de confiança, levando ao homem de trás confiar nas suas ordens<sup>109</sup>.

Susana Aires de Sousa destaca que “um dos problemas que tem sido suscitado aceso debate doutrinal e jurisprudencial relaciona-se justamente com a imputação de delitos cometidos na organização empresarial” e uma das soluções encontradas, foi justamente na jurisprudência alemã “no sentido de enquadrar a responsabilidade dos superiores hierárquicos da empresa no âmbito da autoria mediata”<sup>110</sup>.

Com essa teoria firmada, Roxin rechaça a ideia da aplicação da teoria do domínio por organização aos crimes praticados por meio de empresas, se fundamentando em alguns aspectos.

---

<sup>106</sup> ROXIN, Claus; *O domínio da organização como forma independente de autoria mediata*; cit. p. 250; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 141.

<sup>107</sup> *Idem*, p. 82; e, *idem*, p. 142.

<sup>108</sup> *Idem*, p. 85; e, *idem*, p. 142.

<sup>109</sup> *Idem*, p. 86; e, *idem*, p. 143.

<sup>110</sup> SOUSA, Susana Aires; *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*; Lisboa: Almedina, 2019, p. 43.

O primeiro deles são os fins originários da concepção, uma vez que a teoria do domínio por organização foi desenvolvida originalmente para determinar a autoria mediata nas hipóteses de crimes praticados por meio de aparatos estatais ou paraestatais, logo afastaria a possibilidade de seu emprego nos casos de criminalidade empresarial. Refere-se que em virtude dos pressupostos por ele delineados, existirem apenas no injusto sistema estatal, na figura de um suposto Estado criminoso dentro do Estado e em formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada<sup>111</sup>.

Em um segundo plano, a vinculação ao direito por parte do aparato, advertindo que as empresas econômicas que não estão envolvidas desde o princípio com atividades criminosas, como regra, não trabalham desvinculadas do direito, na medida que esse pressuposto é considerado imprescindível para caracterização do domínio por organização, portanto, não há de se falar aos crimes praticados por meio de empresas<sup>112</sup>.

Em um terceiro momento, fala sobre a impossibilidade de substituição do executor, considerando que o executor possui conhecimentos específicos para execução de determinadas tarefas, e a impossibilidade de se cogitar um executor fungível afasta a possibilidade de aplicação dessa teoria aos crimes praticados por empresas<sup>113</sup>.

E, por último, a falta de disposição elevada para o fato pelos integrantes das empresas, uma vez que o cometimento de delitos econômicos e ambientais traz consigo graves risco de punição e perda do lugar na empresa<sup>114</sup>.

Embora Roxin rechace tal ideia, entendemos ser possível a aplicação da teoria do domínio por organização a empresas, quando se estas forem constituídas para o fim de cometer crimes. Apesar de estarem vinculadas à ordem jurídica, com uma constituição, componentes hierarquizados e sob a fiscalização e controle do Estado, por meio da Administração ou até mesmo pelo Judiciário, não impede que a constituição jurídica da empresa seja apenas um disfarce para montar um verdadeiro aparato organizado de poder.

---

<sup>111</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato na doutrina*, cit. p. 145.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 146.

<sup>113</sup> *Idem*, p. 146.

<sup>114</sup> *Idem*, p. 146.

Na mesma linha entende Susana Aires de Sousa, que chega a conclusão de que “para que um administrador, diretor ou superior hierárquico possa ser punido como autor de um crime doloso por acção em contexto empresarial (...) será necessário comprovar a vontade delituosa”, bem como o domínio de todo o acontecimento<sup>115</sup>.

De acordo com os pressupostos defendidos por Roxin, entendemos que a empresa pode ser constituída por executores com conhecimentos específicos, com possibilidade de substituição, uma vez que os empregados e chefes podem ser recrutados a qualquer momento, bem como a ausência de temor em punições.

Entendemos que para muitos “o crime compensa”, e estar organizado em uma empresa hierarquicamente constituída, inclusive sobre a proteção do Estado, é plenamente possível.

De acordo com autora Susana Aires de Sousa, “na literatura penal é frequentemente referida a emergência de uma criminalidade em grupo ou de associação (...). Trata-se de uma prática criminosa estruturada e, nesse sentido, organizada”<sup>116</sup>.

De acordo com a autora o cenário empresarial possui uma estrutura complexa e hierárquica, com já citado a tendência da literatura europeia e internacional.

Desta forma, as disposições normativas são expressão de uma responsabilização dos que dirigem ou controlam a organização, assim como ocorreu na Alemanha e se mantém firme na sua jurisprudência, a partir da teoria do domínio do fato de Roxin.

As críticas e posições em contrário, são no sentido de que a complexidade da estrutura empresarial, baseada na divisão do trabalho, conduz a uma descentralização das decisões e das ações, transformando o poder dos órgãos de direção em poderes meramente intermediários<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> SOUSA, Susana Aires; *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, cit. p. 43.

<sup>116</sup> SOUSA, Susana Aires; “A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial”, 2009, in *Estudos em homenagem ao Senhor Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Também publicado em Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 99, p. 10-11.

<sup>117</sup> BERND, Schünemann; “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, in *anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LV (2002), p. 11; e no mesmo sentido SOUSA, Susana Aires; *A responsabilidade criminal do dirigente*, cit. p. 12.

Porém, entendemos que por esse modelo descentralizado do poder, é possível que uma empresa seja constituída com a finalidade de cometer crimes, já que as pessoas coletivas não podem ser responsabilizadas criminalmente. Os colaboradores agem sob a ordem dos órgãos de direção, ou homens de escritório como denomina Roxin, representando perfeitamente a figura do homem de trás, emitindo ordens aos subordinados, supostamente legais.

Dessa problemática poderemos extrair alguns problemas, destacados por Susana Aires:

i) em primeiro lugar, consideram-se os casos em que o subordinado, executor material, comete um delito comum a mando do superior, dirigente empresarial, actuando com dolo (v.g., o trabalhador efectua durante a noite, por ordem e segundo as indicações do seu superior, uma descarga poluidora no rio vizinho à empresa, em violação do disposto no art. 279º do Código Penal); ii) em segundo lugar, atende-se às situações em que o subordinado, executor material, cumprindo ordens do seu superior, realiza uma conduta referente a um crime especial ou específico, sendo que, enquanto executor, o subordinado não detém a qualidade típica e é, enquanto tal, um extraneus (v. g., o director da empresa – intraneus–, obrigado a prestar informações sobre matéria da vida em sociedade, ordena à sua secretária – extraneus– a divulgação de informações falsas, em violação do art. 519º do Código das Sociedades Comerciais); iii) por último indagar-se-á da eventual responsabilidade criminal do dirigente empresarial em situações em que o trabalhador actua criminosamente no exercício das suas funções (v. g., o trabalhador que acondiciona de forma errada, violando os deveres de cuidado que sobre ele impendem, o alimento produzido pela empresa, o que determina a alteração da qualidade do produto nos termos do art. 282º do Código Penal).<sup>118</sup>

Em tais colocações, entendemos que preenchem os pressupostos apontados por Roxin, nos diversos níveis de autoria mediata, conforme explanado no capítulo anterior.

“A possibilidade de importar a figura dos aparelhos organizados de poder para o âmbito da criminalidade empresarial como forma de fundamentar a responsabilidade criminal do dirigente, responsável pela ‘organização’ empresa, tem sido discutido pela doutrina (sobretudo a partir das decisões judiciais do BGH alemão), reconhecendo-se uma evidente necessidade político-criminal de prevenção criminosa neste domínio”<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> SOUSA, Susana Aires; *A responsabilidade criminal do dirigente*, cit. p. 15.

<sup>119</sup> *Idem*, p. 21.

Defende a autora, que pese embora a força destes argumentos contrários a responsabilizar o dirigente nos quadros da autoria mediata ou da coautoria, a maioria dos autores reconhece que, em algumas situações, a não punição do dirigente empresarial a título de autoria representa um *déficit* de punição, pressuposta a importância decisiva da sua contribuição para o fato criminoso. Isto é particularmente evidente nos casos em que o dirigente possua um controle tão intenso sobre o fato que o transforma em verdadeiro senhor do acontecimento. Defende ainda que a instigação pode desempenhar um papel importante e adequado no âmbito da responsabilização, permitindo “captar todo o ‘desvalor da conduta’ e justar-se ao significado real da contribuição do homem de trás”<sup>120</sup>.

É importante ressaltar, que embora Roxin rechace a autoria no contexto dos crimes específicos, nos casos em que o executor da ação típica não reúne as características exigidas ao tipo legal, a doutrina alemã tem admitido, neste sentido um alargamento do conceito de autoria mediata, construído a partir do domínio do fato, de Roxin, através da figura “do instrumento doloso não qualificado, como forma de fundamentar a autoria mediata”<sup>121</sup>.

Outra tese que merece nossos comentários se refere aos casos que há a responsabilização dos dirigentes por omissão na fiscalização da atividade empresarial em relação aos fatos cometidos por seus subordinados, pois cabe aos titulares de poderes de direção que as atividades empresariais permaneçam sobre controle e direção.

Por outro lado, não pode haver uma generalização da posição de garantia empresarial, devendo essa responsabilização ser sujeita a uma análise concreta que atenda à estrutura empresarial e a delimitação subjetiva específica no âmbito de suas competências.

E da mesma forma que entendemos que se encontram preenchidos os pressupostos do domínio da organização por meio das empresas no âmbito da estrutura organizacional do Estado e da Administração Pública.

Dessa forma, entendemos ser possível a organização em virtude de aparatos organizados de poder dentro das empresas, pois há também essa

---

<sup>120</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>121</sup> *Idem*, p. 31.

possibilidade de preenchimento dos pressupostos dentro da Administração Pública.

O aparato aqui referenciado, por meio de seus integrantes e dirigentes, poderão preencher os requisitos dentro da estrutura organizacional estatal, possibilitando que o “homem de trás”, possuir o domínio do fato e o domínio de emitir ordens aos seus subordinados dentro de uma estrutura preestabelecida hierarquizada, atuando conjuntamente, cada um com suas funções sob o comando do respectivo dirigente.

Os funcionários públicos, boa parte deles, especialmente os que comandam o poder de chefia, direção e assessoramento, especialmente no Brasil, são de livre nomeação e exoneração do Chefe do Executivo, dos Ministros, dos Presidentes das Empresas Públicas e Autarquias, em cada âmbito da esfera do Governo.

Essas pessoas, nomeadas pessoalmente pelo chefe imediato, em regra possuem o poder nas mãos, cada um com a sua função, em seu departamento, e são aqueles que orientam de acordo com as políticas governamentais impostas pelo seu chefe.

Como se sabe, o homem de trás possui em diversas formas diferentes do domínio do fato e um grande aparato estrutural existente, com poder de comando para cometimento de ilícitos, conhecendo as estruturas da organização, e estando sob o seu controle grande parte, senão na totalidade.

Embora Roxin defenda que um dos pressupostos consiste na desvinculação do direito pelo aparato de poder, asseverando ainda que “o aparato de poder não precisa ter se desvinculado do direito em todos os aspectos”<sup>122</sup>, entendemos ser possível a construção da teoria do domínio do fato, especialmente no domínio por organização, uma vez que pessoas podem ser colocadas em funções estratégicas, para além de desenvolver as atividades corriqueiras de governo, também para a prática de crimes, de modo a ser lesivo à Administração Pública.

Com relação ao pressuposto da fungibilidade do executor direto, entendemos que dentro da organização administrativa de cada governo existem muitos potenciais executores à disposição do chefe imediato, podendo ser

---

<sup>122</sup>ROXIN, Claus; *O domínio da organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 81.

substituído para outras funções mais estratégicas de acordo com a confiança do homem de trás.

Os executores podem se adaptar à estruturação criminosa dentro da Administração Pública, dentre os aspectos que já citamos “o crime compensa”, a impunidade, a influência política dentro dos Tribunais, a ambição por prêmios financeiros, a ambição por cargos e poder, dentre uma infinidade de possibilidades motivacionais.

O que não podemos é, assim como defende uma corrente no âmbito dos crimes empresariais, a omissão do chefe ou detentor do cargo de direção, chefia e assessoramento, ser responsabilizado pela omissão de não ter fiscalização de forma satisfativa, na medida que o critério subjetivo deve ser avaliado, bem como a relevância do grau de culpabilidade.

## 7. A APLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em 1963, Roxin, ao desenvolver sua teoria já citava a expressão do domínio por organização, que se baseava na tese de que em uma organização delitiva os homens de trás, também denominados de homens de escritório, que ordenavam fatos puníveis com poder mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos forem punidos como responsáveis<sup>123</sup>.

Essa ideia, como já citado anteriormente, foi motivada no processo promovido em Jerusalém contra Adolf Eichmann, um dos principais responsáveis pelo assassinato de judeus no período nazista. Nesta decisão o membro do Conselho Nacional de Defesa, foi condenado como autor mediato de homicídio doloso, porque teria ordenado aos fuzileiros a utilização de disparos mortais contra os fugitivos judeus que quisessem ultrapassar o muro da fronteira da Alemanha.

Cita em sua obra a grande relevância internacional da sua teoria, entre eles nos anos oitenta, no julgamento da Junta Geral Argentina, bem como tem sido levado em conta no moderno Direito Penal Internacional, que reconhece a autoria mediata e acentua expressamente que “independente de que o executor direto também seja penalmente responsável”<sup>124</sup>.

Embora o Código Penal português exclua “a responsabilidade do Estado, as pessoas colectivas no exercício de prerrogativas de direito público e as organizações internacionais de direito público”, conforme defende Susana Aires de Sousa, em 2015 o legislador português alterou o artigo 11º, “revogando a definição de pessoa colectiva pública, aproximando a lei portuguesa das europeias e internacionais”<sup>125</sup>.

Porém, em recente decisão do Tribunal da Relação de Porto, pelo acórdão de 13 de junho de 2018, sob a relatoria de Manoel Soares, afirmou não ser suficiente a forma jurídica ou fim que a pessoa jurídica pela pessoa coletiva,

---

<sup>123</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 69.

<sup>124</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>125</sup> SOUSA, Susana Aires; *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, cit. p. 112-113.

pressupondo que “ela tenha actuado no exercício de prerrogativas de poder público (*ius imperi*)”<sup>126</sup>.

Entendemos que de 1963 para cá houve uma grande evolução da teoria do domínio do fato, e em consequente a teoria do domínio da organização, pela doutrina, jurisprudência e a produção de diversos artigos científicos nesse sentido.

Inicialmente, Roxin rechaça a ideia de que no domínio por organização a condenação do homem de trás seja como coautor, uma vez que os executores faltam pressupostos para a caracterização de autores diretos, e assim, o homem de trás, deveria ser condenado como autor mediato.

Para Roxin, o cumprimento de uma ordem é o contrário de uma tomada de decisão comum, de um acordo entre os coautores. E que a motivação do executor, de forma diferente do que ele defende, igualmente existe na relação do instiga ou auxilia. E a consciência de que os atos devem ser praticados de acordo com as instruções de direção, e transmite a ideia de ter que executar uma ordem e não a tomada de uma decisão comum<sup>127</sup>.

Desta forma, entendemos que a coautoria se baseia na obrigação mútua e não na vinculação unilateral e de uma ordem, pelo o seu chefe. Pois a coautoria possui uma estrutura horizontal e nas organizações de poder, existe um aparato organizado hierarquicamente de forma vertical.

Para Welzel, a coautoria pode ser considerada a própria autoria, sendo que ao invés de apenas um único indivíduo, o domínio final da autoria é praticado por várias pessoas de forma conjunta. E a coautoria é caracterizada pela realização dividida entre múltiplas pessoas, de vários atos parciais de uma decisão tomada por todas elas conjuntamente, e que cada uma se responsabiliza como coautor do fato como um todo, como codetentores da decisão de realizar o fato<sup>128</sup>.

Desta forma, de acordo com a ideia de Welzel, há uma divisão de papéis em plano elaborado em conjunto, cada um executando uma parte ao

---

<sup>126</sup> SOUSA, Susana Aires; *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, cit. p. 43 e Acórdão disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>127</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 71-72.

<sup>128</sup> WELZEL, Hans; *Studien zum System des Strafrechts*, cit. p. 169; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*. cit. p. 91.

mesmo tempo. Assim, nenhum dos agentes possui o controle e domínio pleno dos fatos, sendo ele o coautor do todo e punível do todo.

Welzel delimitou dois pressupostos principais: a) a decisão conjunta do fato: com o entendimento recíproco, expresso ou tácito, entre os participantes para o cometimento em conjunto do fato; e, b) execução conjunta do fato: onde cada coautor deve ser autor e, portanto, ter as condições pessoais objetivas e subjetivas do autor e possuir o domínio final do fato, mediante sua contribuição com o objetivo de completar os demais<sup>129</sup>.

Por sua vez, Roxin conceitua a coautoria como domínio funcional, desenvolvida com o propósito de demonstrar que o domínio do fato é determinante também para a coautoria, em que cada coautor domina apenas sua respectiva parte, mas não o acontecimento integral<sup>130</sup>.

Defende que a coautoria se distingue estruturalmente da autoria direta e da autoria mediata em virtude de que a coautoria consiste na “realização do tipo por meio da execução pela divisão de trabalhos”<sup>131</sup>, que muito se assemelha à proposição de Welzel, no sentido de que a coautoria assenta na divisão de papéis.

Igualmente como pensa Welzel, Roxin defende que a coautoria tem uma estrutura horizontal. Onde existe uma estrutura vertical inequívoca, como na hierarquia de aparatos de poder, leva-se em conta apenas uma autoria mediata<sup>132</sup>.

Desta forma, na coautoria como domínio funcional, cada um tem uma função insubstituível, que lhes confere o domínio conjunto, de tal forma que cada um tem a possibilidade de, por meio de recusa em realizar sua parte, fazer fracassar o delito planejado, daí a expressão “domínio funcional” para caracterizar a coautoria<sup>133</sup>.

Falta-lhes um dos principais pressupostos defendidos por Welzel e Roxin, a execução conjunta do fato, uma vez que a coautoria não se limita a contribuições fáticas em um estágio de preparação ou de execução. São

---

<sup>129</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, p. 92-93.

<sup>130</sup> LESCH, Heiko Harmut; *Gemeinsamer Tatenschluß als Voraussetzung der Mittaterschaft?*, cit. p. 75; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 119.

<sup>131</sup> ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*; cit. p. 283; e ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 119.

<sup>132</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 72.

<sup>133</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 120.

ausentes os pressupostos da divisão de trabalho, também defendida pelos autores. Embora seja possível que o dirigente participe em algum momento da execução, mas não se pode confundir com o cumprimento de uma ordem.

Por isso não se pode discutir aqui por que o homem com a alavanca de poder não quer sujar as próprias mãos e quer deixar o trabalho ser realizado por outro, e também a vinculação mútua dos cúmplices de mesma categoria, que não pode se apresentar no caso de domínio da organização<sup>134</sup>.

Com base nesses conceitos, tanto Welzel quanto Roxin pensam de formas semelhantes com relação à coautoria, e nós também entendemos de igual forma, que nas organizações estruturadas de poder, como as empresas e a Administração Pública, o servidor público ou qualquer outra pessoa ou instrumento, executa ordens, faltam-lhes requisitos para lhe atribuir a responsabilização como autores diretos ou coautores e aos homens de atrás não resta outra forma senão a responsabilização como autores mediatos.

Em um segundo momento, Roxin rechaça também ideia de que, nesse caso, pudesse ser considerado como instigação, pois de acordo com os autores Herzberg, Rotsch e Zaczyk, estaria de acordo com o teor do Art. 24 do Código Penal suíço e §26 do Código Penal alemão, dos quais exigem uma disposição dolosa ao fato.

Na mesma linha que a lei suíça e alemã, estão os códigos penais português e brasileiro, em que se exigem o dolo para a responsabilização e punição de fato típico, vejamos:

Na lei penal portuguesa, “só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos em lei, negligência”<sup>135</sup>. E, na sequência define ainda:

1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.

2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.

3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*; p72-73.

<sup>135</sup> PORTUGAL, *Código Penal*, DL nº 48/95 de 15 de Março, artigo 13º.

<sup>136</sup> PORTUGAL, *Código Penal*, DL nº 48/95 de 15 de Março, artigo 14º.

E de acordo com a lei penal brasileira, “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando praticado dolosamente”<sup>137</sup>. E conceitua “Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”<sup>138</sup>.

Sem muitos aprofundamentos com o conceito de dolo, apenas como exemplificação de como ocorre no Brasil e em Portugal com referência à teoria desenvolvida com base na teoria do domínio do fato.

Porém, defende Roxin que “um instigador não está no centro da decisão”, e ele desperta a tomada de decisão, mas “deve abandonar o desenvolvimento posterior do acontecimento instigado”, o qual tem o domínio do fato predominante<sup>139</sup>.

Acrescenta ainda que no domínio por organização ocorre justamente o contrário: “o homem de trás, que detém a alavanca do poder, decide sobre o fato, enquanto que o executor direto produz” de forma ocasional. E ainda que mesmo diante de uma recusa à ordem não serviria em nada, “porque as condições organizatórias-marco geralmente asseguram a execução” de uma ordem<sup>140</sup>.

Desta forma entende-se que quando as relações de domínio são mal interpretadas quando se transfere a responsabilidade do homem de trás para o executor. Então o chefe do poder não pode ser considerado um mero instigador, porque o executor direto não seria responsável por seu ato, pois detrás dele existe uma ordem.

Defende Roxin, que o próprio domínio do fato é um princípio normativo, que como todos os demais conceitos jurídicos não pode dissolver fundamentos factuais correspondentes ao modelo. Não se podendo declarar que o poder real da condução seja irrelevante, e que esse elemento não fará sentido se for desconsiderado o domínio real sobre o decurso do acontecimento<sup>141</sup>.

Se de acordo com a lei penal a instigação estiver sujeito às mesmas punições que autoria, então não teria fundamento essa discussão acerca da

---

<sup>137</sup> BRASIL, *Código Penal*. Lei nº 2.848 de 7/12/1940, artigo 18, Parágrafo único.

<sup>138</sup> BRASIL, *Código Penal*. Lei nº 2.848 de 7/12/1940, artigo 18, I.

<sup>139</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 73.

<sup>140</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>141</sup> *Idem*, p. 75.

instigação, já que a participação objetiva na produção do resultado seria o mesmo entre o instigador e o executor.

A lei suíça e a lei alemã ocorrem isso, além da lei portuguesa que dispõe que “é punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”<sup>142</sup>.

Já a lei penal brasileira não pune da mesma forma, embora a doutrina tenha se manifestado sobre o assunto. De acordo com o penalista brasileiro, Fernando Capez:

(...) instigar é reforçar uma ideia preexistente. Determinar é ordenar, impor. Exige-se que o autor do crime esteja sob a autoridade de quem instiga ou determina. A lei se refere a qualquer tipo de relação de subordinação, de natureza pública, privada, religiosa, profissional ou doméstica, desde que apta a influir no ânimo psicológico do agente. O agente atua por instigação ou por determinação, aproveitando-se da subordinação do executor ou em virtude de sua impunidade.<sup>143</sup>

Porém, no Brasil são poucos crimes que são puníveis pela instigação ao auxílio, que são os casos de corrupção de menores, “induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem”<sup>144</sup>, o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança, adolescente ou de vulnerável<sup>145</sup>, no caso de tráfico de pessoas, com a finalidade de prostituição ou outras formas de exploração sexual<sup>146</sup>, induzimento à fuga de menor incapaz<sup>147</sup> e com relação ao suicídio, de acordo com o Art. 122, “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”<sup>148</sup>.

Vejamos que a lei penal brasileira não pune o instigador da mesma forma que os executores, assim como ocorre na Suíça, Alemanha e em Portugal, inclusive com agravante, o que tais considerações merecem destaque acerca da problemática da instigação concretamente.

De acordo com Rotsch, citado por Roxin, no caminho oposto à legitimação de uma mera instigação do emissor da ordem, no marco do aparato organizacional de poder, uma vez que ele apresenta a tese de que um habitual

---

<sup>142</sup> PORTUGAL, Código Penal, DL nº 48/95 de 15 de Março, artigo 27º.

<sup>143</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. V.1. P.492.

<sup>144</sup> BRASIL, *Código Penal*. Lei nº 2.848 de 7/12/1940, artigo 218.

<sup>145</sup> *Idem*, artigo 218-B.

<sup>146</sup> *Idem*, artigos 227 e 228.

<sup>147</sup> *Idem*, artigo 248.

<sup>148</sup> *Idem*, artigo 122.

instigador tem o resultado nas mãos, com a mesma segurança que aquele que ordena os fatos puníveis no marco de uma organização criminosa, o homem de trás do aparato organizado de poder, portanto, não se distingue de outros instigadores e por isso pode ser tratado como tal<sup>149</sup>.

Assevera Roxin que instigação e domínio do fato são formas de delito absolutamente diversa, destacando que “Hitler e os demais ditadores podiam realizar, com auxílio do aparato existente à disposição deles, uma potencial destruição e violação do direito”, que comparativamente, não se afasta da posição de instigador normal, de uma forma que se coloca o poder no mesmo nível que a influência do instigador<sup>150</sup>.

Assim, de igual forma na linha traçada por Roxin, que não se pode nivelar ao mesmo nível instigação e a autoria mediata no domínio de organização do poder, especialmente no âmbito da Administração Pública, uma vez que o chefe ou o dirigente possui um poder tão qual ele não pode ser considerado simplesmente um mero instigador.

Na ideia do penalista Fernando Capez, “instigar é reforçar uma ideia preexistente”, diferente de ordenar ou impor, pois o homem de trás, ou senhor do escritório detém o poder de ordenar e impor uma situação, e de acordo com o aparato de poder existe, possui o domínio do fato em suas mãos<sup>151</sup>.

Ademais, assim como no Brasil, os crimes cuja lei penal exige uma conduta dolosa e os instigadores não podem ser responsabilizados de igual forma que os executores, estaríamos dentro de uma infinidade de impunidade, já que só seriam responsabilizados os executores e não seria possível a responsabilização do homem de trás, por que seria considerado meros instigadores da conduta típica.

Afirma Roxin em sua obra “O domínio por organização”, que as suas contribuições até o momento, especialmente o rechaço à coautoria e à instigação, ainda não são suficientes para fundamentar a autoria mediata com exatidão e convicção, nos aparatos organizados de poder, criticando as posições defendem a coautoria e à instigação, pois segundo ele, “fazem isto não em razão

---

<sup>149</sup> ROTSC, T.; *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft*, ZStW 112 (2000), p. 518 e ss.; e no mesmo sentido, *Neues zur Organisationsherrschaft*, NSTZ 2005; e ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 75-76.

<sup>150</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 76.

<sup>151</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, cit. p.492

do poder de persuasão especial de suas próprias hipóteses, senão como uma espécie de auxílio necessário”, afirmando que a aceitação de uma autoria mediata violaria um princípio irrefutável da teoria do autor<sup>152</sup>.

Este princípio citado por Roxin baseia-se na hipótese de que por trás de um autor plenamente responsável não pode existir nenhum autor mediato. Para ele o autor direto (executor) enquanto detentor do domínio do fato seria plenamente responsável pelos seus atos, e desta forma seria impossível pensar em atribuir ao homem de trás, ao mesmo tempo, do domínio do fato<sup>153</sup>.

Para ilustrar o seu raciocínio, Roxin define três pressupostos necessários para fundamentar uma autoria mediata nos casos de domínio organização.

A primeira posição, defende que o “verdadeiro instrumento é, o próprio aparato”, e que consiste em uma diversidade de pessoas dentro de uma estrutura pré-estabelecida, que atuam conjuntamente em diversas funções condicionadas à organização e que “assegura ao homem de trás o domínio sobre o resultado”, e que desta forma o autor direto (executor) por si só não desempenha papel decisivo<sup>154</sup>.

Note que embora Roxin em diversos momentos em sua obra rechaça a possibilidade de organização por aparatos de poder vinculado ao direito, e desta forma não haveria a possibilidade de inserir a teoria do domínio do fato à Administração Pública e aos crimes cometidos por empresas, ao continuar seu raciocínio, a nossa posição é de que os aparatos organizados de poder se encaixa perfeitamente.

Vejamos que a organização descrita por Roxin, que consiste numa diversidade de pessoas inseridas em estruturas previamente estabelecidas, atuando conjuntamente em diferentes funções condicionadas pela organização, podemos, com clareza enxergar essa organização dentro de uma empresa e dentro das estruturas governamentais, que embora estejam vinculadas ao direito, posição rechaçada por Roxin, defendemos há a possibilidade de que essas estruturas sejam apropriadas para cometer crimes e causar prejuízos à Administração Pública.

---

<sup>152</sup> *Idem*, p. 77.

<sup>153</sup> *Idem*, p. 78.

<sup>154</sup> *Idem*, p. 78.

Rotsch, ao discorrer sobre a concepção de Roxin, considerado a ideia válida, afirma que o “domínio por organização não pressupõe nenhum domínio da conduta típica, senão apenas o domínio do resultado típico”<sup>155</sup>.

Desta forma, Rotsch admite particularmente um fundamento suficiente para estabelecer o domínio por organização como uma forma independente de autoria mediata, da mesma forma que ocorre com o domínio por coação e por erro, citado anteriormente neste trabalho.

De acordo com Roxin, Rotsch advoga pela instigação sob o fundamento de que “o autor é a figura central na realização da ação de execução típica”, pois a ação do homem de trás estaria desvinculada da realização do tipo propriamente. Porém, ele não se convenceu de que a tese do homem de trás estaria desvinculada da realização do tipo, “de maneira contrária ao Estado de Direito”, pois “o domínio do fato é apenas o domínio sobre o resultado típico”<sup>156</sup>.

Assim, ele se contradiz um pouco do que vem defendendo em suas obras, como já citado anteriormente de acordo com Roxin, o homem de trás tem o domínio de todo o aparato do poder, deste os atos preparatórios, passando pela execução e como consequência o resultado esperado (resultado típico) e não apenas o controle apenas do resultado típico.

Levando em consideração esses argumentos até o momento explanados, consideramos que a teoria do domínio do fato, e especialmente o domínio por organização nos aparatos de poder, para poder configurar a autoria mediata do homem de trás nestas circunstâncias, o dirigente (o homem de trás), deve ter plenamente o domínio de toda a organização e de todo o aparato organizado de poder.

O domínio do autor direto (executor) deve ser apenas um meio para a obtenção do resultado, uma vez que ele pode ser substituído por outro membro da organização, como ocorre no caso da coação. Desta forma rechaçamos a posição de Rotsch como instigação, e a posição de Roxin de que o homem de trás tem apenas o domínio sobre o resultado.

---

<sup>155</sup> ROTSC, T.; *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft*, cit. p. 518 e ss.; o mesmo, *Neues zur Organisationsherrschaft*, *NStZ 2005*, cit. p. 13 e ss.; e ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 78.

<sup>156</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 78-79.

A figura central do resultado típico não deve ser apenas o autor direto (executor), mas o homem de trás, de para poder fundamentar a autoria mediada nos casos de domínio por organização. Então deve ser considerado principalmente a conduta dolosa do homem de trás, desde os atos de preparação, a execução e ao resultado desejado. E que embora o homem de trás não tenha praticado nenhum ato ilegal, no ponto de vista do direito, mas o aparato organizado de poder só é possível pelo desejo do resultado típico do autor mediato.

Em segundo lugar, Roxin, defendendo que o executor e o homem de trás possuem formas diferentes de domínio do fato, que não se excluem mutuamente. O homem de trás deve possuir o domínio da organização, traduzida em uma possibilidade de influência “que lhe garante a produção do resultado por ordem do aparato de poder existente sem a execução do fato pelas próprias mãos”<sup>157</sup>.

Assim esta “garantia de resultado fundamenta o domínio do fato”, se distinguindo do domínio da ação do executor, mas podendo existir conjuntamente. E, em caso de coação, a circunstância de que o homem de trás tenha sua conduta proclamada pela ausência de culpa, devido a sua posição de coação, “não muda em nada o seu domínio sobre o fato”, consistindo em uma forma de manifestação de injusto típico. Devendo o homem de trás ter o domínio do fato e ser autor mediato em virtude da coação<sup>158</sup>.

E em terceiro lugar, concluindo que não se pode deduzir a autoria e o domínio do fato primariamente de algum déficit do instrumento, assim como ocorre nos casos de domínio do fato por erro ou coação, senão deve fundamentá-lo positivamente a partir da posição do autor no acontecimento integral. O domínio do fato do homem de trás “baseia-se em que por meio de uma ordem sua, através do aparato existente, ele pode causar o resultado com maior segurança”.

Assim como já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal da Alemanha: “na hipótese de emprego de instrumento inculpável ou induzido em erro são frequentes as ocorrências de casos nos quais o autor mediato não tem

---

<sup>157</sup> *Idem*, p. 79.

<sup>158</sup> *Idem*, p. 79-80.

inteiramente nas mãos a ocorrência do resultado, como nos casos da espécie descrita”<sup>159</sup>.

Desta forma, Roxin tenta distinguir a autoria mediata, com a utilização de um instrumento inculpável, que seriam semelhantes ao domínio por erro ou coação e o domínio por organização, sendo que no primeiro, assim como descreve a jurisprudência alemã, o autor mediato não possui inteiramente o controle do resultado, já na utilização de um instrumento na organização de poder, o resultado seria garantido e essa garantia de resultado é o que fundamenta o domínio do fato.

Concordamos então com essa posição de Roxin, no sentido de que se reconhece o domínio de organização como uma forma independente de autoria mediata, e a partir daí faz necessário a delimitação dos pressupostos para se basear em concreto.

Entendemos que são quatro os critérios sobre os quais pode-se atribuir ao homem de trás o domínio por organização: poder de mando, a desvinculação do direito pelo aparato de poder, a fungibilidade do executor direto e a disposição essencialmente elevada dos executores de fato. E por fim, como as regras de domínio por organização podem ser transferidas à fatos puníveis em empresas econômicas.

#### a) Poder de Mando

O autor mediato somente pode ser quem tem um poder de mando dentro de uma organização conduzida rigorosamente e o exerce para produzir realizações típicas. De acordo com a decisão alemã, já citada neste trabalho, o comandante de um campo de concentração nazista era, portanto, o autor mediato dos assassinos ordenados por ele, “mesmo quando ele agia com base em uma instrução de um superior”, entende Roxin<sup>160</sup>.

Desta forma, entende o autor muitos autores mediatos podem estar atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia de mando, e desta forma o pessoal do serviço de apoio somente poderia ser punido por participação, se este tiver promovido de forma consciente os fatos puníveis através de alguma

---

<sup>159</sup> *Idem*, p. 80.

<sup>160</sup> *Idem*, p. 81.

ação, porém, por si mesmo não teria ordenando nenhum homicídio e também não teria colaborado na sua execução<sup>161</sup>.

Para facilitar nosso entendimento e raciocínio, vamos levar em consideração a estrutura hierárquica do Ministério da Defesa de Portugal que muito se assemelha com a estrutura hierárquica do Ministério da Defesa do Brasil e de outros países, para tentar identificar quem seriam os autores mediatos se a ordem de fuzilamento que originou a formulação da Teoria do Domínio do Fato, fossem nesses países.

O Ministério da Defesa de Portugal é o departamento governativo da administração central portuguesa ao qual incube preparar e executar políticas de defesa nacional, no âmbito das competências que lhe são conferidas, bem como assegurar e fiscalizar a administração das Forças Armadas<sup>162</sup>.

Por sua vez, as Forças Armadas se subdividem no Estado Maior General das Forças Armadas, que é o órgão militar superior da República Portuguesa e tem por atribuições o planejamento, a direção e o controle do emprego das Forças Armadas de Portugal, no cumprimento das missões e tarefas operacionais que a estas incumbem, órgão este que integram o Ministério da Defesa. Dentro da estrutura do Estado Maior General das Forças Armadas, possui o Chefe, o Coordenador Conjunto e composto por um Centro de Operações das Forças Armadas e Comandos Operacionais e Comandos-Chefes.

Além do Estado Maior, existem a Marinha, que tem por missão cooperar, de forma integrada, na defesa militar de Portugal, através da realização de operações navais; o Exército, responsável pela defesa militar no ramo terrestre; e a Força Aérea, o ramo aéreo da defesa militar das Forças Armadas.

Só dentro do Exército, possuem mais uma infinidade de posições hierárquicas com poderes de mando, como o Chefe do Estado-Maior do Exército, o Gabinete, o Vice Chefe o Conselho Superior do Exército, o Estado Maior do Exército, vários comandos, várias brigadas e zonas militares.

---

<sup>161</sup> *Idem*, p. 81.

<sup>162</sup> PORTUGAL, *Lei Orgânica nº 1-A/2009* – Diário da República nº 129/2009, 1º Suplemento, Série I de 2009-07-07.

E ainda, dentro da estrutura do Exército existem uma série de postos, categorias e patentes: Oficiais Gerais, Oficiais Superiores, Oficiais Subalternos, Oficiais em Formação, Sargentos, Sargentos em Formação, Praças e Praças em Formação; e ainda: Tenente-General, Major-General, Coronel, Tenente Coronel, Major, Capitão, Tenente, Alferes, Aspirante a Oficial, Cadete, Sargento-Mor, Sargento-Chefe, Sargento-Ajudante, Primeiro-Sargento, Segundo-Sargento, Furriel, Cabo-Mor, Cabo-Chefe, Cabo, Guarda Municipal e Guarda.

Vejamos que só dentro da hierarquia do Ministério da Defesa de Portugal, existem uma infinidade de dirigentes, chefes e comandantes com poderes de mando, um sobre o outro. E quem seria o homem de trás com poderes para ordenar a execução de fugitivos, como foi o exemplo colocado na Alemanha, que originou a teoria do domínio do fato? Esta é sem dúvidas nosso principal objetivo.

De acordo com esse pressuposto delineado por Roxin, o autor mediado seria o comandante do campo de concentração que ordenou o fuzilamento, mesmo que este tenha seguido ordens de seu superior hierárquico. Posição esta que concordamos em parte, por exemplo, se a ordem partiu do Comandante Chefe do Exército ou do Ministro da Defesa, de acordo com o domínio por organização pelo aparato de poder, quem detém o poder de mando? É realmente o comandante do campo de concentração? É o Chefe do Exército ou o Ministro da Defesa? Entendemos que há, neste caso, vários autores mediatos, um atrás do outro, e não deve ser punido apenas o comandante da base, mas todos aqueles que detinham o poder de mando e assim o fizeram.

#### b) A desvinculação do Direito pelo aparato de poder

Roxin postula desde o início a desvinculação do direito pelo aparato de poder como pressuposto imprescindível do domínio por organização, e conforme já citado em nossa obra, contudo, na mais recente obra, ele defende persistir nesta exigência, “desde que se eliminem os pontos críticos trazidos à discussão”, como esclarece a seguir<sup>163</sup>.

---

<sup>163</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 81.

Desta forma, o autor muda seu entendimento e afirma que “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”. Cita que os âmbitos de atuação como o impedimento de fuga da República alemã e a solução final para o problema relativo aos judeus, “caracterizam atividades absolutamente desvinculadas ao direito”, concluindo que os assassinatos em massa do regime nazista também teriam sido atos desvinculados do direito “se o antigo dirigente estatal os tivesse ordenado não por meio de ordens secretas, mas ‘legalmente’”<sup>164</sup>.

Esclarece ainda que fica evidente “que a desvinculação do direito pelo aparato organizado de poder constitui um pressuposto necessário para o domínio do fato pelo homem de trás”. Exemplifica que se os assassinatos tivessem sido ordenados por funcionários arbitrários, tais ações seriam ações isoladas e “deveriam ser tratadas de acordo com as regras da instigação e da autoria”. Neste caso os executores poderiam se negar a qualquer momento e seguir a orientação da legislação. Entende ainda que o sistema deveria, portanto, trabalhar criminosamente “desvinculado do direito” como um todo, se as orientações do homem de trás vieram para garantir o resultado que fundamenta a autoria mediata.

Não concordamos com esta posição adotada por Roxin, pois consideramos que só se foi possível a execução dos fugitivos da República alemã e a execução em massa dos judeus, graças ao aparato de poder hierarquicamente vinculado ao direito, e que todos os casos o direito que cria a estrutura administrativa estatal vinculando uns aos outros, seja por nomeação em confiança, seja por carreira dentro do cargo ou função, podem a qualquer momento perder posição ou ganhar posição de acordo com a confiança pessoal que o funcionário tem com o seu chefe.

Não importa se a ordem veio de forma secreta ou legalmente, entendemos que, no aparato organizado de poder dentro do Estado, é possível a consumação de tais crimes. Por exemplo, se um dirigente da Administração Pública ordena a fraude em uma licitação ou concorrência, com intuito de priorizar determinada empresa e superfaturar os preços, pagando propinas aos

---

<sup>164</sup> *Idem.*

agentes públicos, entendemos que embora a ordem não seja legal, mas secreta, esse crime só foi possível em decorrência de todo o aparato de poder organizado pelo Estado e vinculado ao direito.

Da mesma forma, como já citamos em nosso trabalho, com relação aos crimes cometidos pelas empresas, se caso a ordem do dirigente tenha sido secreta e os funcionários, seguindo orientação do seu chefe, que, por sua vez recebeu ordens de outro chefe, embora não tenha sido uma ordem legal, mas secreta, o crime só foi possível em decorrência do aparato organizado de poder existente dentro da empresa que está vinculada ao direito e ao controle estatal.

c) A fungibilidade do executor direto

A fungibilidade que seria a possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais de preenchimento do tipo penal, desta Roxin que para ele foi um elemento essencial do domínio por organização. Desta forma, o cumprimento de ordens do homem de trás “é assegurado em grande parte justamente pelo fato de que muitos potenciais executores encontram-se à disposição, de modo que a recusa ou a perda de um indivíduo não pode impedir a realização do tipo”<sup>165</sup>.

Seguindo este mesmo entendimento, segue Stratenwerth, quando afirma “como qualquer indivíduo que colabora na execução é substituível, não é necessário em relação a ele nenhuma coação ou erro para transferir ao homem de trás o domínio do fato”<sup>166</sup>.

Citando a crítica de Renzikoeski, que segue a sua posição com relação à possibilidade garantida de produção do resultado em virtude da possibilidade de substituição do executor direto, porém, o fato de que “condutas hipotéticas de terceiros”<sup>167</sup>, ou seja, a possibilidade de aproveitamento de outros executores, não poderia fundamentar um domínio efetivo de comportamento, concordando que o acontecimento da relação entre duas pessoas não é o modo

---

<sup>165</sup> *Idem*, p. 82.

<sup>166</sup> STRATENWERTH, G.; *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Aufl., Bern 2005, §13, n.m. 40; e ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 82.

<sup>167</sup> RENZIKOWSKI, J.; *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997, p. 87 e ss; e ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 83.

correto de domínio por organização, e “o instrumento é a organização e para o seu emprego eficaz a existência de muitos possíveis executores não é uma hipótese”, mas uma realidade<sup>168</sup>.

Schroeder<sup>169</sup>, por sua vez, apresentou objeção, afirmando que quando for necessário a presença de especialistas, de forma imprescindível, enquanto executores, estes não poderiam ser substituíveis, tendo em vista que o homem de trás é o autor mediato. Porém, conclui Roxin que caso se afaste a possibilidade de se ter um especialista dentro do aparato de poder, isso abandonaria o conceito de domínio por organização, que “é orientado para a automatização descrita” e por uma multiplicidade de acordo com o mesmo esquema de crimes correntes. Concluindo que se um serviço secreto necessita de recrutar um especialista que somente ele possui condições de executar um determinado delito, “a organização não ostenta desde o princípio o modo específico de atuação, e desta forma existiria apenas uma instigação, uma vez que não seria exercida nenhuma pressão coercitiva<sup>170</sup>”.

Para o objeto do nosso trabalho é importante relacionar a possibilidade da fungibilidade dos executores no âmbito da Administração Pública, principalmente quando há a necessidade de executores especialistas para o preenchimento do tipo penal, bem como, na hipótese da necessidade de terceiros executores, de fora da estrutura governamental.

Calha destacar que no âmbito da organização estatal, por vezes faz necessário a presença de especialistas, por exemplo, para a realização de obras públicas é essencialmente necessário projetos de engenharia ou arquitetura. No âmbito do direito, é necessário pareceres jurídicos, na contabilidade de contadores, no pagamento de tesoureiros, âmbito do meio ambiente, a necessidade de engenheiros ambientais e para a contratação a necessidade de profissionais habilitados para o concurso público ou procedimento adjudicatório, como é denominado em Portugal, equivalente à licitação no Brasil.

Essa necessidade de especialista no nosso entendimento não retira a ostentação da organização desde o princípio, de modo que não há dentro da

---

<sup>168</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 83.

<sup>169</sup> SCHROEDER, Fr.-Chr; *Der Täter hinter dem Täter, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Berlin, 1965, p. 168; e ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 83.

<sup>170</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 83.

Administração Pública um único especialista em cada área, e sempre há uma grande multiplicidade de profissionais que almejam posições e poder, e que por muitas vezes são nomeados pelos dirigentes das repartições públicas de acordo com a confiança do seu chefe.

Por exemplo, o Primeiro-Ministro de Portugal escolhe os demais Ministros de sua confiança, que por sua vez escolhem os Secretários de Estado de igual confiança, e assim segue um organograma de órgãos e cargos vinculadas hierarquicamente ou não, porém, uns exercendo influências sobre outros.

Há também as empresas públicas híbridas, como é denominado em Portugal, e de economia mista, como é denominado no Brasil, varia entre o direito público e o privado, e de acordo com Carla Amado Gomes<sup>171</sup>, “tendendo cada vez mais para este último”, como é o caso da Agência para a Modernização Administrativa, criada por meio do Decreto-Lei nº 20/2018 de 23 de Março, a Resolução do Conselho de Ministros nº 29/2018, de 12 de Março, que autoriza a criação e instalação do Centro Internacional de Investigação do Atlântico – AIR Centre, entidade de direito privado<sup>172</sup>.

No âmbito das Forças Armadas há numerosos potenciais executores das ordens, sejam elas secretas ou não, que podem ser remanejados, deslocados, promovidos ou até mesmo dispensados.

Não conseguimos enxergar na atividade da Administração Pública, alguma atividade que haja somente um especialista capaz de executar as ordens legais ou secretas, entendendo que dentro desta estrutura há uma numerosa quantidade de possíveis executores que serão recrutados de acordo com a confiança do dirigente.

Para ilustrar a sua posição, Roxin cita os exemplos dos assassinatos em massa nos campos de concentração e o caso dos disparos mortais do fugitivos do muro de Berlin, afirmando que o ajudante isolado poderia ter a oportunidade de evitar a morte da vítima e o soldado de fronteira simplesmente ter errado o alvo ou desviar o olhar. Concluindo que, embora os disparos

---

<sup>171</sup> GOMES, Carla Amado; “A organização Administrativa portuguesa no seu labirinto: tópicos introdutórios”, in *Organização Administrativa: novos actores, novos modelos*, v.1, AAFDL Editora: Lisboa, 2018, pp. 221-361

<sup>172</sup> *Idem*, p. 335-336 e nota 59.

dependessem da atuação dos soldados, mas devido a inatividade sabotadora dos soldados a fuga teria êxito, esclarecendo que “sob o ponto de vista do detentor do poder isto seria uma falha da organização”<sup>173</sup>.

Seguimos essa linha delineada por Roxin, uma vez que nem todo crime é perfeito, e assim como há falhas humanas, no crime também há. Assim como nas repartições públicas, em que o erro humano também é existente. Não se pode deixar de ostentar o domínio por organização que ocorra falhas e, por exemplo numa situação hipotética, em que haja uma falha humana ou do instrumento utilizado para a execução, e não se obtenha o resultado esperado.

Ademais, diante da fungibilidade, aqueles executores que eram em número elevado tendem a ser substituídos por outros mais assertivos e que detenham uma maior confiança, já que estamos falando de uma multiplicidade de executores e autores diretos para satisfazer o desejo do homem de trás.

#### d) A disposição essencialmente elevada dos executores de fato

Após os três critérios antecedentes, há um quarto caracterizado por Roxin, que só veio acrescentar depois da obra original, que é a disposição essencialmente elevada. Esse elemento se assemelha aos conceitos de Schroeder<sup>174</sup> e Heinrich<sup>175</sup>, em suas obras que tentaram esclarecer a autoria mediata em organizações delitivas<sup>176</sup>.

De acordo com Roxin, Schroeder fala em uma “determinação condicionada ao fato” e Heinrich de uma “inclinação do executor de uma típica organização ao fato”. E ainda o Supremo Tribunal da Alemanha, entre as razões para a autoria mediata do homem de trás nas organizações criminosas: “a disposição incondicional do autor direto, em cumprir o tipo penal”<sup>177</sup>.

Segue Roxin afirmando que tais circunstâncias não podem fundamentar nenhum domínio do autor direto, pois a situação dele estar “disposto ao fato”, “determinado ao fato” ou “inclinado ao fato”, não muda em

---

<sup>173</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 84.

<sup>174</sup> SCHROEDER, Fr.-Chr; *Der Täter hinter dem Täter, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, cit. p. 150; e o mesmo, *Entscheidungsträgerschaft*, München 2002, p. 271 e ss. (273).

<sup>175</sup> HEINRICH, M.; *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, München 2002, 271 e ss. (273).

<sup>176</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 85.

<sup>177</sup> Idem, p. 85, BGHSt 40, 236. (Der Sprung des Täters hinter den Täter aus der Theorie in die Praxis, JR 1995, 179);

nada a sua responsabilidade de agir legalmente, diferente do que ocorre na atuação delitiva de uma organização<sup>178</sup>.

Com isso o autor defende que “aquele que em um aparato organizado de poder desvinculado do direito executa o último ato de preenchimento do tipo é diferente de um autor isolado em si mesmo”, justificando que ele está sujeito a numerosas influências específicas da organização e que não excluem a sua responsabilidade, mas o torna “mais disposto ao fato” que outro potencial executor e aumenta a probabilidade do resultado por meio de uma ordem.

Em outras palavras o sujeito que está dentro de um aparato organizado de poder está sempre mais disposto a cumprir a ordem que um outro potencial executor de fora desta estrutura, garantido o fato desejado de forma mais segura, que um terceiro estranho desta estrutura organizada de poder.

Concordamos com essa posição do autor, discordando apenas na questão referente ao aparato organizado de poder fora do direito. Ora, se a organização de poder está vinculada ao direito, como é o caso da estrutura organizacional do Estado e, também por analogia, as empresas, entendemos que o resultado seria garantido da mesma forma.

Outro ponto que Roxin destaca é com relação à responsabilização, tendo em vista que um membro dentro de um aparato organizado de poder desvinculado do direito tende a estar mais propício que um suposto executor dentro de uma organização vinculado ao direito. Concordamos, porém, entendemos que se a organização foi estruturada, para além de executar os serviços legais, mas paralelamente a isso os serviços ilegais e delitivos dentro de uma estrutura organizada vinculada ao direito, este critério apontado por Roxin, se enquadra perfeitamente.

Destaca o autor que “a integração de uma organização provoca, como tal, uma tendência à adaptação”, e espera que isto ocorra concretamente. E, que poderia levar a uma adesão irrefletida a condutas que jamais passariam pela cabeça das pessoas incorporadas a tal organização. Porém, destaca um fenômeno típico da organização, que seria o zelo excessivo, seja pela ambição na carreira, pela ostentação, pelo deslumbramento ideológico ou também em razão de impulsos sádicos, que os membros da organização acreditam em

---

<sup>178</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 85.

fornecer. Há também uma resignada reflexão: “se eu não faço, de qualquer forma outro fará”<sup>179</sup>.

Entendemos que da mesma forma pode ocorrer com o aparato organizado de poder vinculado ao direito. Como já falamos anteriormente o funcionário público de carreira, ou até mesmo empregado de uma empresa particular, também almejam a ambição em sua carreira, e quando mais se ganha a confiança do chefe, maior a probabilidade de ascender profissionalmente, e cometendo delitos e colocando em risco a sua vida e a sua profissão, pode, da mesma forma, buscar o excesso de zelo, na execução dos desejos do homem de trás. E, de acordo com a frase “se eu não faço, de qualquer forma outro fará”, também pode ser considerada dentro da organização vinculada ao direito, diante da quantidade numerosa de funcionários, profissionais e potenciais executores que almejam ganhar a confiança do seu chefe.

Com isso, Roxin defende ser uma hipótese que na verdade não fundamenta nenhum domínio do homem de trás por erro ou coação, mas se aproxima em grande parte de tais situações: o executor solícito teme, por exemplo, no caso de recusa, a perda de sua posição, o desprezo do seus colegas ou outros prejuízos sociais, ele conta com a impunidade do seu fazer ordenado de cima. Todos esses fatores não excluem a responsabilidade e nem a culpabilidade do executor direto e reduzem muito pouco a sua medida, e em algumas manifestações podem até aumentar. De acordo com o autor “elas conduzem a uma disposição condicionada dos membros da organização ao fato, que, juntamente com a possibilidade de substituição pelo homem de trás, é elemento essencial de segurança”, que garantiria o resultado<sup>180</sup>.

Concordamos com essa linha de raciocínio, principalmente na questão que se coloca em que a possibilidade de substituição pode ser realizada pelo homem de trás, é um elemento de segurança essencial para a garantia do resultado. Entendemos, que da mesma forma pode ocorrer nos aparatos organizados de poder vinculados ao direito. Há também uma diversidade de possíveis executores, que podem ser substituídos, remanejados para outros setores ou até mesmo dispensados, e a garantia que tem de se manter em seu posto de trabalho, é o que garante também o resultado.

---

<sup>179</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>180</sup> *Idem*, p. 86.

- e) Como as regras do domínio por organização podem ser transferidas para as empresas econômicas

Como podemos perceber discorreremos sobre os quatro critérios, delineados por Roxin, que são suficientes para a configuração da autoria mediata em virtude dos aparatos organizados de poder. Conforme já citado, a figura jurídica do domínio por organização pode ser aplicada às atividades terroristas e determinadas formas de manifestação da criminalidade organizada, contanto que existam seus pressupostos no respectivo caso concreto. Mas com isso se pode declarar como autores mediatos também os chefes de empresas econômicas?

De acordo com Roxin, o Tribunal Federal da Alemanha já defende este entendimento, o qual já afirmou na decisão referente ao Conselho Nacional de Defesa (DDR), que: “o problema da responsabilidade no caso do estabelecimento de empresa econômica também pode ser solucionado assim”, e em uma série de decisões subsequentes ela procedeu da mesma forma<sup>181</sup>.

De acordo com a jurisprudência alemã, é possível que o “fato punível provocado pelo chefe de uma empresa, ... no qual o colaborador da empresa atua ‘de acordo com a instrução’”, desta forma, entende-se que o Supremo Tribunal Federal alemão se utilizou a teoria desenvolvida por Roxin, ampliando a figura jurídica do domínio por organização, permitindo a sua aplicação nas empresas econômicas, nos casos em que os subordinados seguem a instrução do superior, resultando ao final em um crime<sup>182</sup>.

A partir daí, Roxin cita algumas decisões neste sentido. A primeira delas, no chamado caso da interrupção de tratamento (Behandlungsabbruch-Fall), surgido em 1994, em que o médico e o filho de uma mulher idosa acometida de grave lesão cerebral, instruíram os enfermeiros a interromper a alimentação artificial da paciente. O Supremo Tribunal Federal da Alemanha, afirmou não haver “nenhuma dúvida” quanto ao domínio do fato de ambos os acusados,

---

<sup>181</sup> BGHSt 40, 237; ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 87.

<sup>182</sup> Posição do 5.º Senado do BGH em matéria penal; e ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 87.

atribuindo-lhe o delito de homicídio, concluindo pela autoria mediata do filho e do médico e das pessoas vinculadas a ordem<sup>183</sup>.

Roxin rechaça tal ideia, fundamentando que primeiro se se trata de um homicídio punível, não se pode falar em domínio do fato do homem de trás, e que o tal poder de mando compreendia apenas instruções em conformidade do direito. E, por segundo, não se pode afirmar que um hospital consiste em um estabelecimento de trabalho desvinculado ao direito. E, em terceiro, a falta de fungibilidade do executor, pois não havia outros executores e nem se poderia obtê-lo. E, por último, havia pouca disposição ao fato por parte do pessoal do hospital, e que em casos semelhantes os funcionários do hospital são “absolutamente escrupulosos”, por que sabem que facilmente se pode entrar em conflito com a justiça penal. Defende Roxin, que o caso deveria se aproximar ao máximo de uma instigação tentada, sob pena de chegar a uma ampliação sem limites da autoria mediata<sup>184</sup>.

Após isso, passamos a discorrer sobre o nosso ponto de vista. Discordamos do primeiro ponto em que Roxin rechaça a possibilidade de atribuição do homem de trás, pois diante de seus próprios ensinamentos, o homem de trás, seria aquele que possui todo o domínio da organização, porém, não o executa com as próprias mãos, então de acordo com o domínio do fato, os homens de trás seriam o médico e o filho da paciente. O fato de estar vinculado ou não ao direito, como já afirmamos, por si só não deve ser elemento essencial. Em terceiro, com relação à falta de fungibilidade do executor, como também já expomos nossa opinião, neste caso em concreto, no hospital, existiam sim uma grande quantidade de possíveis executores, vários enfermeiros, vários auxiliares, médicos substitutos etc., então entendemos estar preenchidos os elementos quanto à fungibilidade. E com relação à pouca disposição do pessoal do hospital, da mesma forma como tratamos sobre esse critério anteriormente, há os funcionários que almejam subir na carreira e tornar-se de confiança do seu chefe, e assim estaria preenchido este outro pressuposto.

E, dessa forma, poderia estar configurado o cometimento de um crime, dentro de um aparato organizado de poder, de um ou mais de homens de

---

<sup>183</sup> BGHSt 40, 257 e ss; e ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, p. 87.

<sup>184</sup> *Idem*, p. 88.

trás, com poder de mando e dentro de uma estrutura hierarquizada vinculado ao direito. Não concordamos também que deveria se aproximar a uma instigação tentada, uma vez que os pressupostos diante do nosso ponto de vista estariam preenchidos e porque na instigação tentada há apenas uma indução e não o cumprimento de uma ordem, como foi o caso.

Outro exemplo citado pelo autor, em uma decisão de 1997, em que o dirigente de uma Sociedade de Responsabilidade Limitada foi condenado como autor mediato da remoção de lixo lesivo ao meio ambiente. Ele era responsável pelo fato de que foram abandonados detritos aos recolhedores que não dispunham da possibilidade de eliminação organizada do lixo. A decisão foi fundamentada com a declaração de que os acusados teriam “aberto e indicado o caminho para que os detritos fossem eliminados ilegalmente”, e desta forma seriam responsáveis, apesar de não feito nada concretamente, mas os detritos foram abandonados aos recolhedores que não dispunham da possibilidade de eliminação organizada do lixo.

Sobre esse caso, Roxin afirma que não se justifica nenhum domínio do fato, sobretudo porque os funcionários (os recolhedores de lixo), não eram vinculados à estrutura de organização própria empresa e não dependia dela. E assim, quem não colabora com o preenchimento do tipo penal não tem o domínio do fato. E trata-se de “um típico comportamento de instigação, sob o pressuposto de uma provocação dolosa de um fato reconhecido como contrário à proibição”<sup>185</sup>.

Neste caso concordamos com o autor, uma vez que os recolhedores não estavam vinculados à estrutura da organização, e o ato supostamente ilegal seria somente informar o caminho onde os detritos fossem eliminados de forma ilegal.

Mas vamos imaginar em uma situação hipotética: sabemos que o recolhimento do lixo é responsabilidade pública, porém, em várias situações são terceirizadas ou delegadas as outras empresas especializadas, que recebem financeiramente para prestar o serviço. Imaginem se essa empresa, com intuito de baratear o valor do serviço ao invés de organizá-lo e dar a destinação correta para os detritos de lixo, optam por fazer o depósito ilegal prejudicando o meio

---

<sup>185</sup> BGH, NSTZ, 1997, 544; e ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 89.

ambiente. Neste caso, restariam preenchidos todos os pressupostos delineados pelo autor no domínio do fato. Uma empresa organizada por um aparato de poder, com um homem de trás, que emitiu uma ordem secreta para que seus funcionários realizassem o depósito ilegal do lixo. Embora o dirigente da empresa não tenha realizado nada, foram seus funcionários potenciais executores que realizaram o delito. Desta forma entendemos que o dirigente da empresa deveria ser responsabilizado como autor mediato.

Uma terceira decisão é citada por Roxin, onde foram punidos os dirigentes de uma Sociedade de Responsabilidade Limitada, em 1997, que não figuravam nos estatutos sociais da empresa, mas eram os dirigentes fáticos, e foram como autores mediatos de estelionatos. Os procedimentos ilegais haviam sido cometidos pelos empregados da empresa em relação à encomenda das mercadorias, objeto do estelionato. De acordo com o autor “nenhuma atuação concreta ou inclusive apenas o conhecimento atual dos acusados em relação às encomendas de mercadorias”, pois se deve levar em conta aquele que também se aproveita de condições básicas determinadas por estruturas da organização. Defende que os dirigentes, ora acusados, não teria atuado concretamente e isto não estaria fundamentado de forma exata. O Supremo Tribunal da Alemanha teria se utilizado de uma repetição formalista do que teria se desenvolvido na decisão dos disparos do muro, para qualificar a responsabilidade mediata do setor diretivo de uma empresa. Sustenta o autor que “este conceito não é apropriado para isso”<sup>186</sup>.

Embora Roxin rechace a possibilidade da aplicação deste instituto no âmbito empresarial, entendemos que é relevante levar em consideração o fato. De acordo com o que foi explanado afirma que não foi verificada nenhuma atuação concreta dos dirigentes, mas tinham conhecimento da encomenda das mercadorias. Também concordamos com Roxin nesse sentido, uma vez que os dirigentes não tinham o domínio de todo o fato criminoso. Mas deve ser punível por omissão, pois além de ter conhecimento dos fatos criminosos e nada fizeram para se evitar e além de tudo teria se beneficiado da conduta ilícita.

Após a citação e comentários dos exemplos, Roxin critica veementemente a posição do Tribunal Federal da Alemanha na tentativa de

---

<sup>186</sup> BGH, wistra, 1998, 148; e ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 89-90.

transferir a figura jurídica da autoria mediata em virtude dos aparatos organizados de poder às empresas que atuam no marco da ordem jurídica vigente.

O autor Zaczyk declarou que a ampliação feita pelo Tribunal alemão seria uma verdadeira “degeneração” da teoria criada por Roxin. E ainda de acordo com o autor, faltam alguns pressupostos: o primeiro, “contanto que não estejam envolvidas desde o princípio em atividades criminosas, como regra, não trabalham desvinculadas do direito que as empresas”. E, por segundo, não se poderia falar de uma disposição essencialmente elevada dos integrantes das empresas, tendo em vista que os delitos econômicos e ambientais, ou até mesmo de delitos de homicídio em hospitais, trazem um risco de grande punibilidade e um risco de perda do lugar na empresa<sup>187</sup>.

Nesses dois elementos trazidos pelo autor, discordamos, o primeiro deles o fato por si só que as empresas estejam vinculadas ou desvinculadas à ordem jurídica, não consideramos ser essencialmente necessário, pois conforme já explicado anteriormente, uma empresa pode estar vinculada ao direito e cometer crimes de acordo com a teoria do domínio do fato.

O segundo elemento, que seria a disposição essencialmente elevada também já tratamos sobre o assunto, que pode existir disposição essencialmente elevada dentro da estrutura organizacional da empresa, onde todos, ou senão uma maioria pretende crescer em sua carreira. E com relação do grande risco de punibilidade e o risco de perda do lugar na empresa, se o funcionário está agindo de acordo com as ordens do seu chefe, quando maior o risco, maior a confiança, e ao invés de perder lugar na empresa, entendemos que pode haver uma promoção.

Sustenta Roxin que o Código Penal alemão sempre teve disposições sobre delitos praticados no exercício da função, como exemplo cita o § 357 diz:

(1) Superiors who incite or undertake to incite a subordinate to commit an unlawful act in public office or allow such an unlawful act to be committed by their subordinate incur the penalty provided for this unlawful act.

(2) The same provision applies to public officials to whom oversight or control over the official business of another public official has been

---

<sup>187</sup> ZACZYK, R.; Die “Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate” und der BGH, 412; e ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 90-91.

transferred, insofar as the unlawful act committed by the supervised public official concerns the business subject to oversight or control.<sup>188</sup>

Ou seja, um superior que induz seus subordinados a um ato ilícito no exercício da função ou permite que um dos seus subordinados cometa tal ato ilícito, incorre nas mesmas penas à este cominadas, e caso se estendesse esta disposição, referente ao âmbito dos delitos praticados no exercício da função, ao superior que tem o direito de dar ordens em uma empresa econômica, esta seria uma solução sensata<sup>189</sup>.

Entendemos a preocupação de Roxin de que o domínio do fato, e especialmente o domínio da organização por meio dos aparatos organizados de poder tenha uma ampliação sem limites da autoria mediada. E concordamos com essa ideia, porém, os fatos aqui expostos possuem uma grande relevância a tentar se identificar a autoria mediada diante dos diversos aparatos organizados de poder.

Não podemos excluir os delitos que são preenchidos pelos demais pressupostos delineados por Roxin, pelo simples fato de que certa organização está vinculada à ordem jurídica, conforme já explicamos e criticamos. Ademais, conforme defende o próprio autor, pode existir um Estado criminoso dentro do Estado, assim como pode existir uma empresa criminosa dentro de uma empresa legal.

Para resolver tais questões, Roxin apresentou um dispositivo, nos termos semelhantes aos propostos por Tiedemann e Bottke, para um projeto de um *Corpus Juris*, para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia. Assim, o modelo apresentado traçado de *lege ferenda*, que defende um projeto de pesquisa sobre a adaptação do Direito Penal em discussão no Parlamento da União Europeia. E, sobre a responsabilidade por conduta alheia, propõe:

(1) Pune-se como autor também quem tem que responder juridicamente por um ato ilícito não cometido por terceiro, quando tinha conhecimento do ato do terceiro e podia ter evitado ou dificultado fundamentalmente o seu cometimento.

(2) De acordo com a alínea 1 são responsáveis principalmente:

---

<sup>188</sup> ALEMANHA, República Federal; Código Penal, Section 357. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p0165](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0165).

<sup>189</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 91.

- a) os membros do governo, detentores de cargo oficial e soldados, por atos que são cometidos pelos subordinados às instruções, subalternos ou destinatários da ordem;
- b) Proprietário ou dirigente de uma fábrica ou empresa, bem como membros com poder de controle ou decisão em uma fábrica ou empresa, por atos que são cometidos por seus subordinados.<sup>190</sup>

De acordo com a proposta apresentada, Roxin destaca que corresponde inteiramente às suas intenções de responsabilizar por conduta alheia, devendo ser incluída como forma independente de imputação da autoria nas disposições sobre a autoria imediata, coautoria e autoria mediata. E tem por objetivo suprir as lacunas jurídicas que não podem ser preenchidas através da figura jurídica do domínio por organização<sup>191</sup>.

Desta forma é como se Roxin quisesse criar um novo instituto independente de responsabilização por conduta alheia, e desta forma incluindo os membros de governo, detentores de cargos públicos, soldados, proprietários e dirigentes de empresas e membros com poder de decisão em uma fábrica, sob a condição de ter conhecimento do ato de terceiro e assim o poderia ter evitado.

Essa proposta me parece ser muito bem vinda e capaz de suprir diversas lacunas no ordenamento jurídico, especialmente da União Europeia, como é o caso proposto por Roxin, porém, entendemos que mesmo com a vigência desta proposta, a teoria do domínio do fato merece ter relevância, pois como já discutido anteriormente, em várias situações em concreto, dentro das estruturas organizadas por aparatos de poder, há a figura do autor mediato e a figura do homem de trás, segundo a teoria defendida por Roxin.

Trazemos como exemplo a tragédia ocorrida no Brasil, a partir de 25 de janeiro de 2019, que foi o rompimento da barragem de Brumadinho, que resultou em um dos desastres com rejeitos de mineração no Brasil, que era

---

<sup>190</sup> Proposta de Tiedemann e Bottke, para o projeto de um *Corpus Juris* para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia, um modelo breve traçado *de lege ferenda*, por Roxin. Veja: TIEDEMANN, K.; “Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht”, in: *Festschrift für Haruo Nishihara*, organizado por A. Eser, Baden-Baden 1998, p. 496 e ss. (511). 59; e BOTTKE, W.; *Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftskriminalrecht – de lege lata und de lege ferenda*, JuS, 2002, 320 e ss. (324); ambos citados em ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 92.

<sup>191</sup> ROXIN, Claus; *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, cit. p. 92.

controlada pela Companhia Vale do Rio Doce. Com mais de 200 mortos e mais de 100 desaparecidos, gerando uma calamidade pública<sup>192</sup>.

Embora o caso ainda esteja em investigação, cogita-se a incidência de homicídio culposo ou doloso em decorrência da explosão da barragem. Os dirigentes e responsáveis pela administração da barragem poderão responder criminalmente por tais delitos. Além dos dirigentes a própria empresa poderá ser sofrer sanções além de administrativas, sanções cíveis e por criminais, conforme precedentes do Supremo Tribunal do Brasil<sup>193</sup>.

As investigações ainda em curso estão sendo conduzidas sob o prisma da identificação dos que detinham o dever de agir para o resultado e do incremento ou criação risco proibido por parte da empresa e responsáveis pela barragem.

Entendemos, no entanto, que diferentemente do que entende Roxin sobre a responsabilidade criminal de representantes das empresas econômicas, a empresa responsável detinha todas as informações e todos os riscos da barragem, não só desta, mas também de todas as barragens, que estão sujeitas ao ocorrido como em Brumadinho.

As circunstâncias são tão evidentes que após o desastre a Vale do Rio Doce anunciou o descomissionamento (desativação) de todas as barragens à montante<sup>194</sup>, semelhantes à de Brumadinho-MG no Brasil. Pois se anunciou a desativação destas, poderia ter o feito antes, porém, preferiu manter os altos lucros e os baixos custos das barragens em modelos menos seguros.

Trazendo este caso para a teoria em questão, embora os dirigentes empresariais não tenham realizado nenhum ato, mas detinham todo o conhecimento dos riscos, e entendemos que deveriam ser responsabilizados

---

<sup>192</sup> PASSARINHO, Nathalia; (29 de janeiro de 2019). «Tragédia com barragem da Vale em Brumadinho pode ser a pior no mundo em 3 décadas». BBC News. Consultado em 02 de novembro de 2019.

<sup>193</sup> OLIVEIRA, Bruno Queiroz; *A responsabilidade criminal no caso Brumadinho*, disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/opiniaao/a-responsabilidade-criminal-no-caso-bru...>. Acesso em 02 de novembro de 2019. Veja também "(...) O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, decidiu em Recurso Extraordinário (RE nº 548.181/PR), no sentido de que a Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa".

<sup>194</sup> IBRAM, consulta em 02 de novembro de 2019; disponível: <http://portaldamineracao.com.br/ibram/vale-anuncia-o-descomissionamento-de-todas-as-suas-barragens-montante/>

pela autoria mediata dos crimes cometidos, conjuntamente com os demais coautores dos atos ou das omissões que promoveram a tragédia.

Concluimos este capítulo, que embora tenha trazido a responsabilização dos dirigentes de empresas econômicas, que muito se assemelham às estruturas estatais, entendendo ser perfeitamente possível a responsabilização dos dirigentes, sejam na esfera privada, como na pública. A responsabilização que nos referenciamos são com relação aos crimes cometidos pelos seus subordinados, tendo os seus respectivos superiores como autores mediatos, desde que preenchidos os pressupostos nos termos da teoria do domínio do fato e da teoria do domínio por organização.

Entendendo diferentemente de alguns autores, como já citados que defendem a aplicabilidade de institutos jurídicos da coautoria ou instigação, dependendo é claro de cada caso concreto.

Rechaçamos, desde já a posição de Roxin, com relação à exclusão destas responsabilidades por estarem desvinculadas à ordem jurídica. Pois, assim como as empresas econômicas e a estrutura hierarquizada do Estado, estão sujeitas às reponsabilidades daqueles que detém o poder de mando, e que emitem ordens secretas ou não que resultem em crimes desejados de acordo com os aparatos organizados de poder.

## 8. DOS PRESSUPOSTOS RESTRITIVOS E OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Já citamos no capítulo anterior os quatro pressupostos necessários para atribuir a autoria mediata no domínio pelos aparatos organizados de poder, que em breve síntese são: poder de mando, a desvinculação do direito pelo aparato de poder, a fungibilidade do executor direto e a disposição essencialmente elevada dos executores de fato.

No poder de mando, o autor mediato somente pode ser quem tem um poder de mando dentro de uma organização conduzida rigorosamente e o exerce para produzir realizações típicas; a desvinculação do direito pelo aparato de poder, onde essa organização estivesse totalmente desvinculada à ordem jurídica, não podendo se constituir dentro da organização estatal ou de empresas económicas; a fungibilidade do executor direto, que seria a possibilidade de substituição daquele que na conduta delitativa do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais de preenchimento do tipo penal; e, por fim a disposição essencialmente elevada dos executores de fato, que dentro de um aparato organizado de poder está sempre mais disposto a cumprir a ordem que um outro potencial executor de fora desta estrutura, garantido o fato desejado de forma mais segura, que um terceiro estranho desta estrutura organizada de poder.

De acordo com Jorge Figueredo Dias e Manuel da Costa Andrade, o conceito de crime pode-se traduzir em “ação, tipicidade, ilicitude, culpa e punibilidade” por ser estes os elementos constitutivos do conceito de fato “ou do conceito de crime e do respectivo sistema dogmático-sistemático”<sup>195</sup>. Ou seja, é punível por crime a ação típica, ilícita, culposa e punível.

Os códigos penais português e brasileiro trazem o conceito da expressão de funcionário. Para o Código Penal de Portugal<sup>196</sup> é: “a) O funcionário civil; b) O agente administrativo; e c) Os árbitros, jurados e peritos” E ainda: “Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a

---

<sup>195</sup> DIAS, Jorge Figueredo, ANDRADE, Manuel da Costa; *Direito Penal: Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, Editora Coimbra: Coimbra: 1996; p. 228.

<sup>196</sup> PORTUGAL, *Código Penal*, DL nº 48/95 de 15 de Março, Artigo 386º.

desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar.

Traz também o conceito dos funcionários equiparados: “os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos”.

E ainda “b) (...) os magistrados, funcionários, agentes e equiparados de organizações de direito internacional público, independentemente da nacionalidade e residência; b) os funcionários nacionais de outros Estados, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português; c) Todos os que exerçam funções idênticas às descritas no n.º 1 no âmbito de qualquer organização internacional de direito público de que Portugal seja membro, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português; d) Os magistrados e funcionários de tribunais internacionais, desde que Portugal tenha declarado aceitar a competência desses tribunais; e) Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, independentemente da nacionalidade e residência, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português; f) Os jurados e árbitros nacionais de outros Estados, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português.

E o Código Penal brasileiro, embora de forma mais resumida que o português, não é muito diferente. No art. 327<sup>197</sup> estabelece: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. E ainda traz também a equiparação no §1º: “Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Os crimes que podem ser cometidos no âmbito da Administração Pública são diversos. No Brasil, por exemplo há tipos penais inseridos nas legislações esparsas, como na Lei de Licitações, denominado em Portugal de

---

<sup>197</sup> BRASIL, *Código Penal*. Lei nº 2.848 de 7/12/1940, artigo 327.

concursos. Porém, inicialmente vamos trabalhar com os tipos penais descritos nos códigos penais e fazer uma análise à luz do princípio do domínio do fato, especialmente dos aparatos organizados de poder.

A doutrina se manifesta para entender o que o legislador pretende proteger com a penalização da corrupção e outros crimes cometidos pelo funcionário público. Por um lado, há a tese de que o que está em causa é a “integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário”<sup>198</sup>, na perspectiva de Pinto de Albuquerque, e, por outro lado, a de que o que se visa é a “autonomia intencional da Administração” e a “legalidade administrativa”<sup>199</sup>, como defendido por Almeida Costa.

Assim, defende Almeida Costa que, “(...) ao transaccionar com o cargo, o empregado público corrupto coloca os seus poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados, o que equivale a dizer que, abusando da posição que ocupa, se subroga ou substitui ao Estado, invadindo a respectiva esfera de actividade.”. E, conclui, o autor que a corrupção se traduz “(...) numa manipulação do aparelho de Estado pelo funcionário”<sup>200</sup>.

Já Pinto de Albuquerque entende que o “bem jurídico protegido com a incriminação é a integridade do exercício das funções públicas” e que só abrangem as funções públicas e não a atividade privada do funcionário, e os sujeitos ao tipo não são apenas os funcionários do Estado uma vez que “o conceito penal de funcionário inclui também os gestores e os trabalhadores de empresas concessionárias de serviços públicos”, que não se integram na estrutura estatal<sup>201</sup>.

O Código Penal de Portugal<sup>202</sup> tipifica, no seu capítulo IV, os crimes cometidos no exercício de funções públicas, a partir do artigo 372º e seguintes.

---

<sup>198</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; “Anotação ao artigo 373.º”, in *Comentário do Código Penal – à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª Ed.; Universidade Católica Editora: Lisboa, 2010, página 980.

<sup>199</sup> COSTA, Almeida, “Sobre o Crime de Corrupção”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial: Coimbra, 1984, P. 132 e seguintes.

<sup>200</sup> COSTA, Almeida; *Sobre o Crime de Corrupção*, cit. p. 93.

<sup>201</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; *Anotação ao artigo 373.º*, cit. p. 984;

<sup>202</sup> PORTUGAL, *Código Penal*, DL nº 48/95 de 15 de Março, Capítulo IV – Dos crimes cometidos no exercício de funções públicas, artigo 372º e seguintes.

Já no Brasil, o Código Penal brasileiro<sup>203</sup> destina o Título XI, aos crimes contra a administração pública, a partir dos artigos 312 e seguintes.

Os crimes que destacamos são os crimes de corrupção, corrupção passiva e ativa, peculato e participação econômica em negócio. Excluiremos desta análise os crimes de abuso de autoridade, abuso de poder emprego da força pública contra execução da lei (Portugal) ou prevaricação (Brasil) e violação de regras urbanísticas por funcionário, por se tratar de crimes próprios que não podem ser caracterizados pelos aparatos organizados de poder, na medida que por sua natureza personalíssima dificulta a execução por meio dos aparatos organizados de poder.

a) Do recebimento indevido de vantagem e concussão

O artigo 372º do Código Penal português<sup>204</sup>, tipifica o crime de recebimento indevido de vantagem, que sofreu alteração proposta pela Lei 32/2010 de 02/09<sup>205</sup>, e para o preenchimento do crime é necessário apenas que a vantagem tenha sido “solicitada” ou “aceite” pelo funcionário, ou do outro lado tenha sido “oferecida” ou “prometida” a funcionário, no exercício de suas funções públicas. E muito se assemelha ao crime de concussão do art. 379º do Código Penal português<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> BRASIL, *Código Penal*. Lei nº 2.848 de 7/12/1940, artigo 312 e seguintes.

<sup>204</sup> *Artigo 372.º*

Recebimento indevido de vantagem

*Artigo 379.º*

Concussão

1 - O funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

<sup>205</sup> Consultado no sítio da Procuradoria Geral da República, em 03/11/2019. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1261&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1261&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=)

<sup>206</sup> 1 - O funcionário que, no exercício das suas funções ou de poderes de facto delas decorrentes, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, receber, para si, para o Estado ou para terceiro, mediante indução em erro ou aproveitamento de erro da vítima, vantagem patrimonial que lhe não seja devida, ou seja superior à devida, nomeadamente contribuição, taxa, emolumento, multa ou coima, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Já no Brasil não há o tipo penal para o recebimento indevido de vantagem, mas o que mais se assemelha com esses dispositivos, está descrito no artigo 326, denominado Concussão, que assim dispõe: “Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa”<sup>207</sup>.

Do teor literal do artigo 372.<sup>o</sup>, resulta que a vantagem pode ser patrimonial ou não patrimonial. Conforme refere Ricardo Lamas, “a amplitude da margem de tipicidade quanto à natureza da vantagem” é a solução mais acertada, dado que “em não raros casos, o benefício para o funcionário não é patrimonial, antes correspondendo a um benefício em termos de carreira profissional ou em relação ao qual não é possível atribuir um valor monetário”<sup>208</sup>.

É certo que o crime tipificado neste artigo tenha adquirido uma fortíssima ressonância negativa na consciência comunitária, devendo salientar-se que “a necessidade de salvaguardar a confiança dos cidadãos numa administração pública que sirva com neutralidade, objectividade e eficácia” os interesses na população, requer que o sistema penal “dê um sinal claro de ‘intransigência’ perante a corrupção e a venalidade”<sup>209</sup>.

Concordamos com essa posição, considerando que a sanção prevista no Código Penal ratifica o interesse do legislador em proteger o patrimônio do Estado e também de garantir o bom andamento e a imparcialidade da administração através da probidade e da fidelidade com a finalidade de se evitar que se coloque o interesse privado à frente do interesse público.

Para a consumação do ilícito, basta a mera solicitação ou aceitação, e não o seu recebimento, uma vez que, “a aceitação não é mais do que ‘firmar de um acordo’, proposto por outrem, sendo a solicitação uma tentativa de ‘firmar’ esse acordo, a qual é da iniciativa do funcionário”. Acresce ainda o facto de, no

---

2 - Se o facto for praticado por meio de violência ou ameaça com mal importante, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

<sup>207</sup> BRASIL, Código Penal. Lei nº 2.848 de 7/12/1940, artigo 319.

<sup>208</sup> LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa Correias; *O recebimento indevido de vantagem: análise substantiva e perspectiva processual*, Revista do Ministério Público, Abril de Junho de 2011, p. 79; e CUNHA, Ana Isabel Rodrigues; *O Crime de recebimento indevido de vantagem*, Lisboa, 2015, p. 13;

<sup>209</sup> PORTUGAL, Tribunal da Relação de Guimarães; *Acórdão 193/12.4TABRG.GI*, da relatoria de Ausenda Gonçalves (ponto III), julgado em 05/03/2018, disponível

«<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/22238f460ec9d075802582510044853f?OpenDocument>»

artigo 372.º do Código Penal, não estar apenas prevista a forma passiva do ilícito, mas também o lado ativo da dádiva ou promessa indevida de vantagem<sup>210</sup>.

Porém, o Tribunal da Relação de Guimarães, sob a relatoria de Ausenda Gonçalves, defende que que o tipo objetivo desse ilícito depende da verificação dos seguintes elementos: “i) relativamente ao círculo dos possíveis agentes, que este seja funcionário; ii) quanto à acção, que esta se traduza num acto de solicitação ou de aceitação; iii) em relação ao objecto da acção, que se trate de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial ou da sua promessa indevidas; iv) e sobre a natureza do acto ou omissão, a sua contrariedade aos deveres do cargo”<sup>211</sup>.

E ainda, complementa que, do ponto de vista do critério subjetivo, “há que considerar que o dolo se desdobra nos chamados elementos intelectual – representação, previsão ou consciência dos elementos do tipo de crime – e volitivo”, ou seja, a vontade dirigida à realização daqueles elementos do tipo, além do que é dado pela consciência da ilicitude: “quando o agente revela no facto uma posição ou uma atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser jurídico-penal”<sup>212</sup>.

É importante mencionar, para que não restem dúvidas sobre o problema da expressão “no exercício das funções” ou em “razão das funções públicas”, seguimos no que refere Damião da Cunha, “a vantagem patrimonial tem de ser “indevida” (...), por referência ao exercício das funções”. De acordo com ele a vantagem pode considerar-se indevida “quando não haja justificação nenhuma, ou razoavelmente “convicente”, para sua percepção, e que inequivocamente fique demonstrado que ela foi para o exercício das funções (e, necessariamente por causa delas)”<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa; cit. p. 75; e CUNHA, Ana Isabel Rodrigues; cit. p. 14.

<sup>211</sup> PORTUGAL, Tribunal da Relação de Guimarães; *Acórdão 193/12.4TABRG.GI*, da relatoria de Ausenda Gonçalves (ponto IV), julgado em 05/03/2018, disponível «<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/22238f460ec9d075802582510044853f?OpenDocument>»

<sup>212</sup> PORTUGAL, Tribunal da Relação de Guimarães; *Acórdão 193/12.4TABRG.GI*, cit. ponto VIII.

<sup>213</sup> CUNHA, José Manuel Damião da; *Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção – Uma análise crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*; Coimbra Editora: Coimbra, 2011, p. 90; e CUNHA, Ana Isabel Rodrigues; cit. p. 18.

Ademais, para o Código Penal do Brasil, nem importa se o funcionário estava ou não no exercício da função pública, sendo punível mesmo antes de assumir, mas desde que seja em razão delas.

Já para o preenchimento do tipo do crime de concussão é necessário que o funcionário vise obter um lucro para si ou para terceiro, e além disso que esse lucro também seja indevido, semelhante ao crime à vantagem abrangida pelo crime de recebimento indevido de vantagem. Um outro ponto coincidente entre ambas as incriminações reside na característica da vantagem, podendo a mesma ser de índole patrimonial ou não patrimonial.

No crime previsto no artigo 372.º do Código Penal (recebimento indevida de vantagem), o que está em causa é o “mercadejar com o cargo que se verifica com a mera solicitação ou a mera aceitação do suborno por parte do funcionário”. Ao passo que no crime de concussão o que se proíbe é a “obtenção ilegítima de vantagens indevidas através de indução de erro ou mediante coação do particular”<sup>214</sup>.

A concussão pode revestir duas modalidades, isto é, pode ser implícita ou explícita. A primeira verifica-se quando o particular em virtude do erro induzido pelo funcionário paga ou entrega um valor em excesso convicto que de que se trata de um valor exigido por lei. No que toca à concussão explícita, esta verifica-se quando a vantagem é obtida mediante coação por parte do funcionário ao particular. Contudo, para efeitos de preenchimento do tipo deste crime, a coação referida não pode admitir qualquer espécie de violência<sup>215</sup>.

Assim, para preencher o tipo penal de recebimento indevido de vantagem ou de concussão, entendemos que faz necessário o conhecimento que o funcionário recebeu a vantagem devido à sua condição de funcionário ou devido às funções que exerce, e qualquer prestação injustificada visando remunerar indevidamente o funcionário.

Assim, entendemos que a diferença entre o crime de recebimento indevido de vantagem e o crime de concussão reside no facto de o recebimento das vantagens indevidas, sendo que no crime do artigo 372º não resulta do livre “acordo” com o particular, mas da coação imposta pelo funcionário.

---

<sup>214</sup> CUNHA, Ana Isabel Rodrigues da; cit. p. 46.

<sup>215</sup> COSTA, Almeida; *Sobre o Crime de Corrupção*, cit. p. 108.

Entendemos ainda que do artigo 372.º do Código Penal resulta um crime contra a autonomia intencional do Estado, enquanto a concussão, do artigo 379º (Portugal) e 316 (Brasil) resulta que é um crime de abuso de autoridade, dado que o funcionário abusa do seu poder, através da coação ou se aproveitando de erro para obter uma vantagem indevida.

Após a conceituação e as notas introdutórias a respeito do tipo penal, passamos a analisar sob a ótica dos pressupostos restritivos dos aparatos organizados de poder, delineados por Roxin. Vamos levar em consideração uma situação hipotética em que o homem de trás, chefe de uma repartição pública, responsável pela concessão de alvarás em determinado município, quem recepciona o cidadão não é o chefe da repartição (suposto autor mediato), mas o conjunto de funcionários públicos (executores).

Com relação ao primeiro pressuposto, o poder de mando, certamente quem possui o poder de mando, é o chefe da repartição, que possui todo o domínio da estrutura administrativa daquele órgão, que pode ser o responsável pelas concessões de alvarás, porém, todo o procedimento preparatório é realizado por seus subordinados. Podendo estar na pendência de um outro documento, mas é orientado a recepcioná-los. E embora não pratique nenhuma ordem ilícita, mas orienta de forma clandestina o servidor a dificultar a concessão, ou o orienta o recebimento de vantagem para facilitar a sua concessão.

O segundo pressuposto, com relação à desvinculação do direito pelo aparato de poder, como já defendemos anteriormente, não deve ser necessariamente desvinculado à ordem jurídica, pois a repartição faz parte da estrutura administrativa do Estado, ou nesse caso do município, e é totalmente vinculado ao direito.

Já o terceiro pressuposto, a fungibilidade do executor direto, que seria a possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais, ou até mesmo preparatórios, de preenchimento do tipo penal, também restam configurados, uma vez que o homem de trás dispõe de mais de um funcionário para praticar as condutas delitivas, uma vez que aquele que detém a confiança do seu chefe há uma grande probabilidade de promoção, enquanto aqueles que se neguem, podem ser substituídos, remanejados ou até mesmo dispensados.

Por fim, a disposição essencialmente elevada dos executores de fato, que dentro de um aparato organizado de poder está sempre mais disposto a cumprir a ordem que um outro potencial executor de fora desta estrutura, garantido o fato desejado de forma mais segura, que um terceiro estranho desta estrutura organizada de poder. Neste caso, um terceiro estranho não poderia ser um potencial executor, uma vez que teria que estar dentro da estrutura administrativa, mas com relação a esse pressuposto, entendemos que há uma grande disposição dos servidores em ganhar a confiança do chefe e seguir as suas orientações, e isso é o que garante a própria execução.

Embora reconheçamos a preocupação de Roxin que dentro dos aparatos organizados se poder ter uma ampliação sem limites da autoria mediada, mas diante de seus próprios ensinamentos é o que podemos extrair. Várias situações semelhantes a essas ocorrem no dia-a-dia dos cidadãos, e muito se assemelha com os casos citados como exemplos de Roxin, como os tiros mortais contra os fugitivos da república alemã.

O funcionário poderia evitar? Poderia, mas parafraseando o próprio Roxin, já citado, “se eu não faço, outro faz”, e ainda ganha a confiança do seu chefe, pode ser promovido profissionalmente, e ainda obter vantagem financeira em razão de uma operação que seria facilitar a expedição de um alvará.

Entendemos que não há relação com a instigação ou coautoria, nem em decorrência de erro ou coação, uma vez que as circunstâncias que possibilitaram o preenchimento do tipo, lesando o patrimônio público, foi graças ao aparato organizado de poder estatal, vinculado ao direito, tendo um autor mediato com poder de mando, um executor fungível e potencialmente disposto.

#### b) Corrupção passiva

Inicialmente faz necessário diferenciar o objeto do tipo penal do recebimento indevido de vantagem, correspondente ao artigo 372º, e do crime de concussão do artigo 379º do Código Penal português, correspondente ao crime e do artigo 316 do Código Penal brasileiro, do crime de corrupção passiva.

Em Portugal, o crime de corrupção passiva está disposto no artigo 373º do Código Penal de Portugal<sup>216</sup>, e no Brasil, está tipificado no artigo 316 do Código Penal brasileiro<sup>217</sup>.

Entendemos que a principal diferença entre o crime descrito anteriormente de recebimento de vantagem, sem a coação e a concussão, que seria o recebimento de vantagem mediante coação, e a corrupção passiva, se dá no sentido de que para o preenchimento do tipo de corrupção passiva, há de existir um corruptor ativo, que oferece ou promete uma indevida vantagem e o funcionário público (corruptor passivo) recebe ou aceita determinada promessa.

Em Portugal o texto do artigo 373º, foi modificado em 2010, com uma pequena alteração em 2015<sup>218</sup>, e na redação anterior do Código Penal, o legislador apenas tinha em atenção à corrupção passiva para ato lícito e com a alteração do diploma, o legislador decidiu então juntar a corrupção passiva para ato lícito assim como a corrupção passiva para ato ilícito, passando então a estarem confinados apenas num único artigo que prevê ainda um agravamento da moldura penal<sup>219</sup>.

O professor Paulo Pinto de Albuquerque, defende que o tipo objetivo do número 1 “é a solicitação ou aceitação pelo funcionário ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação de uma vantagem indevida ou a promessa dessa vantagem”, para ele próprio ou para terceiro, e que para isso o funcionário “pratique um ato ou o omita em violação dos deveres do seu cargo”, e assim tenha praticado ou omitido um ato em violação de seus deveres<sup>220</sup>.

---

<sup>216</sup> *Artigo 373.º*

Corrupção passiva

1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 - Se o acto ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e a vantagem não lhe for devida, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

<sup>217</sup> Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa

<sup>218</sup> PORTUGAL, *Lei nº 30/2015*, de 22 de Abril.

<sup>219</sup> RIBEIRO, Daniel Henrique da Silva; *Corrupção de Agentes Públicos e a sua prevenção na intercepção de três categorias criminológicas: crime de colarinho branco, criminalidade organizada e o “crime sem vítimas”*, Repositório da Universidade Lusíada; 2017, p. 33.

<sup>220</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição Portuguesa e da Convenção dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2011, p. 985.

Assim, estamos tratando de um crime, que para o preenchimento do tipo o agente solicita para si próprio ou por interposta pessoa, e no caso do Brasil, para si ou para outrem, uma determinada vantagem para realizar ato ou omitir um ato contrário ao seu dever.

Com as alterações legislativas, introduzidas pela lei nº 32/2010, de 2 de setembro, o artigo 373º do Código Penal, a corrupção passiva passou a ter uma nova leitura, passando este artigo a integrar dois novos tipos normativos: corrupção passiva própria ou para ato ilícito e imprópria ou para ato lícito<sup>221</sup>.

A corrupção passiva própria, considerada a forma mais gravosa de corrupção e para a consumação deste crime, “é necessário que o agente corrupto solicite uma vantagem patrimonial ou não patrimonial ao corrompido” sob a condição de que o funcionário público adote uma ação ou uma omissão contrária ao seu dever, e assim é necessário comprovar que o agente solicitou determinada vantagem, não importando se ele aceitou ou não<sup>222</sup>.

Já a corrupção passiva imprópria, tem por base a solicitação por parte de um agente público de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial “para que este adote uma ação que já era esperada pelo seu dever enquanto funcionário Estatal”<sup>223</sup>. Temos que ter um agente que tem o dever de prestar determinado serviço, e que exigem uma vantagem para que esse serviço seja prestado mais rapidamente. Este tipo de ilícito fica consumado a partir do momento que há o pedido, independe de o funcionário ser remunerado ou não, e que o ato tenha sido antecipado ou não.

Passamos agora a analisar o tipo penal de corrupção passiva sob a ótica dos pressupostos restritivos dos aparatos organizados de poder, delineados por Roxin. Vamos levar em consideração uma situação hipotética em que o homem de trás, chefe de uma repartição pública, responsável pela determinação de realização de uma determinada obra e para isso tem que ser escolhida uma empresa de construção civil. Sabemos que para a contratação destes serviços no âmbito da Administração Pública é necessário a realização de concurso, como é denominado em Portugal ou de uma licitação, como é denominado no Brasil.

---

<sup>221</sup> RIBEIRO, Daniel Henrique da Silva; cit. p. 34.

<sup>222</sup> *Idem*.

<sup>223</sup> *Idem*.

Sabemos que para as grandes construções de obras públicas, é um grande atrativo para as grandes empresas de um país, e sabemos também, que pode haver um direcionamento para determinada empresa, e que por muitas vezes ocorre o pagamento de propinas por parte da empresa que futuramente será beneficiária de contratos de valores vultuosos.

Então temos o agente passivo, chefe do órgão responsável pela ordem de serviço, que ordenará a construção de alguma obra pública, responsável pela liberação dos recursos e pela assinatura de do determinado contrato.

Por outro lado, há uma comissão de outros funcionários públicos responsáveis pela realização do concurso ou licitação pública para escolher a empresa que possui determinado preço, dentro da legislação vigente. Então o agente público solicita à empresa determinada quantia para ser beneficiária do contrato, e para isso tem que contar com a equipe responsável pelo concurso ou licitação, passando informações com relação as propostas recebidas, indicando as possíveis candidatas vencedoras, que pode exigir alguma certificação especial que é sabedora que outras empresas não possuem, etc. E assim, a empresa é beneficiária da obra pública, onde os valores podem ser superfaturados, e assim a empresa passa a ter um lucro a mais e pagará a propina ao agente público ou a todos os envolvidos no esquema.

Com relação ao primeiro pressuposto, o poder de mando, certamente quem possui o poder de mando, é o chefe da repartição, o ordenador da despesa ou gestor, que possui todo o domínio da estrutura administrativa daquele órgão e inclusive possui poder de mando dentro os servidores responsáveis pelo concurso ou licitação. Embora ele não seja o responsável pela realização do certame, mas tem o controle sobre todo, pois devem ser de sua confiança. O chefe não pratica nenhuma ordem ilícita, visto que apenas ordenou que a obra fosse realizada, mas orienta de forma clandestina que a comissão responsável pelo concurso ou licitação beneficie a determinada empresa.

O segundo pressuposto, com relação à desvinculação do direito pelo aparato de poder, como já defendemos anteriormente, não deve ser necessariamente desvinculado à ordem jurídica, pois a repartição faz parte da estrutura administrativa do Estado, a realização do concurso ou licitação é exigência de lei, que segue todos os trâmites. Do ponto de vista legal, deve ser

vinculado ao direito, porém, a sua manipulação torna este ato desvinculado da ordem jurídica, preenchendo, portanto, este pressuposto.

Já o terceiro pressuposto, a fungibilidade do executor direto, que seria a possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais, ou até mesmo preparatórios, de preenchimento do tipo penal, também restam configurados, uma vez que o homem de trás dispõe de diversos funcionários para designar aqueles que serão responsáveis pelo concurso ou licitação. E para isso, são selecionados os que detêm a confiança do seu chefe, enquanto aqueles que se neguem a realizar tais atos, podem ser substituídos, remanejados ou até mesmo dispensados.

Por fim, a disposição essencialmente elevada dos executores de fato, que dentro de um aparato organizado de poder, pode estar mais disposto a cumprir a ordem que um outro potencial executor de fora desta estrutura, garantido o fato desejado de forma mais segura, que um terceiro estranho desta estrutura organizada de poder. Neste caso, um terceiro estranho não poderia ser um potencial executor, uma vez que somente a comissão do concurso ou licitação estariam aptas a realizar, porém, entendemos que há uma grande disposição dos servidores em ganhar a confiança do chefe e seguir as suas orientações, e isso é o que garante a própria execução. Além disso a propina ali solicitada ou oferecida, poderiam ser repartidas pelos entes também envolvidos, ou até mesmo do homem de trás, por trás do homem de trás, responsável pela indicação ou nomeação dos cargos relevantes na Administração.

De acordo com o conceito trazido sobre a corrupção passiva imprópria, nos casos em que o ato jurídico já era esperado, porém, recebe a vantagem para praticá-lo com mais rapidez, por exemplo. Entendemos, que também seria possível essa modalidade de corrupção, uma vez que o concurso ou licitação já iriam ocorrer, só que no caso hipotético, mediante o recebimento de vantagem, apenas aquela determinada empresa seria beneficiária do contrato.

Ademais, tendo a empresa beneficiada as informações sobre os seus principais concorrentes, podem ser ajustadas entre eles outros benefícios e outros contratos, ou até mesmo recebimento de bônus para outras determinadas empresas desistirem da concorrência.

Entendemos, que no caso exemplificado não há relação com a instigação ou coautoria, nem em decorrência de erro ou coação, uma vez que as circunstâncias da estrutura organizada pelos aparatos de poder é que possibilitaram o preenchimento do tipo, lesando o património público, que pagará muito mais caro por aquela obra do que deveria em condições normais. Ademais, se a empresa sabe que será a beneficiada ela não ofertará o melhor preço para a Administração, mas aquele suficiente para cumprir com os custos da obra, ter um lucro elevado e as despesas que irá suportar pelo ajuste com os agentes públicos. E, somente graças ao aparato organizado de poder estatal, vinculado ao direito, tendo um autor mediato com poder de mando, e um executor fungível e potencialmente disposto.

### c) Corrupção ativa

O crime de corrupção ativa está previsto no artigo 374º do Código Penal português<sup>224</sup> e no artigo 333 do Código Penal brasileiro<sup>225</sup>.

Então traduzimos o conceito de corrupção ativa, de acordo com a interpretação do texto de lei, quando alguém der, oferecer ou prometer à funcionário público, alguma vantagem, seja ela patrimonial ou não, para praticar, omitir ou retardar ato de ofício em virtude das suas atribuições de funcionário.

Em Portugal a modalidade de promessa só foi criminalizada a partir da reforma de 1995 do Código Penal. Como tipo objetivo do número 1 Paulo Pinto de Albuquerque refere que, “a dádiva ou a promessa a funcionário, ou a terceiro, com conhecimento daquele, de vantagem indevida, para que o

---

<sup>224</sup> Artigo 374.º

Corrupção activa

1 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do artigo 373.º, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - Se o fim for o indicado no n.º 2 do artigo 373.º, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

3 - A tentativa é punível.

<sup>225</sup> Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

funcionário pratique ou omita um ato em violação dos deveres do seu cargo ou porque o funcionário praticou ou omitiu um ato em violação daqueles deveres”<sup>226</sup>

Entendemos que para configurar o preenchimento do tipo penal de corrupção ativa, pressupõe a existência de um corruptor passivo, porém, a evolução legislativa, como mostramos, entendeu que a simples promessa, mesmo que o funcionário não o tenha aceitado, já configura a prática do crime de corrupção ativa.

Nesta mesma linha, defende Inês Nunes, que atualmente com a nova redação do Código Penal, já não é necessário a verificação cumulativa das condutas do corrupto e do corrompido, ou seja, de que estes tenham praticado a ação que lhe foi solicitada e “basta o oferecimento ou a promessa de suborno por parte do agente, para que haja consumação do crime”. Desta forma, não importa se o funcionário aceita ou não, a postura deste é indiferente, uma vez que estando em causa “a imparcialidade, transparência e igualdade, como bens jurídicos”, estes são violados com a mera oferta do suborno<sup>227</sup>.

Para Daniel Ribeiro, podemos classificar a corrupção ativa própria e imprópria. Sendo a própria em que o corruptor oferece vantagem para que o funcionário adote uma ação ou omissão contrária à esperada no exercício da profissão. Já a imprópria, para que funcionário pratique um ato já esperado, porém, que seja realizado de forma mais rápido ou com pequenas alterações, mas dentro do que já era esperado<sup>228</sup>.

Para os brasileiros Nerys e Cesar Oliveira, o “primeiro verbo indica a apresentação da vantagem indevida”, é ela colocada à disposição do funcionário. Prometer é obrigar-se, esperando por isso uma “ação complementar ou futura”. Há perfeito paralelismo com as ações declinadas no art. 317 (corrupção passiva), que é solicitar ou receber, e aceitar promessa de vantagem. Conseqüentemente, quer oferecendo, quer prometendo o proveito comete o crime, ou seja, os meios de execução do oferecimento ou da promessa podem ocorrer de diversas formas: “palavras, atos, gestos, escritos etc.” Tanto o corruptor quem oferece vantagem ao funcionário, como ou quem lhe envia ou o

---

<sup>226</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição Portuguesa e da Convenção dos Direitos do Homem*, cit. p. 990.

<sup>227</sup> NUNES, Inês Isabel Lopes; *O Novo Regime Punitivo da Corrupção*, Coimbra, 2012, p. 22.

<sup>228</sup> RIBEIRO, Daniel Henrique da Silva; cit. p. 36.

deixa sobre a mesa da repartição. É mister apenas que a ação seja inequívoca, positivando o propósito do agente, não se desfigura por não ser exercida diretamente sobre o servidor<sup>229</sup>.

Na mesma linha que os autores tenham se posicionado, entendemos que a recusa do funcionário é irrelevante para o preenchimento do tipo penal, que se torna consumado com a oferta ou promessa por parte do agente, independente da aceitação ou recusa.

Com relação à forma tentada, entendemos que resta prejudicada, pelo fato de que a simples promessa já caracteriza a prática do crime em análise. Porém, para os autores brasileiros Edvaldo Nerys e Cesar Oliveira, ao exemplificar que o agente pode se valer das atribuições do assessor do funcionário, para oferecer a vantagem indevida. Porém, caso “não transmitida a proposta ao funcionário” pelo assessor, fica caracterizada a consumação do crime de forma tentada<sup>230</sup>.

Assim, como também há previsão no texto da lei penal portuguesa a possibilidade de punição pela tentativa, seguiremos então nesta esteira de opinião, acatando a posição pela possibilidade de consumação do crime na forma tentada pelo que já foi exposto.

Passamos agora a analisar o tipo penal de corrupção ativa sob a ótica dos pressupostos restritivos dos aparatos organizados de poder, delineados por Roxin. Vamos levar em consideração uma situação hipotética em que há interesse por parte de determinada classe empresarial que seja aprovada uma determinada lei, que beneficie a classe, por exemplo: com isenção de impostos, facilitação para importação ou exportação de produtos, retirada de embargos, pôr fim à restrição de comercializações de determinados produtos etc.

O homem de trás, deixa de ser o chefe de uma repartição pública, e passa a ser um grande empresário, representando uma classe, que passará a defender a aprovação de determinada lei, ou em caso de que a lei já esteja tramitando nas respectivas casas legislativas, haja a necessidade de que seja aprovada com uma maior urgência.

---

<sup>229</sup> NERYS, Edvaldo Dias; OLIVEIRA, Cesar Gratão de; *Crimes contra a Administração Pública: corrupção Passiva e Ativa*; Anápolis: Revista raízes no direito, V. 5. N. 1, 2016, p. 58.

<sup>230</sup> *Idem*, p. 59.

Sabemos que a tramitação de uma lei deve respeitar uma tramitação legal, porém, sabemos também que se os representantes legislativos, bem como os presidentes de comissões, presidente da casa legislativa, bem como até pela deliberação do plenário, o projeto pode tramitar com uma maior agilidade.

Seguindo o raciocínio, para que determinada lei seja aprovada pelo parlamento, os homens de trás que estão interessados nesta aprovação oferecem vantagem patrimonial ou não, a todos aqueles que estarão envolvidos no curso da tramitação.

Então, conforme já explicitamos o nosso entendimento, independente da aceitação ou não, o crime se consuma com o oferecimento da vantagem, para que pratique ato que, caso não se tenha a intenção de ser aprovado, seja aprovado (corrupção ativa própria), ou caso ela já tenha maioria para a sua aprovação, seja acelerado o processo de aprovação (corrupção ativa imprópria).

Com relação ao primeiro pressuposto, o poder de mando, neste caso sai da esfera da Administração Pública, e não é mais o chefe de determinada repartição ou presidente do parlamento, mas o homem de trás que representa a classe empresarial, que possui interesse na aprovação do projeto. Embora ele não seja o responsável pelo andamento do processo legislativo, mas tem o controle e influência sobre determinados parlamentares, e emite de forma secreta a ordem, denominada “articulação”, sob a promessa de vantagem à todos os parlamentares ou à parcela que podem ter se manifestado contrário ao projeto.

O segundo pressuposto, com relação à desvinculação do direito pelo aparato de poder, como já defendemos anteriormente, não deve ser necessariamente desvinculado à ordem jurídica e é plenamente possível, que essa força tenha origem devido ao desejo dos dirigentes de empresas econômicas, que delegam a um ou mais interlocutores responsáveis pela articulação para a aprovação do projeto.

Já o terceiro pressuposto, a fungibilidade do executor direto, que seria a possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais, ou até mesmo preparatórios, de preenchimento do tipo penal, também restam configurados, uma vez que a classe empresarial dispõe de diversos interlocutores para oferecimento da vantagem ou promessa, delegando aqueles de maior confiança,

e que se um se negar, vários outros interlocutores estariam à disposição destes homens de trás.

Por fim, a disposição essencialmente elevada dos executores de fato, que dentro de um aparato organizado de poder está sempre mais disposto a cumprir a ordem. Neste caso, o executor poderia ser alguém dentro da estrutura administrativa do poder legislativo, um ou um grupo de parlamentares, como também poderia ser um terceiro de fora desta estrutura. Independente de quem seja o intermediados, há uma grande disposição para realização da interlocução, garantindo o fato desejado de forma segura. Além disso a propina ali oferecida, poderiam ser repartidas por todos os envolvidos, formando uma cadeia de interesses, não importando a importância de cada um, desde que ao final o processo ganhe agilidade e seja aprovado.

Embora muito se assemelhe com a instigação proposta anteriormente pelos autores, porém, entendemos restar preenchidos os pressupostos delineados por Roxin, e que a prática do crime, embora seja próprio, mas nesta grandiosidade, só seria possível em virtude dos grandes aparatos de poder organizados, de um lado um grupo de empresas interessadas na aprovação de determinado projeto de lei, e de outro lado a estrutura administrativa legislativa, que pressupõe a iniciativa, a discussão, a tramitação e a aprovação em plenário.

E outro problema que se coloca: se o projeto já seria aprovado de qualquer forma? Pois bem, com relação a esse fator, pouco importa para o preenchimento do tipo penal, uma vez que apenas o oferecimento da vantagem já é suficiente para o preenchimento do tipo. E mesmo que o projeto não venha a ser aprovado, também já estão preenchidos os requisitos necessários para o preenchimento de todos os pressupostos.

d) Peculato

Estatui nos artigos 375<sup>0231</sup> e 376<sup>0232</sup> do Código Penal português e nos artigos 312<sup>233</sup> e 313<sup>234</sup> do Código Penal brasileiro o crime de peculato. Sendo no diploma português os crimes de peculato simples e peculato de uso, nesta ordem. E no diploma brasileiro o peculato por apropriação ou desvio (art. 312, §1º), peculato culposo (art. 312, §2º e §3º), peculato estelionato, mediante erro de outrem (art. 312) e peculato eletrônico (art. 313-A e 313-B)<sup>235</sup>.

---

<sup>231</sup> *Artigo 375.º*

Peculato

1 - O funcionário que ilegítimamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer coisa móvel ou imóvel ou animal, públicos ou particulares, que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Se os valores ou objectos referidos no número anterior forem de diminuto valor, nos termos da alínea c) do artigo 202.º, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

3 - Se o funcionário der de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar valores ou objectos referidos no n.º 1, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

<sup>232</sup> *Artigo 376.º*

Peculato de uso

1 - O funcionário que fizer uso ou permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinem, de coisa imóvel, de veículos, de outras coisas móveis ou de animais de valor apreciável, públicos ou particulares, que lhe forem entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão das suas funções, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 - Se o funcionário, sem que especiais razões de interesse público o justifiquem, der a dinheiro público destino para uso público diferente daquele a que está legalmente afectado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

<sup>233</sup> Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

<sup>234</sup> Peculato mediante erro de outrem

Art. 313 - Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

<sup>235</sup> Inserção de dados falsos em sistema de informações

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações

Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Então, traduzimos que peculato seria a apropriação de dinheiro, bem móvel ou imóvel para proveito próprio ou alheio de recursos ou bens de propriedade da Administração Pública.

A palavra peculato origina-se do latim *peculatus*, de *peculari*, de *pecus*, cuja tradução literal corresponde a gado, e que que *pecus*, primitivamente, era a denominação da moeda corrente, daí porque *peculatus*, desde os primeiros tempos de Roma, exprimia o furto de dinheiros públicos: *jürtum pecuniae publicae vel fiscalis*<sup>236</sup>.

Sendo assim, para preenchimento do tipo, são necessários os requisitos objetivos de ser o agente um funcionário público nos termos da lei, que tenha posse em função do exercício de sua profissão de forma injusta e se comportar como sendo proprietário, e que se utilize para benefício próprio ou de terceiros.

Procurou o legislador, através da criminalização do peculato, proteger por um lado, os bens jurídicos patrimoniais e, por outro lado, e predominantemente, a probidade e fidelidade dos funcionários, para garantir o bom andamento, a legalidade e a imparcialidade da administração<sup>237</sup>.

Concluimos que o objeto jurídico é duplo, uma vez que se pretende proteger o património do Estado contra atos de seus funcionários em benefício próprio ou alheio e por outro lado a fiel utilização dos recursos e bens em favor fidedigno ao serviço público.

Nesta linha, segue António Miguel Caeiro: “Não é qualquer violação de um dever de função que caracteriza o peculato, ainda que tenha actuado sobre bens móveis do Estado. É preciso que se esteja perante uma obrigação de serviço cujo conteúdo seja o direito ou o interesse do Estado sobre a coisa, objecto do crime”<sup>238</sup>.

Assim, conclui Conceição Cunha, que o agente terá, assim, que ser um funcionário público, e que, em razão das suas funções, tenha a posse do bem objeto do crime. Sendo esta sua qualidade que torna a ilicitude do crime de

---

Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

<sup>236</sup> MEDICI, Sergio de Oliveira; *Apontamentos sobre o crime de peculato*, 61 (185/188); São Paulo: Justitia São Paulo: São Paulo, 1999, p. 28.

<sup>237</sup> CUNHA, Conceição Ferreira da; *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo III, cit. p. 688.

<sup>238</sup> Veja também o parecer da PGR, subscrito por António Miguel Caeiro, in Boletim do Ministério da Justiça, p. 112.

peculato mais grave do que a do furto e bem assim, o distingue do crime previsto no art. 205.º, nº 5, do Código Penal (abuso de confiança qualificado)<sup>239</sup>.

Defende Gisela Nogueira, que a razão de ser desta punição agravada “reside precisamente na violação, por parte do funcionário-agente, da confiança funcional que nele foi depositada ao ser-lhe conferida a posse do bem”, entendendo por posse a detenção material, guarda do bem ou disponibilidade jurídica, ou seja, “a possibilidade de dispor do bem”. E porque “abusou das suas funções ou lhes foi infiel”, traíndo a confiança que lhe foi conferida a posse do bem.<sup>240</sup>.

Conforme se verifica nos artigos 313-A e 313-B do Código Penal Brasileiro, introduzidos pela Lei 9.983/2000, o legislador brasileiro procurou atualizar o crime de peculato, os crimes cometidos pela inserção de dados falsos, ou a alteração e exclusão de dados nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública, com a finalidade de obter vantagem indevida própria ou para terceiros. Entendemos que tais crimes de informática, quis o legislador denominá-los de peculato, pois, ao invés de criar uma legislação, este alterou o vigente Código Penal e incluiu as letras A e B, ao tipo penal do artigo 313, que tipifica o crime de peculato mediante erro de outrem<sup>241</sup>.

Após esta fase de conceituação, passamos a analisar o crime de peculato, sob os critérios e pressupostos delineados por Roxin. Voltamos a uma situação hipotética de uma determinada repartição pública, a exemplo dos bancos públicos, que trabalham no seu dia-a-dia a trabalhar com dinheiro e bens públicos.

Sabemos, que os bancos públicos, assim como os bancos privados emprestam recursos para particulares, para financiamento de projetos, especialmente para estimular o desenvolvimento de determinadas áreas, como habitação, infraestrutura, para capital de giro das empresas e para a construção civil. E que esses recursos são limitados, devendo o Governo ou Banco, de acordo com suas diretrizes determinar as áreas prioritárias, e essa é uma

---

<sup>239</sup> CUNHA, Conceição Ferreira da; *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo III, p. 692.

<sup>240</sup> NOGUEIRA, Gisela C. Melo; “O crime de peculato. Enquadramento jurídico, prático e gestão do inquérito”, *Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal*; 30º Curso; V.II; T.II, Outubro/2017, Centro de Estudos Judiciários, p. 23, disponível em:

[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb\\_30CursoMP\\_Tomoll.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_30CursoMP_Tomoll.pdf)

<sup>241</sup> BRASIL, *Código Penal*. Lei nº 2.848 de 7/12/1940, artigo 313-A e 313-B, alterado pela Lei. 9.983/2000.

questão muito subjetiva, e fica por muitas vezes à cargo dos dirigentes dos bancos em cada área.

Vamos então, imaginar uma situação em que determinada empresa estaria passando por dificuldades financeiras e requer ao banco um empréstimo de elevado valor, apresentando projetos, que muitas vezes pode ocorrer de forma simulada, alegando o estímulo da economia, a geração de emprego e renda e a construção civil, porém, e procura o gerente de um banco, que acaba conivente com a situação aprovando o limite pedido pela empresa, que executa apenas em parte, pois a outra grande parte ficou por cobrir as dívidas da determinada empresa. Estaria o gerente do banco se apropriando de dinheiro ou bem público, utilizando como se ele fosse o dono, e se utilizando em benefício de outrem?

Com relação ao primeiro pressuposto, o poder de mando, neste caso, embora o banco público esteja sujeito às regras da legislação privada, não deixa de ser uma empresa do setor público. O homem de trás, neste caso passa a ser o gerente ou superior com poder de decidir sobre o crédito. E embora o funcionário público esteja realizando todos os atos corriqueiros do exercício das atividades que realiza, é ele que tem o controle de avaliar, inclusive a situação financeira da empresa, bem como atribuir um juízo de valor sobre aquele projeto apresentado, recendo vantagem ou não.

O segundo pressuposto, com relação à desvinculação do direito, embora devidamente vinculado à ordem jurídica, seja na relação com a Administração Pública, seja pelas relações de mercado definidas pela lei privada, entendemos que o preenchimento do tipo só é possível graças ao aparato organizado de poder existente, seja dentro do Banco, seja dentro da empresa, que precisará simular um projeto para apresentar ao banco e para isso necessitará de outros colaboradores internos ou externos.

Já o terceiro pressuposto, a fungibilidade do executor direto, que seria a possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais, ou até mesmo preparatórios, de preenchimento do tipo penal, também consideramos que restam configurados, uma vez que, apesar de um número limitado de bancos, especialmente no setor público, sabemos que há uma infinidade de linhas de crédito passíveis de concessão, e mediante vantagem oferecida aos gerentes,

pode haver uma quantidade razoável de possíveis executores à disposição do homem de trás, no exemplo hipotético referenciado.

E, por fim, a disposição essencialmente elevada dos executores de fato, que dentro de um aparato organizado de poder que deverá estar sempre mais disposto a cumprir a ordem. Neste caso, embora haja a necessidade de que o possível executor esteja dentro da estrutura hierárquica do banco, e, diante da numeras carteiras de empréstimos, e de recursos que não são próprios, mas do Estado ou do banco, entendemos que pode haver uma grande disposição para realização da intermediação do empréstimo, principalmente de lhe for oferecido vantagem.

Entendemos, no entanto, que haverá uma grande dificuldade de se provar o preenchimento do delito, pois os atos praticados pelo funcionário público estão de acordo com a lei, que não veda a liberação do empréstimo, apenas criminaliza o peculato, que seria a apropriação do dinheiro em bens públicos para proveito próprio ou alheio.

Sem querer dar uma ampliação sem limites da autoria mediada, nos termos delineados por Roxin, mas diante de seus próprios pressupostos, da forma que se foi colocada, embora diferente dos casos apresentados por ele, como os tiros contra os fugitivos da república, bem como o assassinato em massa dos judeus, defendemos que essa teoria sirva, como o exemplo citados por nós, dentro das estruturas organizadas de poder, poder se chegar à autoria mediata no âmbito da Administração Pública.

#### e) Participação econômica em negócio

O crime de participação econômica em negócio encontra-se previsto no artigo 377º do Código Penal português<sup>242</sup>, sem correspondência de artigo semelhante no Brasil.

---

<sup>242</sup> Artigo 377.º

Participação económica em negócio

1 - O funcionário que, com intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica ilícita, lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar, é punido com pena de prisão até 5 anos.

2 - O funcionário que, por qualquer forma, receber, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial por efeito de acto jurídico-civil relativo a interesses de que tinha, por força das suas funções, no momento do

Entendemos que a participação econômica em negócio, semelhante aos artigos correspondentes de recebimento indevida de vantagem e corrupção passiva, significa que o funcionário que, com intenção de obter para si próprio ou terceiro, participação econômica ao lesar negócio jurídico de interesse patrimonial, em razão de sua função de administrar, fiscalizar, defender ou realizar.

Para Figueredo Dias, “o objectivo que subjaz ao tipo legal da participação económica em negócio reconduz-se a impedir que os interesses públicos de natureza patrimonial sejam preteridos em favor de interesses privados do agente ou de terceiros”<sup>243</sup>. E para “assegurar aos cidadãos que qualquer serviço que envolva a prestação de uma atividade pública funcionará de acordo com a lei”, respeitando a ordem jurídica e a eficácia na prestação do serviço público, como defende Maria do Carmo Silva Dias<sup>244</sup>.

Então, assim como defendemos no crime citado anteriormente, o legislador possuiu um duplo interesse ao criminalizar a participação econômica em negócio, o primeiro deles, a garantia que o negócio jurídico ocorra de acordo com a lei e a proteção do património do Estado, e por outro lado a probidade e a eficiência do funcionário público.

Na mesma linha, se posiciona Maria Leonor Levy, que disserta que “se reflectem em dois objectos jurídicos distintos tutelados: a protecção do património público contra possíveis abusos por parte dos funcionários públicos e o alegado aproveitamento do cargo e funções por parte dos mesmos”, e assim obtendo vantagem patrimonial não devida<sup>245</sup>.

Observamos que esse crime é de menor repercussão social, e acaba por ser subsidiário aos demais, uma vez que o preenchimento dos requisitos do tipo penal, acaba por dificultar a sua configuração.

---

acto, total ou parcialmente, a disposição, administração ou fiscalização, ainda que sem os lesar, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

3 - A pena prevista no número anterior é também aplicável ao funcionário que receber, para si ou para terceiro, por qualquer forma, vantagem patrimonial por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que, por força das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer, posto que não se verifique prejuízo para a Fazenda Pública ou para os interesses que lhe estão confiados.

<sup>243</sup> FIGUEREDO DIAS, Jorge; *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, 1989; p. 384.

<sup>244</sup> DIAS, Maria do Carmo Silva; *Comentários das leis penais extravagantes*, V.1, T.1, Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2013, p. 751.

<sup>245</sup> LEVY, Maria Leonor da Cunha e Sá de Quinhones; *A doutrina da comparticipação nos crimes específicos aplicada ao crime de participação económica em negócio*, Lisboa, 2015, p. 4.

O bem jurídico tutelado como interesse “da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objectivo ou bem em si mesmo socialmente relevante”<sup>246</sup> e por esse motivo encontra-se positivado no ordenamento jurídico português.

Citando Paulo Pinto de Albuquerque e Conceição Ferreira da Cunha, Maria Levy coloca que o primeiro defende que “não havendo lesão do património confiado ao funcionário”, a lesão teria um “papel meramente assessório”, enquanto que se a segunda em sentido contrário, “a infidelidade traduz-se exactamente no facto do agente ‘servir’ (usar) das duas funções para auferir determinada vantagem”, e se inclinando na segunda posição, a autora não considera a infidelidade como acessória<sup>247</sup>.

Na mesma linha, entendemos que, conforme já citamos, o bem jurídico tutelado possui um duplo interesse, o primeiro na proteção do negócio jurídico do Estado e por outro lado, sem menos importância, a propriedade do serviço público e a fidelidade e eficiência do funcionário.

Para ilustrar nosso entendimento e passa à análise dos pressupostos delineados por Roxin, trazemos à nossa discussão o julgamento do recurso penal, nos autos do processo nº 3443/11.0TDLSB.L1-9, da relatoria de Fernando Estrela, julgado em 25/06/2015, que apreciou a regularidade da contratação de advogado, através de ajuste direto, ou seja, sem o procedimento concursal ou licitatório, como é denominado no Brasil, e que as arguidas eram a irmã de sua companheira e tia de sua filha (cunhada).

No acórdão, o relator defendeu que “a participação é uma vantagem patrimonial, tendo a comissão de revisão do CP de 1989-1991 rejeitado expressamente o alargamento do conceito legal às vantagens não patrimoniais” (ACTAS CP/FIGUEIREDO DIAS, 1993: 441).

E ainda que “o tipo configura três modalidades de participação económica, que correspondem a três distintos modos de execução do crime: a participação em negócio lesivo dos interesses patrimoniais confiados ao

---

<sup>246</sup> DIAS, Jorge Figueredo; *Direito Penal: Parte Geral*, T.I., Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Ed., 2012, pág. 308.

<sup>247</sup> LEVY, Maria Leonor da Cunha e Sá de Quinhones; cit. p. 9; e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit. p. 1003; e DIAS, Jorge Figueredo; FERREIRA DA CUNHA, Conceição; *Participação económica em negócio - artigo 377.º*, in *Comentário Conimbricense do Código penal*, Tomo III., Coimbra Editora: Coimbra, 2001, p. 724.

funcionário (n.º 1); a participação em negócio não lesivo dos interesses patrimoniais confiados ao funcionário (n.º 2); e a participação em cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento (n.º 3)<sup>248</sup>.

Discorre ainda que em qualquer das três modalidades, “o funcionário age para benefício próprio ou para benefício de um ‘terceiro’, seja pessoa física ou colectiva, pública ou privada”. E que “a participação é ‘ilícita’, ou seja, a vantagem resultante do negócio ou acto jurídico não é conforme ao direito”. E conclui ainda que “A participação económica também é criminosa, quando o funcionário dolosamente desrespeita os requisitos de validade formal, orgânica e processual do acto para obter uma vantagem patrimonial para si ou para terceiro, com prejuízo dos interesses patrimoniais que lhe estão confiados”. E sobre a discricionariedade quanto à norma, “a aplicação da norma é contrária ao direito se o aplicador se desvia do fim para que foi atribuída a referida discricionariedade”<sup>249</sup>.

Destaca ainda que “o funcionário não tem de ser a pessoa que celebra o negócio jurídico, sendo suficiente que ele tenha participação relevante”, mas que tenha condicionado “os termos em que vai ser celebrado o negócio”. Cita como exemplos, o escrivão que anota valor falso em arrematação, para favorecer o arrematante<sup>250</sup>.

Acrescenta ainda que a modalidade do crime inclui também outro elemento subjetivo: “a intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica ilícita”. E ainda que “não é necessário que o funcionário ou o terceiro obtenham efectivamente uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, sendo suficiente que ele a tenha querido obter”<sup>251</sup>.

Assim, entendemos que de acordo com esse julgado, não é necessário que o agente ou funcionário tenha obtido efetivamente uma vantagem, mas para preenchimento do tipo, é necessário que ele tenha a intenção de obter.

O julgador defende ainda que “o crime de participação económica tem a natureza de um crime de comparticipação necessária imprópria”, e, quanto ao

---

<sup>248</sup> PORTUGAL, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; *Processo: 3443/11.OTDLSB.L1-9*, Relator: Fernando Estrela; Data do Julgamento: 25/06/2015.

<sup>249</sup> *Idem*, ponto 7. Decisão de Direito: 10.

<sup>250</sup> *Idem*, ponto 7. Decisão de Direito: 11.

<sup>251</sup> *Idem*, ponto 7. Decisão de Direito: 14.

tipo legal do crime de participação económica em negócio: “Segundo Figueiredo Dias o objectivo que subjaz ao tipo legal em questão ‘reconduz-se a impedir que interesses públicos de natureza patrimonial sejam preteridos em favor de interesses privados do agente ou de terceiro’ - [cf. RLJ 121, pág. 384]”<sup>252</sup>.

E, na mesma linha, se pronuncia José António Barreiros: “do ponto de vista do bem jurídico tutelado pela norma incriminatória que a participação económica em negócio atinge, este é, pois, um delito pluriofensivo, pois (i) por um lado (...) o crime ataca interesses de natureza estritamente patrimonial, até pelo objecto sobre o qual incide a acção do agente; (ii) por outro, põe também em crise valores com assento constitucional, como são a prossecução do interesse público, a boa-fé, a justiça, a imparcialidade e a igualdade, a que a Administração Pública em particular e o Estado em geral estão adstritos”<sup>253</sup>.

Desta forma o Tribunal entendeu estar preenchidos os requisitos necessários para o tipo penal, que consistiu na ação de lesar o negócio jurídico em razão da sua função ainda que o agente não tenha atingido o plano de obter vantagem.

Passamos agora a analisar o caso citado sob a ótica dos pressupostos restritivos dos aparatos organizados de poder, sem muitos esforços, tendo em vista que o crime aqui citado, possui diversas semelhanças com os demais já exemplificados anteriormente.

Por outro lado, há um funcionário que possui o poder de contratação direta, porém, a legislação exige o procedimento concursal ou licitatório, para publicitar a intenção de realizar a contratação, e assim outros interessados possam se habilitar no procedimento. Por outro lado, o contratado que será beneficiado pelo contrato, e por outro, um funcionário com influência sobre o contratante e parente do contratado.

É importante mencionar que temos uma situação semelhante ao nepotismo, que seria a contratação de parente consanguíneo ou por afinidade de um determinado agente, que possui influência, mas que não é o responsável pela contratação, porém, não pretendemos adentrar na discussão sobre o nepotismo.

---

<sup>252</sup> *Idem*, ponto 7. Decisão de Direito: 21.

<sup>253</sup> *Idem*.

Com relação ao primeiro pressuposto, o poder de mando, certamente quem possui o poder de mando, é o responsável pela contratação, mas, entendemos que o homem de trás não seria o responsável pela contratação, mas o agente que detém influência sobre o contratante, com poder de mando para que seja a contratada a beneficiária do contrato.

O segundo pressuposto, com relação à desvinculação do direito pelo aparato de poder, como já defendemos anteriormente, não deve ser necessariamente desvinculado à ordem jurídica, pois a repartição faz parte da estrutura administrativa do órgão, a contratação é legal e dentro das possibilidades jurídicas das normas do Direito Administrativo.

Já o terceiro pressuposto, a fungibilidade do executor direto, que seria a possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais, ou até mesmo preparatórios, de preenchimento do tipo penal, entendemos que não há a devida configuração, tendo em vista o vínculo entre o homem de trás, com poder de mando e o contratado, que é sua parente. Porém, se a contratação não fosse de seu parente, mas de qualquer outro Advogado, temos que os requisitos restariam configurados.

E, por fim, a disposição essencialmente elevada dos executores de fato, que dentro de um aparato organizado de poder está sempre mais disposto a cumprir a ordem que um outro potencial executor de fora desta estrutura, garantido o fato desejado de forma mais segura, que um terceiro estranho desta estrutura organizada de poder. Neste caso, um terceiro estranho não poderia ser um potencial executor, uma vez que somente o contratante estaria apto a realizar a execução (a contratação), porém, dependendo do grau de confiabilidade e do poder de mando do homem de trás, o responsável pela contratação estaria sim com uma disposição essencialmente elevada.

## 9. DO DOLO E DA CULPA

Para dar seguimento a nossa dissertação, após a descrição e conceituação dos crimes no âmbito da Administração Pública, passaremos a discorrer sobre a culpa, o dolo e as sanções, e após isto, passaremos a fazer um comparativo sobre a sua relevância sobre a ótica do princípio do domínio do fato.

Conforme já mencionamos no capítulo anterior, pode ser punível por crime a ação típica, ilícita, culposa e punível. Tratamos no capítulo anterior sobre as condutas puníveis, com relação aos fatos e a sua respectiva tipicidade. Porém, para ser punível é necessário o preenchimento dos requisitos de culpabilidade e punibilidade.

De acordo com Jorge Figueredo Dias na concepção de ação, “o dolo passa agora a conformar um elemento essencial da tipicidade”, e observa que parece ser um elemento tanto da escola moderna como da neoclássica, e que “é preciso afirmar que o tipo é sempre constituído por uma vertente objectiva e por uma vertente subjectiva: o dolo ou eventualmente a negligência”<sup>254</sup>.

E ainda de acordo com o autor “só a conjugação destas duas vertentes podendo resultar o juízo de contrariedade da acção à ordem jurídica, é dizer o juízo da ilicitude”<sup>255</sup>. Ou seja, o ato só pode ser considerado ilícito, se houver a soma dos dois critérios objetivo e subjetivo, para que torne a ação típica, uma ação ilícita.

Calha que seja importante trazer o conceito positivo de ação e o conceito negativo (omissão), já que são inerentes ao dolo e negligência (culpa). Jorge Dias, ao citar Herzberg, traz o conceito negativo, como sendo “a acção do Direito Penal é o não evitar evitável de um resultado” e ao citar Roxin, traz o conceito de “expressão da personalidade” em abarcar “tudo aquilo que pode ser imputável a um homem como centro de acção anímico-espiritual” e na base de uma “prévia valoração como juridicamente relevante”<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> DIAS, Jorge Figueredo; ANDRADE, Manuel da Costa; *Direito Penal: Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 1996, p. 238.

<sup>255</sup> *Idem*, P. 238.

<sup>256</sup> *Idem*, p. 252-253.

Então podemos considerar que é possível haver crimes dolosos de ação, crimes dolosos de omissão, crimes negligentes (culposos) de ação e crimes negligentes (culposos) de omissão. O que se denomina na doutrina portuguesa como crimes negligentes, no Brasil é conceituado por crimes culposos, que podem ser a negligência, imprudência ou imperícia.

a) Do dolo

Dispõe o artigo 13º do Código Penal Português, que “só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência”<sup>257</sup>, e conceitua o dolo no artigo 14º<sup>258</sup>.

Assim, de acordo com o Código Penal português, no campo da subjetividade da culpabilidade, age com dolo quem preenche os requisitos do tipo penal, e assim atua com a intenção de realizar.

Já o Código Penal brasileiro, dispõe que: “diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”<sup>259</sup>.

Embora com poucas palavras, não conceitua muito diferente que o diploma português, citando apenas que age com dolo, quando o agente assumiu o risco ou quis o resultado do tipo penal.

Para Figueredo Dias, “todo ilícito é por conseguinte ilícito pessoal e dele fazem parte o dolo, como representação e vontade de realização de um facto”<sup>260</sup>.

Serrão Patrício ao delinear os aspectos históricos da ideia de dolo, explica que “o sistema neo-clássico envereda pelo caminho da concepção da superação da concepção psicológica da culpa, concebendo-a com censurabilidade”, e destaca que “existe uma ligação psicológica entre o agente e o seu facto”, e por isso sentido censurar o comportamento do agente, e que

---

<sup>257</sup> PORTUGAL, *Código Penal*, DL nº 48/95 de 15 de Março, artigo 13º.

<sup>258</sup> 1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.

2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.

3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização

<sup>259</sup> BRASIL, *Código Penal*, artigo 18º.

<sup>260</sup> DIAS, Jorge Figueredo; ANDRADE, Manuel da Costa; *Direito Penal: Questões fundamentais*, cit. p. 240-241.

poderá “existir culpa em casos que não existe ligação psicológica entre o agente e o seu facto”<sup>261</sup>.

Para o autor, o sistema neoclássico encontrou superação no aparecimento do finalismo, que de acordo com Welzel, “é errada e artificiosa a ideia neo-clássica de irreducibilidade entre o ‘mundo de valores’ e o ‘mundo natural’”, e as estruturas do mundo objetivo, concluindo que “o dolo como intenção ou, ao menos, aceitação da obtenção de uma certa actividade e/ou de um certo resultado”<sup>262</sup>.

Então, podemos conceituar que para o preenchimento do tipo penal, e assim como já descrito no texto da própria lei, é essencialmente relevante identificar a ligação psicológica subjetiva do agente, no sentido da intenção de cometer o resultado ou, pelo menos a aceitação da obtenção de uma atividade, que logicamente seja ilícita.

Para o jurista brasileiro Juarez Tavares, “o dolo situa-se, na moderna estrutura finalista do delito, como constitutivo essencial da parte subjetiva do tipo injusto”, e entende-se que “a vontade determina-se, é verdade, de modo primário, pelas circunstâncias objetivas (realidade social), mas, por outro lado, a uma resposta humana (conduta) a uma situação não se determina tão somente pelo lado objetivo momentâneo, senão também pelo seu processo ontogenético de aquisição (passado) e ainda pela função seletiva da atividade refletora da consciência (futuro) no sentido de conservar, alterar ou transformar a condição objetiva”<sup>263</sup>.

Assim, poderemos falar, nas lições de Jorge Figueredo Dias e Manuel de Andrade, que a “finalidade ‘potencial’ como ‘capacidade de dirigir e dominar, dentro de certos limites, os processos causais (Armin Kaufmann), de finalidade ‘inconsciente’ (sobre esta ideia Stratenwerth), de finalidade como ‘evitabilidade’ (Jakobs) ou de finalidade dirigida às circunstâncias fundamentadoras do risco não permitido (Struensee)”<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup> PATRICIO, Rui Filipe Serra Serrão; *O dolo enquanto elemento do tipo penal: Questão de facto ou questão de Direito?*; 1997; p. 12.

<sup>262</sup> Idem.

<sup>263</sup> TAVARES, Juarez; *Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo*, Curitiba-PR, p. 107. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/7199/5150>.

<sup>264</sup> DIAS, Jorge Figueredo; ANDRADE, Manuel da Costa; *Direito Penal: Questões fundamentais*, cit. p. 249.

Acompanhamos a posição de Rui Patrício, que segue na mesma linha de Teresa Serra, quando afirma que “hoje em dia já não pode pôr-se em dúvida que o dolo constitui o elemento subjectivo geral do tipo de ilicitude dos crimes dolosos”<sup>265</sup>.

E, “outro sentido do princípio da culpa é o facto de não se poder responsabilizar criminalmente quem não tiver a designada liberdade de entendimento e liberdade de decisão” como preceitua o artigo 20º do Código Penal Português<sup>266</sup>.

Para a teoria da vontade, nos ensinamentos de Patrícia Lourenço Copello, “o dolo como pressuposto do delito, aparece pela primeira vez no Direito romano, onde foi concebido como perfis muito nítidos e definidos, identificando-o com a intenção ou, melhor ainda, com a ‘má-intensão’ ou malícia na realização do facto ilícito”<sup>267</sup>.

Para a teoria da representação, defendida por Liszt e Frank, Luiz Prado, explica que “dá-se então , primazia absoluta ao conhecimento, em detrimento da vontade”<sup>268</sup>, e levando em consideração o dolo eventual, Rogério Greco afirma que “para a teoria da representação, podemos falar em dolo toda vez que o agente tiver tão somente a previsão de resultado”, e assim decidir pela continuidade da conduta<sup>269</sup>.

Para a teoria do consentimento, defende Bitencourt que “também é dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável ou possível”<sup>270</sup>, já Mirabete e Fabbrini, defendem que “faz parte do dolo a previsão do resultado a que o agente adere”<sup>271</sup>.

Para Cavaleiro de Ferreira, “chama ‘representação’ e ‘elemento volitivo do dolo’ relativo ‘à materialidade do facto típico’”, já que o termo

---

<sup>265</sup> PATRÍCIO, Rui Filipe Serra Serrão; cit. p. 16.

<sup>266</sup> REIS, Tânia Andreia Sá; *Da culpa e inimputabilidade penal a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica*, Lisboa, 2016, p. 9.

<sup>267</sup> GRECO, Rogério; *Curso de Direito Penal*, 13ª ed.; Impetus: Rio de Janeiro, 2011, p. 183, citando também Patrícia Copello.

<sup>268</sup> PRADO, Luiz Regis; *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*, 8ª. Ed.; Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, p. 321.

<sup>269</sup> GRECO, Rogério; *Curso de Direito Penal*; cit. p. 186.

<sup>270</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 16ª ed.; Saraiva: São Paulo, 2011, p. 317.

<sup>271</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato; *Manual de Direito Penal*, v.1., Parte Geral, 27ª ed.; Atlas: São Paulo, 2011; p. 125.

“consciência” deve levar em consideração a relação do agente com a ilicitude do seu fato<sup>272</sup>.

E nas palavras de Teresa Pizarro Beleza, “dolo corresponde ao conhecimento e à vontade de praticar um certo acto que é tipificado como crime”, e de acordo com Maria Fernanda Palma “na conduta intencional, não há qualquer separação entre o estado cognitivo e a volição, que seja, realmente, vivida pelos agentes”<sup>273</sup>.

Então na mesma linha que os autores brasileiros e portugueses citados, entendemos que os critérios subjetivos devem ser considerados todos os elementos do tipo, situados no passado e no presente, e dependendo do caso em concreto, os elementos futuros, como a motivação e o resultado.

Entendemos que o dolo exige o conhecimento de todos os requisitos e características do crime, bem como o saber que aquele ato poderá causar um dano, e para a nossa dissertação esse fato é imprescindível tendo em vista os crimes mencionados no capítulo que precede.

É importante destacar e tentar conceituar os três tipos de dolo, o dolo direto, o dolo necessário e o dolo eventual.

Na lição de Cavaleiro de Ferreira, o agente “faz em princípio uma prognose, uma previsão de certeza, da realização do crime”, e na tradução de Rui Patrício, “o que importa, no dolo directo, é a vontade de realizar o facto típico, é esse o objectivo do agente, ao actuar”<sup>274</sup>.

E para Juarez Tavares, “diz-se que há dolo direto, quando a vontade de realização associa-se necessariamente à representação das circunstâncias típicas como objetivo final da ação, meio para a consecução de outros objetivos ou como consequências acompanhantes”<sup>275</sup>.

A doutrina brasileira distingue o dolo direto em primeiro e segundo grau, conforme melhor explica Bitencourt:

---

<sup>272</sup> FERREIRA, Cavaleiro de; *Lições de Direito Penal*, I, p. 285/286; e PATRÍCIO, Rui Filipe Serra Serrão; cit. p. 19.

<sup>273</sup> PATRÍCIO, Rui Filipe Serra Serrão; cit. p. 20, citando também BELEZA, Teresa Pizarro; *Direito Penal*; II, p. 180; e PALMA, Maria Fernanda; *Distinção entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal*; p. 205.

<sup>274</sup> FERREIRA, Cavaleiro de; *Lições de Direito Penal*, I, p. 296; e PATRÍCIO, Rui Filipe Serra Serrão, cit. p. 25.

<sup>275</sup> TAVARES, Juarez; *Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo*; cit. p. 110.

Haverá dolo direto de segundo grau quando o agente, querendo matar alguém, coloca uma bomba em um táxi, que explode, matando todos (motorista e passageiro). Inegavelmente, a morte de todos foi requerida pelo agente, como consequência necessária do meio escolhido. Em relação à vítima visada o dolo direto foi de primeiro grau; em relação às demais vítimas o dolo direto foi de segundo grau<sup>276</sup>.

Assim, o agente pretendia a morte de um, mas pelo instrumento escolhido, também pretendia a morte de outro, sendo que pelo desejo, sendo para o primeiro o dolo direto e para o segundo (acessório) de segundo grau.

Já a doutrina portuguesa coloca esta questão como sendo o dolo necessário, e nas lições de Cavaleiro de Ferreira, “o próprio comportamento como meio de realizar um fim subjectivo é, com as consequências necessárias que acarreta, fim do agente, pois que quem quer o fim quer os meios que utilizou para alcançar”<sup>277</sup>. E Rui Patrício Serrão conclui, que “o objectivo do agente, ao actuar, não é a realização do facto típico”, mas, “ao representar e querer este segundo facto, o agente representa como consequência necessária da sua conduta o facto tipo”, e que “apenas admite uma certa configuração do seu elemento intelectual ou cognitivo, o facto típico como consequência necessária da conduta”<sup>278</sup>.

É importante trazer à discussão a separação conceitual do dolo direto de primeiro grau ou dolo necessário, pois nos crimes contra a Administração Pública, como defendemos, há um duplo interesse, o primeiro que é a proteção do patrimônio do Estado e o outro a fidelidade e a probidade do servidor público.

E, em como exemplo, o crime de corrupção passiva, o interesse direto do agente seria o recebimento da vantagem, mas como consequência, este assumiu o risco de ser um funcionário improbo e infiel, e por esses motivos as consequências podem ocorrer em diversas esferas do campo do direito, seja na esfera criminal, respondendo pelo crime, na esfera cível, condenado à devolução ao Estado do prejuízo causado e a administrativa, coma perda da função pública, ou até mesmo ficando impedido de contratar com um ente público.

E por último o dolo eventual, que nas palavras de Jescheck, citado por Juarez Tavares: “o autor toma a realização do tipo seriamente como possível

---

<sup>276</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal: parte geral*; cit. p. 320.

<sup>277</sup> FERREIRA, Cavaleiro de; *Lições de Direito Penal*, cit. p. 294.

<sup>278</sup> PATRICIO, Rui Filipe Serra Serrão, cit. p. 25.

e isto se conforma”, e complementa que a diferença com o dolo direto ou necessário “se dar, primeiramente, em que naquele, a associação representativa se fixa na certeza de que as consequências ligar-se-ão necessariamente aos meios ou ao fim”<sup>279</sup>.

E na ideia de Rui Patrício, “caracterizando-se o elemento volitivo pela aceitação do facto típico, representando como possível em consequência da conduta do agente”, sendo que com menor intensidade, pois “trata-se da aceitação apenas de uma possibilidade”, ou seja, um fato provável, porém, incerto<sup>280</sup>.

Já para o nosso estudo, o dolo eventual não merece muito aprofundamento, uma vez que o que coloca em questão é o domínio do fato e o domínio da organização pelos aparatos organizados de poder, e conforme exemplos citados no capítulo anterior, tem por regra a intenção no consentimento dos delitos e dos atos praticados pelo funcionário público. Então, para o preenchimento dos requisitos delineados por Roxin, o dolo eventual não representa a ideia do domínio do fato, como já exposto.

#### b) Da culpa

Dispõe o artigo 13º do Código Penal Português, que “só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência”<sup>281</sup>.

E ainda, no artigo 15º: “Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias está obrigado e de que é capaz: a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto”<sup>282</sup>.

Desta forma, de acordo com o Código Penal português, entendemos que só pode ser punível quem age com dolo, essa é a regra, e somente nos casos especialmente previstos em lei, quem age com negligência ou culpa,

---

<sup>279</sup> TAVARES, Juarez; *Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo*, cit. p. 112

<sup>280</sup> PATRÍCIO, Rui Filipe Serra Serrão, cit. p. 25.

<sup>281</sup> PORTUGAL, *Código Penal*, DL nº 48/95 de 15 de Março, artigo 13º.

<sup>282</sup> *Idem*, artigo 15º.

quando está obrigado a cumprir determinada circunstância e não proceder com o devido cuidado.

O Código Penal brasileiro, por sua vez, dedica o artigo 18, inciso II<sup>283</sup>, em semelhante interpretação do diploma português:

Assim, de acordo com o Código Penal brasileiro, só é punido por crime, quando for praticado dolosamente, salvo expressos casos previstos em lei, conceituando que crime culposo é quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Para Figueredo Dias, “todo o ilícito é por conseguinte ilícito pessoal e dele” faz parte a negligência “como violação do cuidado objectivamente imposto”<sup>284</sup>. E ainda que “a afirmação de que a culpa é mero juízo de (des) valor, expurgado de todo o objeto de valoração e reduzida à valoração do objecto, essa afirmação não é compatível com a função que o princípio da culpa exerce dentro do sistema”, ficando essa função reduzida a nada “se a culpa se traduzir, como razão foi criticado por Welzel, num ‘puro juízo existente na cabeça do juiz’ e sua materialidade for imputada a outras categorias do sistema”<sup>285</sup>.

Com isso o autor traduz que se as sanções penais para o mesmo crime são diferenciadas em função do dolo, então o dolo e a negligência têm significado “como graus, formas ou tipos de culpa, em todo caso como matéria de culpa”<sup>286</sup>.

O elemento volitivo, para além do conhecimento que o fato é uma ação típica, ilícita, culposa e punível, é importante identificar se o agente tem a vontade de provocar o resultado, ou se poderá ocorrer em decorrência de negligência, neste caso a culpa.

No magistério de Jorge de Figueredo Dias, “o princípio da culpa corresponde à nossa tradição cultural e jurídica”, e de acordo com Tânia Reis, o conceito de culpa no Direito Penal “é um princípio de justiça traçado pela nossa

---

<sup>283</sup> Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

<sup>284</sup> DIAS, Jorge Figueredo; ANDRADE, Manuel da Costa; *Direito Penal; Questões fundamentais*, cit. p. 240-241.

<sup>285</sup> DIAS, Jorge Figueredo; ANDRADE, Manuel da Costa; *Direito Penal: Questões fundamentais*, cit. p. 241.

<sup>286</sup> *Idem*, p. 241.

formação jurídica e moral que denomina os nossos juízos de crítica, desde logo, quando ajuizamos que ninguém deve ser punido por algo de que não tem culpa”<sup>287</sup>.

Figueredo Dias ainda acrescenta que a liberdade do homem “constitui o íntimo pressuposto comum a toda a consideração material de culpa” e ainda que “o termo mediador entre o comportamento do agente e a consequência ou efeito” que dele acarreta<sup>288</sup>. Em outra obra, o mesmo autor se posiciona que deve existir “a atualização na consciência psicológica ou intencional no momento da ação” e que “tenha ocorrido violação, por parte do agente de um dever de cuidado que ele impede” e que produziu um resultado típico<sup>289</sup>.

A culpa, segundo Taipa de Carvalho, é “a atitude ético-pessoal de descuido ou leviandade do agente perante o bem jurídico lesado ou posto em perigo pela respectiva ação negligente”<sup>290</sup>.

Para Cezar Bitencourt “no injusto culposos pune-se a conduta mal dirigida, normalmente destinada a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícito”, contrário do injusto doloso que a conduta que é dirigida para um fim ilícito<sup>291</sup>. E conclui Mirabete que considera que a culpa (ou a negligência) ser um “componente de azar”, na conduta imprudente<sup>292</sup>.

Com relação aos pressupostos distintivos do delito culposos, destaca Taipa de Carvalho “a previsibilidade subjetiva do perigo e a possibilidade de o agente ter cumprido o dever objetivo de cuidado”<sup>293</sup>.

E de acordo com a lei brasileira pode ocorrer em três formas: imprudência, negligência ou imperícia. A imprudência como “uma ação descuidada” e um fazer em “caráter comissivo”; a negligência, “a reverso é uma omissão”; e a imperícia liga-se a uma atividade profissional e o “despreparo técnico”<sup>294</sup>.

---

<sup>287</sup> DIAS, Jorge Figueredo; *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, 6ª. Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009; p. 176; e REIS, Tânia Andreia Sá; *Da culpa e inimputabilidade penal a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica*, cit. p. 22.

<sup>288</sup> DIAS, Jorge Figueredo; *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, cit. p. 178.

<sup>289</sup> DIAS, Jorge Figueiredo; *Direito Penal: Parte Geral*, T.I. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição, 2012, p. 355 e 864.

<sup>290</sup> CARVALHO, Américo Taipa; *Direito Penal: parte geral*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008; p. 530.

<sup>291</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal: parte geral*; cit. p. 329.

<sup>292</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato; *Manual de Direito Penal*, cit. p. 133.

<sup>293</sup> CARVALHO, Américo Taipa; *Direito Penal: Parte Geral*, cit. p. 531.

<sup>294</sup> EIRA, Isadora Calazans; *Teoria do dolo e a sua subvenção em prol de um Direito Penal da vingança*, Rio de Janeiro, 2014, p. 30.

Em sua obra, Carlota Almeida traz a divisão entre posições subjetivistas e objetivistas, “sendo [que] da parte dos subjectivistas há uma tentação (quase diríamos irresistível) para identificar a negligência com um dever de agir que não foi cumprido e, simultaneamente, uma tendência para não prestar grande atenção à precisão terminológica” e que na medida da “separação dos conceitos de perigo e de risco” considera pouco relevante. Já os autores que defendem a posição objetivista, “vêm a negligência como uma violação de um dever de omitir e consideram de suma importância a distinção entre perigo (noção que não está mais ligada à negligência como conceito do que estará ao dolo) e risco”, e representando um “complexo jogo implicando nas decisões em situações de incerteza (que estão na origem dos comportamentos negligentes)”<sup>295</sup>.

Defende a autora que o padrão objetivista tem como raízes o pensamento de Engisch e Welzel, em que “introduz a ideia de adequação social e de risco permitido (caso em que não haverá violação de dever de cuidado)” por considerar redundante. Por um lado, a figura do “homem prudente” e, por outro, “a fronteira entre o risco proibido e proibido só existir normativamente”. E para a corrente objetivista, “a figura do homem médio”, permitindo um “padrão de comportamento passível de ser imposto a todos e a todos acessível”, levando em consideração o fator de “com os conhecimentos do autor”, constituindo que o objeto da ação proibida “seja condicionado pelas características inerentes ao autor, a quem devia ser oponível”. A autora faz críticas a esta corrente, pois falha no propósito de definir o que seria proibido, e a “dificuldade de enquadrar a negligência dentro da teoria finalista”<sup>296</sup>.

Cita ainda a posição de Jakobs que defende a “consideração das capacidades individuais na delimitação do dever de cuidado”, e nesse sentido o Direito Penal não pode se apoiar na “expectativa de que todos os indivíduos sejam igualmente capazes, apenas se espera de todos uma igual motivação fiel ao direito”, apontando várias situações “em que o agente está à altura das dificuldades que lhe deparam e que teria de ultrapassar para evitar o resultado danoso”, criticando essa posição para se evitar uma confusão entre o “risco

---

<sup>295</sup> ALMEIDA, Carlota Pizarro de; *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*, Lisboa, 2010, p. 14-15.

<sup>296</sup> *Idem*, p. 17-18.

permitido e o cuidado objectivo, pois nem os conceitos se sobrepõem nem a respectiva medida coincide”<sup>297</sup>.

Citando Stratenwerth, Carlota Almeida afirma que ele se situa entre os autores que defendem mais a fundo os fatores subjetivos no conceito de cuidado, “o qual não poderá abstrair das diferenças entre capacidades individuais presentes em cada agente e cada caso”, tendo como ponto de referência um cuidado devido em caráter geral, “na medida em que se fixa os limites do risco permitido e do risco proibido”, mas as questões da “conduta que se exige para excluir o risco permitido depende das capacidades individuais”. Porém, a autora faz crítica tal posição por não contribuir para esclarecer “qual método a ser utilizado para fixar o alcance do cuidado devido”, ilustrando em exemplos relacionados a comportamentos omissivos. Afirma ainda que “os sujeitos estão obrigados a fazer tudo o que esteja ao seu alcance para evitar o resultado” e que “o limite desse dever coincide com as capacidades individuais”, pois “o direito só pode exigir o que é possível”<sup>298</sup>.

Para o objeto em estudo, nos inclinamos a nos posicionamos nela linha adotada por Stratenwerth, embora no Direito Administrativo prevalece o princípio da legalidade, em que os funcionários atuam em conformidade com os princípios constitucionais e de acordo com a lei, onde a maioria das orientações estão positivadas, entendemos que os princípios, a lei e os atos administrativos contribuem para a delimitação do cuidado, fixando o alcance do cuidado devido.

Nesta linha, entendemos que os funcionários públicos estão obrigados a fazer tudo o que está ao seu alcance para evitar o bem juridicamente protegido que é o patrimônio do Estado, além da fidelidade, o zelo e a probidade com os serviços públicos.

E na teoria do domínio do fato, em especial nos aparatos organizados de poder, ponderamos que é necessário que o funcionário afaste ao máximo das capacidades individuais (pelo menos a nível do tipo de ilícito), devendo este risco ser fixado objetivamente, por meio das normas, portarias, decretos, orientações e demais atos administrativos, não podendo depender das capacidades de cada indivíduo, nos termos citados por Roxin, e pretendendo quanto ao máximo da

---

<sup>297</sup> ALMEIDA, Carlota Pizarro de; *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*, cit. p. 19-20 e no mesmo sentido JAKOBS (1991), p. 385 e 389; e, JAKOBS (1972), p. 67.

<sup>298</sup> ALMEIDA, Carlota Pizarro de; *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*, cit. p. 19-20.

intolerância ao risco criado, levando em conseqüência os princípios norteadores da Administração Pública.

## 10. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM PORTUGAL

Em Portugal, a teoria do domínio do fato foi citada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 11/2009, de 18/06, Processo n.º 305/09 – 3.ª – Fixação de jurisprudência, que explora a teoria, no julgamento de um crime de homicídio, na forma tentada, especialmente no que dedica a atribuição de autoria mediata<sup>299</sup>.

Para Susana Aires de Sousa<sup>300</sup>, de acordo com a teoria do domínio do fato na proposta de Roxin, “autor é somente aquele que está no ‘centro do acontecimento’, é o senhor do facto que domina a realização do delito” e trata-se de um conceito restritivo de autor “que coincide com o agente que toma a execução ‘nas próprias mãos’ de tal modo que dele depende decisivamente” na realização típica<sup>301</sup>.

E para Jorge Figueredo Dias, o fato aparece “numa sua vertente como obra de uma vontade que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma contribuição para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado”<sup>302</sup>.

Para Susana Aires, “o domínio da ação está presente na autoria imediata na medida em que o agente realiza ele próprio a acção típica”, e o domínio da vontade “de quem o agente se serve para a realização típica firma a autoria mediata”, e o domínio funcional do fato “constitui o sinal próprio da co-autoria em que o agente decide e executa o facto em conjunto de outro”<sup>303</sup>.

Nestes termos como já citamos as contribuições de Roxin para a teoria em referência, devemos entender como um critério aberto e limitado, e para Figueredo Dias com “o domínio do facto ganhou-se um princípio normativo decisivo para a compreensão e a descoberta do sentido daquilo que está em causa na autoria e na distinção de sua participação”, traduzindo-se numa síntese entre elementos objetivos e subjetivos, numa “valoração que exprime uma

---

<sup>299</sup> PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, *Acórdão nº 11/2009*, cit. ponto III.1

<sup>300</sup> SOUSA, Susana Aires; *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o art. 28º do Código Penal português*, Lisboa: Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim; ano 22; 107; Março-Abril, 2015; p. 80.

<sup>301</sup> *Idem*, p. 81.

<sup>302</sup> DIAS, Jorge de Figueredo; *Formas especiais do crime, textos de apoio à disciplina do Direito Penal*; 5º ano; 2004; p. 18.

<sup>303</sup> SOUSA, Susana Aires; *A autoria nos crimes específicos*, cit. p. 82.

síntese de elementos psicológicos e normativos”, e que o conceito “tem que ver com o desempenho pessoal do agente no acontecimento”<sup>304</sup>.

Para Teresa Quintela de Brito<sup>305</sup>, concordando com a posição de Susana Aires de Sousa, especialmente com relação à responsabilidade criminal em decorrência da omissão, defende que “a obrigação criminalmente relevante de evitar o resultado típico depende de dois parâmetros”. O primeiro, “o espaço individual de responsabilidade no contexto empresarial”, no âmbito e na posição de garantia. Já o segundo: “a possibilidade de cumprir essa obrigação, controlando ou ‘dominando’ [através da adopção de medidas próprias do exercício do cargo] (...) os factos que ocorrem no seu âmbito de responsabilidade e que podem ‘colocar em perigo o bem jurídico-penal’”<sup>306</sup>.

Para a autora, o segundo parâmetro “afasta a ideia de uma assunção automática da posição”, mas, por outro lado, a consideração das áreas de competências “não força ao abandono do domínio do facto como critério de autoria no âmbito da criminalidade da empresa”, exigindo que este “seja complementado por esses elementos, normativando-se relativamente”. Com isso a autora rechaça a ideia de responsabilização automática do dirigente da empresa, exigindo que para isto haja uma normatização complementar, definindo os elementos necessários para a criminalização<sup>307</sup>.

Concordamos com essa posição, tendo em vista que defendemos que essa responsabilização não seja automática, porém, sem desprezar a autoria mediata, se forem preenchidos os pressupostos delineados. A omissão deve ser analisada assim como os demais pressupostos, principalmente sobre o ponto de vista da culpabilidade.

Teresa Quintela defende que “o domínio do facto tem de deixar de entender-se como domínio de acção típica” por parte do executor e tem de “travestir-se em um domínio social-normativo do acontecimento típico”, que já estaria presente na autoria mediata e na autoria por omissão<sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> DIAS, Jorge de Figueredo; *Formas especiais do crime*, cit. p. capítulo 36º.

<sup>305</sup> BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*; Caderno especial – Tomo I: Criminalidade Económico-Financeira: Temas de Teoria Geral do Direito Penal na Criminalidade Económico-Financeira; Versão de 17/07/2014; Páginas 15-44;

<sup>306</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>307</sup> *Idem*.

<sup>308</sup> *Idem*.

Em sua obra a autora cita os autores Frederico da Costa Pinto, que leciona que “a posição de garante do superior hierárquico, à luz dos seus deveres legais, do pacto social ou da sua posição de domínio” que lhe permite se envolver em uma fato ilícito “omitindo o controlo sobre esse tipo de actos”. E que uma das formas típicas do diálogo e articulação entre o superior e o subalterno consiste na “omissão [funcional] paralela à acção” e que a sua posição se coloca “muitas vezes pré-delimitado pela sua esfera de competência funcional” e a omissão como “forma característica de violar deveres funcionais e actuar concertadamente com o agente material”<sup>309</sup>.

Pelas considerações dos autores podemos dizer que essa posição de garante, por ter a obrigação de cuidado, proteção e vigilância, possuindo duas dimensões, a primeira delas na omissão, articulada com uma ação ainda que secreta.

Esclarece a posição de Augusto da Silva Dias que reconhece que “a responsabilidade penal dos dirigentes passa pela violação dos deveres, negativos (de ‘não fazer’) ou positivos (‘de fazer’), cujos efeitos se repercutem sobre a realização do facto típico”, apontando com elementos indispensáveis: “(i) a posição de garante, fundada no controlo da fonte de perigo, e (ii) o domínio da organização para execução do facto típico”<sup>310</sup>.

Para Frederico Costa Pinto, o momento omissivo revela-se “fundamental para o domínio positivo da acção do agente material”, pois o superior exerce “domínio, real ou potencial, sobre os comportamentos dos seus subordinados e a sua omissão é condição do sucesso dos actos ilícitos praticados”, fazendo “sentir-se independentemente da sua intervenção activa”<sup>311</sup>. E, para Teresa Quintela “que o dirigente intervém no facto do subalterno, mesmo quando se limita a não intervir, contrariamente ao seu dever”<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> PINTO, Frederico da Costa; “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos doutrinários. Problemas gerais*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 225-227; e no mesmo sentido BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*, cit. p. 20.

<sup>310</sup> DIAS, Augusto da Silva; *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo, genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 198-199; e BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*; cit. P. 20.

<sup>311</sup> PINTO, Frederico da Costa; *O ilícito de mera ordenação social*, cit. p. 225-227

<sup>312</sup> BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*, cit. p. 21.

Com relação à problemática da existência de vários executores materiais em várias funções, assim como citamos anteriormente, que consiste em uma verdadeira divisão de papéis dentro das organizações de poder, incluindo as temáticas de delitos cumulativos e da comparticipação, que, de acordo com Teresa Quintela, são hipóteses que “podem dificultar (ou mesmo impossibilitar) a autoria dos intervenientes dos escalões inferiores da organização”, mas mesmo assim “não têm de inviabilizar a autoria dos dirigentes da organização” e que tais comportamentos “revela-se pela inserção de todos esses comportamentos na actividade e na divisão de trabalho da organização”<sup>313</sup>.

Nesse sentido, Susana Aires destaca que “apesar da doutrina alemã dominante considerar aplicável”<sup>314</sup> o §28 do Código Criminal alemão<sup>315</sup>: “(1) Fehlen besondere persönliche Merkmale (...), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen”, traduzindo-se que se o participante (instigador ou assistente) não possuir características especiais que justifiquem a culpa do autor, a punição deve ser reduzida, às situações de “comparticipação em crimes especiais, as consequências jurídicas que dele decorrem em nada se aproximam do art. 28º do CP português” e defende que a regra do art. 28 do código alemão “partem de uma ideia de ‘não comunicabilidade’ das características pessoais especiais” nos crimes específicos. E partindo deste critério há autores que rejeitam a possibilidade de *extraneus*, mesmo se utilizando de um *intraneus* ter executado o fato. Ou seja, parte da doutrina defende que, nos crimes próprios de funcionários públicos, um agente externo (*extraneus*) não pode ser punível, ainda que tenha sido influenciado por um agente interno (*intraneus*), levando a uma condução de impunidade<sup>316</sup>.

E destaca a autora que, “dada a sua posição dominante no acontecimento global, deve ser considerado autor mediato pois apesar de lhe faltar o domínio do facto ele tem ainda nas suas mãos o sucesso do delito”, seguindo a corrente doutrinária contrária à impunidade do *extraneus* (agente

---

<sup>313</sup> BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*, cit. p. 21.

<sup>314</sup> SOUSA, Susana Aires; *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o art. 28º do Código Penal português*, cit. p. 84-85.

<sup>315</sup> ALEMANHA, República Federativa, Código Criminal, §28.

<sup>316</sup> SOUSA, Susana Aires; *A autoria nos crimes específicos*, cit. p. 84-85.

externo, seguindo a orientação de Jescheck que “o decisivo para a autoria é a influência juridicamente dominante do homem de trás”<sup>317</sup>.

Concordamos com essa orientação, embora entendamos que os crimes específicos referenciados nos capítulos precedentes, colocam o funcionário público no centro do acontecimento, sendo o verdadeiro “homem de trás”, por possuir o domínio de fato sobre a organização.

Porém, temos que levar em consideração que no Brasil, no âmbito do processo do mensalão e da operação lava-jato, um determinado partido político e não os funcionários públicos, foi colocado no centro do acontecimento, sendo que os dirigentes do partido em sua maioria ocupavam cargos no Governo.

E vamos levar em consideração também que uma determinada empresa, vencedora de vultuosos contratos com a Administração Pública, exerça sobre os funcionários do Governo uma relação de domínio político-financeira. Desta forma, entendemos ser possível que o dirigente de uma determinada empresa, embora não faça parte dos quadros do Estado, exerça uma grande influência sobre os subordinados. Assim, o dirigente da empresa passa a ter o domínio sobre o fato da organização, devendo ficar no centro do acontecimento, como sendo o verdadeiro “homem de trás”, exercendo o seu domínio sobre os executores, os “homens de frente”.

Com relação à imputação da criminalidade coletiva, ao citar Kai Ambos, Teresa Quintela afirma que “refere-se a um novo conceito de imputação na criminalidade colectiva”, tratando-se de um “princípio de imputação das contribuições individuais ao acontecimento ilícito total (...) à luz das suas repercussões sobre o plano criminal total ou em função do fim perseguido pela organização”<sup>318</sup>.

Este princípio coloca no centro o resultado pretendido graças ao contexto da produção do resultado, como conceituamos dos aparatos organizados de poder, que só é possível em decorrência de uma estrutura preestabelecida de competências e distribuição de atividades, que por muitas

---

<sup>317</sup> *Idem*, p. 85-86.

<sup>318</sup> AMBOS, Kai; *Dominio por organización: estado de la discusión*, p. 101, e o mesmo *Joint criminal enterprise y la responsabilidad del superior*, p. 156, ambos in AMBOS, Kai; *Fundamentos de la imputación en el Derecho internacional penal*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico D.F., 2009; citado por BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*; cit. p. 22.

vezes podem dificultar, ou até mesmo impossibilitar a punição dos superiores e subalternos.

Defende Kai Ambos que “às necessidades do Direito Internacional Penal, do sistema tradicional de atribuição de responsabilidade, através do princípio da imputação dos contributos individuais ao facto global (...) levou ao desenvolvimento de um ‘sistema misto de responsabilidade individual-colectiva’”. Assim, as empresas ou organizações criminais “funcionam como objectos de referência e pontos de partida da imputação”, atribuindo a estes um “marco de um sistema, organização ou empresa”, e colocando todos os executores e dirigentes “num só e mesmo grupo criminal”. E que, “prescinde-se da prova da realização ‘corpórea’ do crime por parte do superior, bastando demonstrar ‘o acontecimento de um crime e vincular o superior à sua comissão’”, e que graças a uma espécie “de domínio normativo sobre os actos que lhe são imputados e a um estado mental que o une ou vincula aos crimes”<sup>319</sup>.

Nesta mesma linha, Fernando Torrão constrói uma “autoria mediata por domínio (manipulação) do contexto organizacional”, como uma concretização “de um plano arquitectado pelo ‘organizador do contexto’ no qual opera a divisão do trabalho”. Então, ‘o responsável por determinado contexto organizacional no interior da empresa’” se aproveitando da divisão de tarefas e da numerosa quantidade de funcionários “ordenando a cada um deles a execução de diferentes tarefas” para se obter “pela soma dos respectivos ‘trabalhos’, a execução global de um crime”. Explica o autor que: (a) de um lado, “acções individuais que nem sequer preenchem qualquer tipo objectivo de crime”; (b) Por outro, “situações de erro sobre o facto típico”; e (c) E, finalmente, “situações de fungibilidade. Fungibilidade agora porventura fundada na circunstância de, ‘não constituindo crime a função isolada, qualquer funcionário se perfilar disposto, em princípio, a executá-la’”<sup>320</sup>.

Note que o autor no primeiro ponto revela o entendimento de que os atos individuais não preenchem nenhum tipo subjetivo do crime, ou seja,

---

<sup>319</sup> AMBOS, Kai ; *Joint criminal enterprise” y la responsabilidad del superior*, cit. p. 153 (e nota 176) e p. 156; citado por BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*; cit. p. 22.

<sup>320</sup> TORRÃO, Fernando; *“Societas delinquere potest”? Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 481-482 e 202-209; e no mesmo sentido BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*; cit. p. 23-26.

representa um somatório de atos legais praticados pelos subordinados, que ao final configuram em seu somatório o resultado de um crime.

Em um segundo momento traduzimos a situação de erro sobre o fato típico levando em consideração que “em tese” os subordinados não tinham conhecimento que estavam cometendo um crime, pois estariam cumprindo apenas ordens de seus superiores. Porém, entendemos que dependendo do tipo de ato praticado pelo subordinado, pode sim ter este a ciência de que está cometendo um ato ilícito, o que este, provavelmente não deixará de cumprir, por estar cumprindo uma ordem.

E por terceiro, a fungibilidade do executor direto e disposto, que demonstra a ratificação dos pressupostos delineados por Roxin. Embora o autor não cite expressamente, concluímos que com relação aos outros dois pressupostos, o poder de mando, resta configurado uma vez que temos que ter na figura central do dirigente, que comanda conscientemente as ordens aos subalternos. E com relação à desvinculação do direito, criticado nesta obra, entendemos por não ser necessário para a configuração do domínio do fato em virtude dos aparatos organizados de poder.

Segundo Fernando Torrão, o dirigente ou, como definimos de “homem de trás” seria o “organizador do contexto” que “detém sobre a execução global do facto”, defendendo que o executor supostamente “ignora, pois dela tem uma ideia errónea, moldada pela própria ignorância” e que “um erro do executor material que incide não exactamente sobre a tarefa que realiza (como ocorre na autoria mediata por erro), mas sobre o facto global”<sup>321</sup>.

Fernando Torrão defende ainda que “existindo objectivamente uma execução conjunta, faltando o acordo (expresso ou tácito) e o dolo (por inconsciência do facto típico global), estar-se-ia perante a ‘lógica instrumentalizadora da figura do erro’”. E o “homem de trás, ou “organizador do contexto”, como denomina o autor, detém “a capacidade para dirigir a execução em virtude da ‘supradeterminação configuradora de sentido’”<sup>322</sup>.

Ao autor reconhece que a situação em causa “se aproxima da autoria mediata por domínio da organização”, pois “é o domínio sobre um aparelho

---

<sup>321</sup> TORRÃO, Fernando; “*Societas delinquere potest*”? cit. p.. 481-482; e BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*, cit. p. 23-26.

<sup>322</sup> TORRÃO, Fernando; *idem*, p. 205;

organizado de poder – e sobre o contexto de divisão de trabalho aí inserido que permite a utilização (manipulação) de diversos funcionários para a prática de um facto típico, sem que disso estes tenham consciência” e que neste caso “não implicaria um ‘autor por detrás do autor’, porque, ‘mesmo que um dos funcionários inserido no contexto se aperceba do facto global criminoso, ao não preencher, por si, o tipo de ilícito desse facto global, não poderá ser’ por este responsabilizado<sup>323</sup>.

Divergimos neste ponto, pois o autor entende que o executor, na ausência de um acordo prévio, estaria atuando sem dolo, estando, portanto, os executores agindo em erro. Porém, entendemos que dentro de um aparato organizado de poder, embora inexista um acordo prévio e apenas a emissão de ordens para cumprir um ato ilícito, entendemos estar preenchido o critério subjetivo do dolo, dolo eventual ou culpa consciente. Pois o subalterno deve conhecer sobre a licitude ou ilicitude dos seus atos, na medida do possível, sendo que a sua ciência ou não, não irá impedir que este cumpra as ordens do seu superior.

Criticamos o autor, por considerar que, estando o subalterno em erro, não estaríamos diante de um domínio por organização, pois isso só é possível diante de uma divisão de tarefas, cada um desenvolvendo sua atividade no seu campo de participação, porém com prévio acordo ou sem, ambos devem estar cientes da ilicitude de seu papel ou do conjunto de papeis, que ao final irá ter por um resultado criminoso.

Concordamos com a posição de Teresa Quintela segundo a qual, “nas hipóteses de realização de um facto típico global no contexto de repartição de tarefas dentro de uma organização e no desempenho ‘normal’ de um papel ‘socialmente adequado’, falta um facto juridicamente relevante dos homens-da-frente”, que seriam os executores direto. E que “facto penalmente relevante” somente poderia se atribuir “em função do comportamento de manipulação” no contexto da organização e que, “nestes casos, a realização típica é, directamente, do ‘manipulador (e senhor) do contexto organizacional’”<sup>324</sup>.

Defende ainda a autora que “só pode ‘tomar parte directa na execução’ quem não executa o facto por intermédio de outrem” e que “executar

---

<sup>323</sup> TORRÃO, Fernando; *idem*, p. 205 e nota 178.

<sup>324</sup> BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*, cit. p. 26.

o facto por si mesmo não é auto-evidente, nem isoladamente determinável”. Desta forma se excluem as partes com relação “à autoria mediata ou à co-autoria”, e em “situações de evidente domínio da realização da execução típica, que não possam reconduzir-se à co-autoria ou à autoria mediata, terão de integrar-se na autoria imediata”<sup>325</sup>.

Conclui, portanto, que numa situação de evidente domínio da execução típica, e que não se possa caracterizar a coautoria ou a autoria mediata, deve-se recorrer à autoria imediata. Posição esta que concordamos, caso seja evidente a participação do agente na condução de todo o domínio, pela utilização de instrumentos ou executores fungíveis, e nos casos em que estes atuam por erro ou por excludentes de culpabilidade, seria, portanto, o senhor que possui o domínio do fato, e executa pelas próprias mãos o autor imediato.

Teresa Quintela descreve a distinção entre a autoria mediata por domínio da organização das demais formas de autoria mediata:

Primeiro, a mediação (e preponderância) do aparelho no processo de instrumentalização dos homens-da-frente. Os dirigentes só surgem como “instrumentalizadores” dos homens-da-frente mediatamente, i.e., por via do seu domínio da organização.

A instrumentalização constitui característica e produto do específico modo de funcionamento da organização, no que concerne à concreta criminalidade que dela emerge.

Os executores não precisam de ser individualmente contactados e determinados pelo(s) homem(ns) da retaguarda, mas apenas funcionalmente identificados como necessários para a execução do facto global.

A desnecessidade – mas não forçosa impossibilidade – de reconduzir “o cadinho de formas colectivas, diferenciadas e combinadas de influência psicológica” sobre os executores a claras hipóteses de erro sobre o facto típico, de erro não censurável sobre a ilicitude ou de estado de necessidade desculpante.<sup>326</sup>

De acordo com a autora os dirigentes só surgem como articuladores dos executores pelo domínio da organização e que esta emerge como característica necessária para a concretização do crime. Os executores não necessitam estar ligados ao homem de trás, mas identificados como

---

<sup>325</sup> *Idem*, cit. p. 27.

<sup>326</sup> *Idem*, cit. P. 28-29.

necessários. E, no caso em que não seja necessário a influência psicológica do homem de trás sobre os executores. Desta forma, seria um hipóteses de erro sobre o fato, já que o “homem da frente” estaria executando os seus atos de forma inconsciente, e portanto, sem dolo.

Discordamos da autora somente neste último ponto, pois conforme criticamos a posição de Fernando Torrão, para que se configure a autoria mediata dentro dos aparatos organizados de poder, os executores devem possuir o mínimo de consciência que estar a realizar um ato ilícito, embora o seu papel esteja travestido em um ato legal dentro da ordem jurídica, deve-se ter ciência de que o conjunto de atos deve resultar em algo ilegal.

E concordamos com a posição de Augusto Silva Dias, que defende que “qualquer das modalidades de autoria mediata serve para incluir o homem de trás no círculo de autores”, por ser o possuidor do domínio da vontade. E que “o domínio da vontade que constitui uma forma de domínio do facto e que não depende da ausência de uma plena responsabilização penal do executor”. Assim, em alguns casos, “a autoria mediata visa desresponsabilizar o homem da frente”, ou seja, o executor, responsável pelo domínio da realização do fato. Entende Teresa Quintela que Augusto Dias “rejeita, em geral, o princípio da auto-responsabilidade do homem-da-frente como critério delimitador da autoria mediata”, pois não é o executor o único responsável pelo resultado alcançado, mas todo um sistema de hierarquia organizado, e “por nela se verificar a instrumentalização do homem-da-frente através de um aparelho organizado de poder”<sup>327</sup>.

Sintetiza Teresa Quintela que “o abandono do princípio da autoresponsabilidade como critério delimitador da autoria mediata por domínio da organização justifica-se [i] pela não consideração individualizada do executor, e sim enquanto membro/elemento da organização dominada pelo homem-de-trás; [ii] pelo recurso à organização para o instrumentalizar e para dominar a sua vontade ‘criminosa’; e [iii] pela colocação da *ratio* da autoria mediata na

---

<sup>327</sup> DIAS, Augusto da Silva; “A experiência Milgram e o Direito Penal: um ensaio sobre a banalidade do mal”, a publicado no Livro de Actas do Colóquio “*Eichmann em Jerusalém – 50 anos depois*”, realizado na Faculdade de Direito de Lisboa, nos dias 27 e 28 de Abril de 2011, ponto 2.2, iii; e BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*, cit. P. 29.

fundamentação da responsabilidade do homem-da-retaguarda e não na desresponsabilização do homem-da-frente”.

Outra questão em debate é sobre uma situação em que o dirigente não emite uma ordem expressa, mas não a impede sendo, portanto, omissivo e possibilitou a consumação do crime, diante do não exercício do poder de direcção e supervisão.

Desta forma entende Teresa Quintela que “a não alteração, pelo responsável da produção, das condições-quadro de realização do crime, podendo e devendo fazê-lo em virtude do respectivo poder de organização e direcção, configura e integra, como elemento essencial, a própria execução do crime, permitindo-lhe ‘tomar parte directa’ nessa execução”<sup>328</sup>.

Assim, entende a autora ser o dirigente responsável diretamente pela omissão, pelo qual tinha conhecimento do fato, mas não agiu de modo a evitar a consumação do ilícito, considerando ser coautor da conduta delitiva.

Conclui ainda que no “domínio da organização para a execução do facto típico corresponde a um senhorio da própria execução, pois o dirigente tem o domínio positivo e negativo da tentativa” do executor ou “homem da frente”, como também é denominado. E desta forma, o dirigente “domina positivamente a tentativa do homem-da-frente”, pois a execução não depende da sua omissão nos “seus poderes de direcção e supervisão”, mas, “domina negativamente a tentativa do homem-da-frente porque, se suspender o seu contributo omissivo, fazendo actuar as barreiras de contenção dos riscos próprios do empreendimento”, desnecessário á a atuação do executor<sup>329</sup>. Com isso, Teresa Quintela entende que o dirigente, por ter o domínio da organização, e tendo conhecimento de determinado fato, a sua omissão pode controlar a tentativa do executor sobre do fato típico, sendo necessário apenas a sua omissão.

Em suas notas finais, Teresa Quintela defende que “o domínio da organização não só corresponde a um domínio do facto cometido na e através da organização”, mas é necessário um “domínio do facto mais intenso, por parte do dirigente”, que “não exerce um domínio positivo exclusivo sobre a consumação do crime”, porque a sua participação nas condições de funcionamento da organização, basta ser omissivo ao não exercer os poderes

---

<sup>328</sup> BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*; cit. p. 30-31.

<sup>329</sup> *Idem*, p. 30-31.

funcionais de direção. A prática do crime “também depende materialmente da execução do facto por um agente imediato”, que labora submetido a uma gerência<sup>330</sup>.

Questiona que “se o agente imediato suspender a execução do crime, isso inutiliza a eficácia lesiva do contributo do dirigente?”, e afirma que a resposta tem de ser negativa. Pois, nisto “se joga o significado do domínio da organização para a execução de um crime cujos elementos essenciais são determinados pelas condições de funcionamento dessa organização”<sup>331</sup>.

De acordo com a autora, o autor imediato apenas domina a sua própria tarefa, que é parte de um todo e “um contributo que é co-condição material da comissão de um crime na e através da organização”. E assim, o executor ou “homem-da-frente” para configurar como coautor depende do resultado. Concluindo ainda que “o agente imediato não tem o domínio negativo dos actos de execução do dirigente” e se “se recusar a executar o crime condicionado pela organização em que se insere, não prejudica a eficácia lesiva do contributo do dirigente”, que deu condições para a prática do crime e eliminou barreiras de contenção dos riscos de funcionamento da estrutura organizada.

Com isso, a autora quis demonstrar que no domínio da organização é necessário um esforço mais intenso por parte do dirigente (o homem de trás) e menor esforço do executor (homem da frente), que além de organizar, planejar, articular, ainda deve eliminar as barreiras necessárias para o fiel cumprimento do resultado pretendido.

Ao analisar o artigo 28º (ilicitude na comparticipação) do Código Penal português, que dispõe, na sua parte inicial que “*se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os participantes a pena respectiva*”. Susana Aires defende que o código “refere-se à figura da autoria no art. 26º (autoria) em contraponto com a figura da cumplicidade prevista no art. 27º (cumplicidade)”, que dispões respectivamente, “*é punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja*

---

<sup>330</sup> *Idem*, p. 32-33.

<sup>331</sup> *Idem*, p. 33.

*execução ou começo de execução*” (artigo 26º), e que “*é punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso*” (artigo 27º) e que essa opção “parece ter na sua base uma concepção de autoria baseada na teoria do domínio do facto”<sup>332</sup>.

Susana Aires defende ainda que “para ser autor não basta que o homem de trás incentive ou meramente aconselhe outrem a cometer um facto ilícito típico, sendo neste caso apenas participante” e o instigador deve surgir “como verdadeiro senhor, sono, dominador se não do ilícito típico como tal, aso menos seguramente da decisão do instigado de cometer”<sup>333</sup>.

Desta forma, a autora defende que deve se fazer uma distinção entre a verdadeira instigação-autoria dos casos de mera indução, devendo o primeiro ser considerado como autor mediato, e o segundo situações de mera cumplicidade (auxílio moral).

Defende ainda a autora que “para ser autor de um crime específico tem não só que se reunir a qualidade especial exigida pelo tipo como também o domínio do facto penalmente relevante”, além de ser o titular do dever, “tem que dominar o acontecimento que leva a violação”<sup>334</sup>.

Considerando que o *extraneus* é um agente externo da estrutura estatal e o *intraneus* é o agente interno, conclui Susana Aires que O “*extraneus* que utiliza como instrumento de realização criminosa um *intraneus*”, por ter o domínio do fato sob a vontade do homem da frente, “pode ser punido como autor mediato. Já o *extraneus* ou os *extranei* “que decidem e executam conjuntamente com o *intraneus* ou *intranei* a realização do facto ilícito”, podem ser punidos como coautores<sup>335</sup>.

Já o *extraneus* que cria no instigado-*intraneus* “a decisão de realizar o facto criminoso, enquanto detentor do domínio da decisão do homem da frente”, pode ser punido como instigador-autor. O *extraneus* “que foi determinado

---

<sup>332</sup> SOUSA, Susana Aires; *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o art. 28º do Código Penal português*, cit. p. 88.

<sup>333</sup> SOUSA, Susana Aires; *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações*, cit. p. 89, e no mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueredo; “La instigación como autoria. Um réquiem por la ‘participación’ como categoria de la dogmática jurídico-penal portuguesa?”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodriguez Mourullo*; Thomson/Civitas, 2005, p. 352.

<sup>334</sup> SOUSA, Susana Aires; *A autoria nos crimes específicos*, cit. p. 90.

<sup>335</sup> *Idem*, p. 91.

por um instigador-*intraneus*, na medida em que tem o domínio da acção”, pode ser punido como autor mediato<sup>336</sup>.

E o *extraneus* executor auxiliado por um *intraneus*, “na realização do facto ilícito-típico pode ser punido como autor mediato na medida em que detém o domínio da acção”. Dessa forma, o *intraneus* e qualquer outro que apenas auxilie o executor, “na medida em que não detém o domínio do facto (e esse não se comunica)”, por não ter o domínio do fato e não ser considerado cúmplice<sup>337</sup>.

A autora faz uma síntese bem elaborada acerca dos problemas levantados nesta dissertação, excluindo apenas a posição inversa, em que o crime é específico do agente externo (*extraneus*), como o caso da corrupção ativa, e caso tenha sido aceite por parte do funcionário (*intraneus*) pode ser punido na forma do crime de corrupção passiva.

Concordamos com as demais posições, especialmente no tocante à permissibilidade de se punir o agente externo, que pode ser uma pessoa coletiva, nos mesmos moldes dos crimes cuja culpabilidade pode ser atribuída na forma de autoria mediata.

E ao analisar a parte final do nº 1 do artigo 28º, “*que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora*”, entende que se refere, na sua origem “e embora não exclusivamente, aos crimes de mão própria (...) cuja acção descrita no tipo só se realiza com a execução corporal do próprio agente-*intraneus*: se o tipo exige não apenas a violação de um dever especial (...), mas também que a violação seja corporalmente concretizada pelo *intraneus*”, assim, seria impossível aplicar o instituto da ilicitude na comparticipação<sup>338</sup>.

Porém, defende a autora “que esta conclusão não pode ser automática”, pois “se da interpretação do tipo decorre que só o próprio agente pode realizar a acção” seria praticamente impossível de atribuir à autoria mediata e instigação do agente interno (*intraneus*). E conclui que a parte final do artigo 28º “não só [se] encontra limitada a crimes de mão própria, como não exclui liminarmente estes crimes do âmbito de aplicação do regime previsto no n. 1”<sup>339</sup>.

---

<sup>336</sup> *Idem*.

<sup>337</sup> *Idem*.

<sup>338</sup> *Idem*, cit. p. 92-93.

<sup>339</sup> *Idem*, cit. p. 93; e no mesmo sentido MONTEIRO, Henrique Salinas; *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*; Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1999, p. 248;

Susana Aires esclarece que, em primeiro lugar, “parece ser possível pensar em situações de comparticipação relativamente a crimes tradicionalmente considerados de mão própria”, e em segundo lugar, “o âmbito da ressalva dependendo do tratamento concreto do tipo incriminador, podendo inclusive rejeitar-se a aplicação do regime previsto no art. 28º em crimes específicos em sentido amplo”, e, por último, “que a ‘intenção da norma incriminadora’ deve procurar-se no tipo incriminador e/ou nas normas que o completam e o integrem”, concluindo que “a não aplicação do art. 28º resulta da interpretação da própria norma incriminadora e não de estarmos perante um delito que alguma doutrina qualifica como de mão própria”<sup>340</sup>.

Com relação ao nº 2 do artigo 28º do Código Penal português - que assim dispõe: “*sempre que, por efeito da regra prevista no número anterior, resultar para algum dos participantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não intervisse*”<sup>341</sup> - se posiciona Susana Aires, no sentido de que, “em casos mais chocantes, tendo-se sobretudo discutido casos em que a qualidade agravadora do ilícito se verificava no cúmplice mas não no autor *extraneus*”, entende que foi pensada para os crimes específicos impróprios, e desta forma, “em que a qualidade ou relação especial relativa à ilicitude fundamenta uma agravação da pena”<sup>342</sup>.

Defende ainda a existência de uma “válvula de segurança” que tem natureza facultativa, subsidiária e casuística, para que seja “possível evitar alguns dos obstáculos que resultam de um enquadramento puramente teórico das hipóteses admissíveis pela letra nº 2 do art. 28º”<sup>343</sup>

Embora não tenhamos conhecimento que a teoria do domínio do fato ou por organização tenha sido utilizada no âmbito de crimes contra a Administração Pública, nos preocupamos em colecionar algumas decisões com referência a agentes políticos em Portugal, para assim fazer breves comentários.

O Tribunal Colectivo da Comarca de Aveiro, condenou Armando António Martins Vara, ex-ministro de Portugal, por 5 (cinco) anos de prisão, pela

---

<sup>340</sup> SOUSA, Susana Aires; *A autoria nos crimes específicos*, cit. p. 94-95.

<sup>341</sup> PORTUGAL, *Código Penal*, DL nº 48/95 de 15 de Março, artigo 28º, nº 2.

<sup>342</sup> SOUSA, Susana Aires; *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações*, cit. p. p. 95.

<sup>343</sup> *Idem*, cit. p. 96; e no mesmo sentido MONTEIRO, Henrique Salinas; *A comparticipação em crimes especiais*; cit. p. 254.

prática do crime de tráfico de influência, nos termos do artigo 335º do Código Penal português. De acordo com os autos do processo o arguido teria recebido vantagem pessoal, na celebração de um acordo com Manuel Godinho, dirigente de uma empresa que foi beneficiária de contratos com a REFER. E, na execução do acordo, Armando Vara e outro arguido teriam promovido contatos com então Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, para favorecer a empresa, em detrimento da “02” nos procedimentos concursais, impondo aos concorrentes a apresentação uma declaração de não dívida à REFER, sob pena de exclusão. A REFER, por sua vez teria excluído a “02” da sua lista de fornecedores, tornando-o impossibilitado de participar do concurso<sup>344</sup>.

Dado a síntese do fato, temos um crime no âmbito da Administração Pública, envolvendo também atuação de uma empresa econômica, em que celebraram acordo, mediante vantagem e assim exercer influência sobre outros cargos da Administração a fim de favorecer determinada empresa.

No presente caso, entendemos por preenchidos os requisitos do domínio do fato pelos aparatos organizados de poder, como o poder de mando e a desvinculação da ordem jurídica. Já com relação aos pressupostos da fungibilidade do executor e a disposição essencialmente elevada, entendemos um pouco prejudicada, tendo em vista que os contratos eram específicos e determinados com a REFER.

A teoria do domínio do fato foi citada no sumário do acórdão do processo nº 14/14.1PEPRT.P1<sup>345</sup>, porém, foi utilizada para fundamentar a coautoria, podendo ser um acordo expresso ou tácito, prévio ou não à execução do fato. O acórdão cita também a divisão de tarefas e a execução conjunta dos fatos.

Vejamos, com relação ao primeiro pressuposto, o poder de mando, é evidente que o arguido Armando Vara possuía influência dentre os demais participantes e arguidos, tendo em vista que fez contatos e atingiu o seu objetivo

---

<sup>344</sup> PORTUGAL, Acórdão do Tribunal Colectivo da Comarca de Aveiro; *Processo n.º 362/08.1JAAVR*, julgado em 05/09/2014; Julgadores: Raul Cordeiro, Liliana Carvalho e Raquel Ferreira Neves.

<sup>345</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, *Processo nº: 15/14.1PEPRT.P1*, relatora: Maria Manuela Paupério, julgado em 08/07/2015, cujo sumário cita: Em face *teoria do domínio do facto*, que o artº 26º CP consente, autor é, quem domina o facto, quem dele é “*senhor*” quem toma a execução “*nas suas próprias mãos*” de tal modo que dele depende decisivamente o “*se*” e o “*como*” da realização típica. II – A autoria imediata, é caracterizada pelo *domínio da acção*; a autoria mediata é caracterizada pelo *domínio da vontade do executante*; e a coautoria pelo *domínio funcional do facto*.

de exercer a influência com a finalidade de favorecer a empresa. Com relação ao segundo pressuposto, de desvinculação ao direito, temos que também restam preenchido tal requisito, pois a atuação de tráfico de influência vai além das atividades regulares inerentes ao cargo. Porém, calha destacar que o concurso seria realizado de qualquer maneira, sendo que os demais participantes, os membros do júri, teriam realizados procedimentos legais, se não estivesse a violar a concorrência. O terceiro e o quarto pressuposto, com a fungibilidade do executor direto e com disposição essencialmente elevada, neste caso não demonstra o preenchimento de modo a satisfazer os requisitos, uma vez que as pessoas possuíam um destinatário específico, porém, se este tenha recebido a vantagem, também consideramos preenchidos os respectivos pressupostos, semelhante às análises no capítulo “Dos pressupostos restritivos e os crimes contra a Administração Pública”. Sendo que se o júri fosse composto por outros membros, poderia não ter produzido o resultado, mas, compete ao dirigente a composição do júri, que conforme explicamos em outros casos anteriormente, podem estar com disposição essencialmente elevada a cumprir ordem do dirigente responsável pela designação.

Por outro lado, com relação ao dirigente que ordenou a exclusão da empresa da lista de fornecedores para de favorecer a outra, embora a lei proíba a obediência a ordens que envolvam a prática de crimes, o dirigente é o responsável pelo recrutamento de diversos funcionários, e que a sua não obediência pode levar a uma perseguição, perda de poder ou até mesmo uma dispensa. E, embora o subalterno tenha praticado um ato supostamente legal, tinha consciência de que aquele ato poderia acarretar um ilícito, mesmo tendo seguido as ordens do superior.

Outro alvo de investigações sobre corrupção em Portugal, se trata do ex primeiro ministro José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa, e que o Ministério Público português emitiu nota no dia 11 de outubro de 2017<sup>346</sup>, no âmbito da Operação Marquês, afirmou ter concluído a acusação contra 28 arguidos, sendo 19 pessoas singulares e 9 pessoas coletivas.

---

<sup>346</sup> Ministério Público de Portugal, do Departamento Central de Investigação e Ação Penal, do dia 11/10/2017; pesquisado em 12/11/2019; disponível em: <http://static.publico.pt/DOCS/AcusacaoOperacaoMarques.pdf>

De acordo com a nota, revela que a acusação contém 4 (quatro) mil páginas, tendo sido realizados mais de duas centenas de buscas e inquiridas mais de duzentas testemunhas e recolhido o sigilo bancário de cerca de quinhentas contas, nos fatos investigados entre 2006 e 2015.

Segundo a acusação, em síntese, ficou indiciado que os arguidos que exerciam funções públicas ou equiparadas, tendo em vista a obtenção de vantagens, e teriam agido em violação dos deveres funcionais. O ex primeiro-ministro José Sócrates, no exercício do seu mandato e também após a cessação dessas funções, teria permitido a obtenção, por parte do Grupo LENA, de benefícios comerciais. A troca desses benefícios e em representação do Grupo LENA, pagamentos teriam sido realizados a terceiros, mas que seriam destinados a José Sócrates, em contas na Suíça, envolvendo também o grupo Portugal Telecom, do qual o BES (Banco Espírito Santa) era acionista. O ex primeiro-ministro supostamente em conluio com o administrador da Caixa Geral de Depósitos, teriam recebidos também pagamentos com origem em receitas desviadas do grupo VALE DE LOBO. Tais pagamentos eram destinados para facilitar a concessão de financiamentos por parte da CGD. A movimentação das contas na Suíça, entre 2006 e 2009, teriam somando um montante superior a 24 milhões de euros, que aos poucos foram transferidas para Portugal e repassadas em numerário ao ex primeiro-ministro, e também utilizados para aquisições de exemplares do livro do ex governante e para fazer chegar dinheiro a pessoas das relações dele.

No presente caso, embora o processo ainda não tenha tido um desfecho, entendemos por bem analisar exclusivamente os fatos publicamente informados pelo Ministério Público, diante dos requisitos do domínio do fato pelos aparatos organizados de poder.

Vejamos, com relação ao primeiro pressuposto, o poder de mando, é evidente que o arguido, na qualidade de primeiro-ministro possuía influência dentre os demais participantes e arguidos. E se utilizava dos meios dentro da organização estatal para promover com favorecimento a empresas econômicas, bem como possuía influência sobre o administrador da Caixa Geral de Depósitos, na época em que era primeiro-ministro, para assim facilitar a concessão de empréstimos para empresas, em contrapartida do pagamento de vantagens.

Com relação ao segundo pressuposto, de desvinculação ao direito, temos que também restam preenchido tal requisito, pois a atuação nos crimes de corrupção passiva e branqueamento de capitais, a princípio estariam desvinculadas da ordem jurídica na medida que, supostamente, houve divisão de tarefas, favorecimento de empresas e pagamento de vantagens indevidas ao ex governante.

Já com relação ao terceiro e o quarto pressuposto, a fungibilidade do executor direto e com disposição essencialmente elevada, entendemos por devidamente satisfeitos para o preenchimento dos pressupostos. Primeiro, porque o “homem de trás” era supostamente, à época, o primeiro-ministro e detinha o controle e era responsável pelas indicações dos ministros, dirigentes de empresas públicas e das autarquias, encontrando em todos eles uma disposição essencialmente elevada para realizar o desejo de uma das figuras mais importantes do país.

Por outro lado, temos a responsabilização dos dirigentes das empresas envolvidas, que visavam a obtenção de benefícios comerciais, a facilitação na concessão de empréstimos junto ao banco público, e para isso, os dirigentes empresariais ofereciam, aceitavam dar ou prometiam vantagens aos membros do Governo.

E embora um ou outro funcionário da empresa tenha realizado algum ato entendendo ser lícito, por exemplo, o motorista ou portador que teria levado a documentação até o banco, com total ignorância dos fatos, esse trabalho poderia ser executado por diversas outras pessoas. Mas, outros membros de maior influência e com maior poder, como por exemplo o gestor financeiro, que teria realizados os pagamentos ilegais, que seriam destinados aos agentes políticos, sem saber se a origem do pagamento era lícita ou não, ainda que não tivesse conhecimento, sabia que aquele comportamento seria, no mínimo, estranho.

Então, temos uma cadeia de pessoas, cargos e posições organizadas de uma forma que o “homem de trás” possa conduzir o acontecimento típico, sem realizar nenhum ato por si próprio. Porém, o seu domínio só é possível em decorrência dos aparatos organizados de poder.

## 11. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO BRASIL

O Código Penal brasileiro de 1940 tomou como modelo o Código Penal Italiano de 1930 e, na sua forma original dispôs no art. 25 “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”, adotando um sistema unitário e disso resultou na abolição da diferenciação entre autores e partícipes<sup>347</sup>.

Somente em 1984, com o advento da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, o legislador brasileiro procedeu à reforma do Código Penal, que além grande modificação no tratamento legal da autoria e participação, inclusive com a designação do título denominado “Concurso de pessoas”, manteve a opção unitária, dispondo que “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”<sup>348</sup>.

Note que apesar do código ter mantido o sistema unitário, passou a reconhecer a possibilidade de diferenciação, quando cita “na medida de sua culpabilidade”, e ainda no art. 62, prevê agravantes no caso de concurso de pessoas e para quem “executa o crime” ao dispor que: “*a pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes (iii) IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.*”.

Para Pablo Rodrigo Alflen, o código penal vigente já prevê a autoria mediata ao dispor que ao agente que “dirige a atividade dos demais” (Art.62, I), bem como a autoria direta no art. 62, IV<sup>349</sup>, e a indução, instigação e auxílio, com as disposições “*a determinação, a instigação e o auxílio*” (art. 31)<sup>350</sup>.

Com relação às teorias do concurso de pessoas, dispõe do artigo 29 do Código Penal brasileiro: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade; § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto

---

<sup>347</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 165; nesse mesmo sentido BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal*, cit. p. p. 482-483; FRAGOSO, Heleno Claudio; *Lições de Direito Penal*; Parte Geral; 2ª ed.; Bushatsky Editor: São Paulo, 1977; p. 312; e SANTOS, Juarez Cirino dos; *A moderna teoria do fato punível*; Revan: Rio de Janeiro, 2002, p. 238-239.

<sup>348</sup> BRASIL, *Lei nº 7.209 de 11/07/1984*, pesquisado em 14/11/2019; art. 29 ao art. 31; disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm)

<sup>349</sup> Que refere: “executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”.

<sup>350</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*; cit. p. 168-169.

a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”<sup>351</sup>.

É importante destacar as teorias defendidas pela doutrina brasileira, entre elas a monista, unitária ou igualitária de participação, onde “não há qualquer distinção entre o enquadramento típico do autor e do partícipe, porque todos que concorrem para o crime são autores dele”<sup>352</sup>. Porém, embora o código tenha adotado como regra a teoria monista, Prado afirma que “o Código Penal adotou a teoria monista de forma ‘matizada ou temperada’” a fim de distinguir a punibilidade do autor com relação ao partícipe<sup>353</sup>.

A teoria dualista ou dualística, nas hipóteses de crimes perpetrados em concurso de pessoas e que existem dois crimes: “sendo um praticado por aqueles que realizam a conduta principal (...) chamados autores”, e outro para aqueles que praticam condutas acessórias, secundárias para a consumação do evento”, que não preenchem o tipo da conduta principal, são os chamados partícipes<sup>354</sup>.

Já para a teoria pluralista “há no concurso de pessoas um conjunto de ações perpetradas por cada um dos autores de forma autônoma, tratando-se, portanto, de uma pluralidade de delitos”, e desse modo, “cada um contribui com uma conduta própria, motivado por um elemento subjetivo autônomo com relação ao outro, havendo tantos crimes quantos forem os integrantes do grupo”<sup>355</sup>.

Assim, Rangel Arauna defende que o Código Penal brasileiro adotou, como regra, a teoria monista, porém, “com exceções adotou a teoria pluralista”, citamos como exemplo o crime do art. 124: “*Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque*”, e do art. 126: “*Provocar aborto com o consentimento da gestante*”<sup>356</sup>, quando considera crime autônomo o fato de alguém realizar aborto com o consentimento de outrem. E dentre as exceções,

---

<sup>351</sup> BRASIL, *Código Penal*; Decreto Lei nº 2.848/40 de 7 de dezembro; art. 29.

<sup>352</sup> ARAUNA, Rangel Bento; *A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil*, Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará, p. 153.

<sup>353</sup> PRADO, Luiz Régis; *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; p. 265.

<sup>354</sup> ARAUNA, Rangel Bento, cit. p. 154.

<sup>355</sup> *Idem*, cit. p. 154-155.

<sup>356</sup> BRASIL, *Código Penal*; Decreto Lei nº 2.848/40 de 7 de dezembro; art. 124 e 126.

também os crimes de corrupção, já citados neste trabalho, considerando delito próprio para o agente público que solicita ou recebe vantagem indevida é “punindo automaticamente” aquele que promete ou oferece<sup>357</sup>.

O critério subjetivo é demasiadamente importante, “já que que o mero conhecimento de alguém acerca da prática da infração penal ou mesmo a concordância psicológica, quando não se tenha o dever jurídico de agir, não caracterizam participação punível em nosso ordenamento jurídico”<sup>358</sup>.

Então o problema que se coloca é se o Direito Penal brasileiro adotou um sistema unitário e sem estabelecer a acessoriedade do autor mediato, a norma brasileira admite ou é compatível com a teoria do domínio do fato?

Nilo Batista, ao analisar a teoria do domínio do fato defende que “para o Direito Penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério para os crimes comissivos dolosos”<sup>359</sup>. E na mesma linha Alberto Franco, que defende que na “medida em que introduziu o dolo na ação típica final (...), na medida em que aceitou o erro de proibição e finalmente, na medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas”, o Código teria passado a reconhecer “que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade”, e “deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato”<sup>360</sup>.

E em sentido contrário se posiciona Pablo Alflen, quando afirma não ser possível por duas razões: em primeiro lugar, “porque o próprio Roxin não só rechaça categoricamente a adoção de um sistema unitário, como esclarece que desenvolve sua teoria sobre o pilar do sistema diferenciador”; e em segundo lugar, “porque a concepção de domínio do fato (tanto de Welzel quanto de Roxin) está assentada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar da sustentação do sistema unitário”<sup>361</sup>. Nesse

---

<sup>357</sup> ARAUNA, Rangel Bento, cit. p. 155.

<sup>358</sup> *Idem*, p. 158.

<sup>359</sup> BATISTA, Nilo; *Concurso de agentes. Uma investigação sobre os problemas de autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*, 3ª ed.; Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005; p. 73; e no mesmo sentido SANTOS, Juarez Cirino dos; *A moderna teoria do fato punível*, cit. p. 277.

<sup>360</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui; *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, 7ª ed., v. 1; Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001; p. 483.

<sup>361</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*; cit. p. 169.

sentido, descreve Roxin: “com o conceito unitário de autor deve-se recachar também o conceito extensivo de autor”<sup>362</sup>.

Porém, Pablo Alflen afirma que isso não implica um total rechaço a ideia do domínio do fato, mas “impõe a necessidade de construção de uma concepção de domínio do fato que coadune com o sistema brasileiro vigente”<sup>363</sup>. Posição esta que concordamos, pois apesar do modelo unitário adotado, a doutrina e a jurisprudência brasileira, como já citado, tem se posicionado que, apesar do modelo unitário formal, a lei brasileira faz a diferenciação entre autor direto, autor mediato, coautor e instigação.

A jurisprudência tem adotado, como já citado, em alguns casos a teoria do domínio do fato para fundamentar a autoria mediata, principalmente nos crimes contra a administração pública, como o “caso do mensalão” (Ap. 470) e as condenações no âmbito da Operação Lava Jato, que trataremos mais detalhes até o final deste capítulo.

Defende Alflen que a utilização da teoria aqui referenciada, por parte dos tribunais, tem “uma ideia de domínio do fato, mas não de uma teoria uníssona e coerente” para fundamentar suas decisões, que “possibilite caracterizar a ideia de autoria de forma legítima” sendo em algumas vezes apenas “mencionada a expressão domínio do fato, sem que se apresente uma fundamentação da autoria com base em critérios” que determine quando e como o agente exerce este domínio<sup>364</sup>.

Em um caso de homicídio qualificado em que dois policiais abordavam uma pessoa, um deles disparou a tiros contra a vítima, chegando à falecer, o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas condenou os dois policiais pela prática de crime de homicídio qualificado por motivo fútil em coautoria (art. 121, §2º, II do Código Penal brasileiro), justificando que “o só fato de não ter ele puxado o gatilho não afasta em absoluto, a coautoria” e que o policial que não efetuou os disparos contribuiu “decisivamente para o desfecho do delito,

---

<sup>362</sup> ROXIN, Claus; *Taterschaft und Tatherrschaft*; cit. p. 5-6.

<sup>363</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 170.

<sup>364</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 170-171. Posição esta que concordamos, desde a introdução deste capítulo, quando afirmamos que o judiciário brasileiro, no afã de dar à população uma resposta rápida à problemática da corrupção, têm afrontado o devido processo legal, se utilizado de uma grande exploração midiática dos fatos investigados, além da condução coercitiva de agentes que não se negaram à prestar depoimentos, divulgação em rede nacional de áudios de interceptações telefônicas em processo em segredo de justiça, dentre outros.

porquanto tinha o poder (domínio) de sustar a evolução criminosa a qualquer instante, mas assim não o fez”<sup>365</sup>.

Criticamos essa posição adotada pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, que muito diferente dos casos já analisados, o simples fato de poder impedir o acontecimento, por si só, não justifica o emprego do conceito do domínio do fato, nos termos deste estudo. Entendemos que estaríamos diante de uma situação de autoria e, talvez de participação com relação ao policial que não disparou os tiros.

Em outra situação julgado no Tribunal de Justiça de Rondônia, dois assaltantes entraram na casa de duas pessoas, exigindo que ambas ficassem imobilizadas. Após um dos moradores da casa se mover, um dos assaltantes disparou um tiro, matando um morador. O outro morador entrou em luta corporal com o assaltante atirador, também matando-o, e o outro assaltante que não efetuou o disparo fugiu. O assaltante que não efetuou os disparos foi condenado pela prática do crime de latrocínio, roubo seguido de morte (art. 173, §3º) do Código Penal brasileiro. Na fundamentação o Tribunal entendeu que “o agente também tinha o domínio do fato delituoso pela realização conjunta da conduta criminosa” que teria ocorrido mediante “ajuste prévio e da colaboração material, ainda que seu comparsa tenha sido o único autor dos disparos contra a vítima”<sup>366</sup>.

Diante deste caso também entendemos não ter sido bem aplicada a teoria do domínio do fato, uma vez que apesar da decisão conjunta para o roubo, o agente que não efetuou os disparos não poder ser condenado pela consequência do delito da morte, tendo em vista que o acordo prévio era o roubo e não a morte, tendo sido uma decisão unilateral do autor dos disparos. E ao comparsa, caberia a condenação pelo roubo, pois consideramos que naquele momento este não detinha o domínio do fato, e pelas circunstâncias não poderia impedir, sendo o caso de participação.

Em outro caso, dois agentes furtaram um som automotivo de um veículo, sendo que um ficou no carro aguardando o outro que realizou o

---

<sup>365</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Alagoas, *Apelação Criminal nº 1999.001465-7*; Relator: Desembargador José Fernando Lima Souza, julgado em 24/04/2003.

<sup>366</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Rondônia, *Apelação Criminal nº 100.501.2004.010245-4*; Relator: Desembargadora Sandra Maria Nascimento de Souza, julgado em 19/01/2006.

arrombamento do veículo. Os dois foram condenados pela prática do crime de furto (art. 155, IV, do Código Penal brasileiro), com base na coautoria de Roxin, se posicionando o Tribunal do Distrito Federal no sentido de que “vem ganhando primazia nos tribunais a teoria do domínio do fato” e que considera “também coautor o agente que participa de um plano adrede preparado, com divisão de tarefas, influenciando decisivamente, com a sua conduta, no resultado final do ilícito”<sup>367</sup>.

Ao contrário dos casos anteriores, entendemos por suficientes os argumentos para fundamentar a coautoria, principalmente no tocante à divisão de tarefas, que conforme já citado no desenvolvimento deste trabalho, não necessita que ocorra no mesmo tempo. Entendemos pela relevante contribuição dos dois agentes para a prática do crime de furto, um que ficou na posição de garante e outro na execução dos atos principais, sendo que um não poderia ocorrer com tanto sucesso se não tivesse a participação do outro. Então entendemos que a autoria mediata restou configurada para a prática do crime e para a intensão pretendida pelo Tribunal.

Outra situação, também no Distrito Federal, em que três agentes planejaram o assalto a uma determinada empresa. Sendo que um deles era funcionário da empresa que sua participação era informar os detalhes e o horário mais adequado, enquanto que os outros dois, um estava de porte da arma de fogo o outro recolheu os valores e os cheques. Ao final o Tribunal se posicionou no sentido de o agente que recolheu os valores teria atuado “com o domínio do fato, dividindo tarefas com seu comparsa” e que apesar da “pluralidade de condutas (...) todas se revestiam de relevância causal” e se enquadravam na totalidade da denúncia apresentada<sup>368</sup>.

Entendemos que houve o planejamento em conjunto dos agentes para a prática do delito, porém, entendemos que não restou configurado que um dos agentes teria o domínio do fato. Houve divisão de tarefas, execução conjunta e etapas preparatórias, porém, a intensão pretendida no julgado seria qualificar

---

<sup>367</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *Apelação Criminal nº 20020110414487*; Relator: Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, julgado em 30/10/2006.

<sup>368</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *Apelação Criminal nº 20000610044842*; Relator: Desembargador Ana Maria Duarte Amarante, julgado em 29/11/2001.

um dos agentes como o possuidor do domínio do fato, o que entendemos por não estar configurado, sendo o caso de coautoria.

No âmbito da imputabilidade de empresas econômicas na teoria do domínio do fato, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar um crime de sonegação de tributos, em que duas pessoas estabelecidas no comércio atacadista de cereais teriam falsificado notas fiscais, inserindo falsos destinatários, com intuito de reduzir a alíquota de imposto. Os agentes foram condenados pela prática do crime de sonegação de tributos (Lei nº 8.137/90, art. 1º, II). Apesar dos dois agentes não figurarem no contrato social da empresa “são eles os responsáveis por ela”, se posicionando o Tribunal que “são eles que detêm o domínio do fato” e assim seriam os responsáveis pela prática fraudulenta<sup>369</sup>.

No presente caso entendemos estarem preenchidos os pressupostos delineados por Roxin, especialmente do domínio por organização, tendo em vista que os agentes, apesar de não serem os administradores da referida empresa, eram os responsáveis de fato por elas. E que embora as empresas estejam vinculadas à ordem jurídica, posição essa rechaçada por Roxin, e criticadas por nós, os fatos referenciados preenchem os requisitos para atribuir o domínio do fato aos agentes externos.

Em outro processo, com relação ao uso de documento falso, um trabalhador sem registro e sem contrato de trabalho laborava em uma determinada empresa. O empregado se acidentou, e ao tomar conhecimento do fato, o proprietário e gestor da empresa determinou que seu empregado, responsável pela gestão de contratos de trabalho, falsificasse o registro de empregados, fazendo constar em sua carteira de trabalho data anterior ao acidente, para que este fosse beneficiário da assistência da seguridade social. Adotando a ideia de domínio do fato o Tribunal Federal da 1ª Região, entendeu que “autor é aquele que detém o controle do fato, ou seja, de toda a realidade delituosa”, não importando “se praticou materialmente a conduta prevista no tipo,

---

<sup>369</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *Apelação Criminal nº 70023352933*; Relator: Desembargador José Eugênio Tadesco, julgado em 11/09/2008.

pois o que se exige é o controle de todos os atos” desde o início à sua consumação<sup>370</sup>.

Neste caso também restam preenchidos os pressupostos da teoria do domínio do fato, especialmente nos aparatos organizados de poder. A ordem, embora tenha sido secreta ao funcionário, se concretiza de modo que seu subordinado por estar vinculado ao seu superior assim deve seguir, independentemente de sua responsabilização. E essa responsabilização do funcionário que executou os principais atos de preenchimento do tipo, entendemos que não ocorreu por erro ou coação, uma vez que ele tinha plena consciência de que o ato era ilícito, mas, mesmo assim não tinha como impedir, pois estava a seguir ordens de seu superior e isso só foi possível em decorrência da estrutura hierárquica da empresa que representa um verdadeiro aparato organizado de poder.

Em outra condenação, também no âmbito empresarial, quatro responsáveis legais de uma determinada instituição financeira de consórcios, teriam administrado de forma fraudulenta e teriam obtido vantagens em proveito próprio e se apropriando dos recursos. O esquema operava da seguinte forma, uma determinada empresa de propriedade de um dos quatro agentes, era contemplado antes que os demais participantes, sem o conhecimento dos demais consorciados, e recebia de forma antecipada os valores referentes à contemplação do consórcio “com finalidades diversas das previstas na norma e sem exigência de documentação obrigatória”. Com base na tese de que “o obrigado positivamente responde em caso de não cumprimento como autor” de modo que “sempre que alguém lesionar uma instituição positiva comete delito de infração de dever”. Então todos foram condenados, sendo um por ter os poderes de gestão, outro por ter assinado os cheques e os sócios da empresa que se beneficiou com os recebimentos da contemplação indevida<sup>371</sup>.

Ao comentar o caso, Pablo Alfien entendeu que a decisão “foi equivocada ao sustentar que na hipótese, por se tratar de delito de infração de dever, a consequência seria a equiparação de todos os participantes”, sendo

---

<sup>370</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *Apelação Criminal nº 2000.39.00.015037-9*; Relator: Desembargador Tourinho Neto, julgado em 03/07/2007.

<sup>371</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª região, *Apelação Criminal nº 2006.70.00.001072-1*; Relator: Desembargador Luiz Carlos Canalli, julgado em 29/05/2012.

insustentável pela lei brasileira o fato de que “não se admite crime sem ofensa a um bem jurídico”, e de outro lado, “exige-se a diferenciação entre os respectivos participantes no fato punível”<sup>372</sup>.

Embora considere a posição do autor com referência à exigência de diferenciação entre os respectivos participantes no fato punível, pelo fato de que alguns agentes (os sócios da empresa contemplada) terem sido igualmente condenados pela gestão fraudulenta de empresa em que não figuravam como sócios e delas não exerciam poder de domínio, entendemos configurados os pressupostos do domínio do fato. No nosso entendimento há uma associação de duas organizações, uma delas por parte dos sócios que atuavam na administração dos consórcios e de outro lado a empresa que se beneficiou com a contemplação e supostamente teria repassado parte delas para os demais, que se beneficiaram da conduta ilícita. Embora, entendemos não ser possível a condenação dos sócios da empresa beneficiária nos termos do “crime de gestão fraudulenta”, mas preenchem os requisitos de outros crimes, como por exemplo, crime contra as relações de consumo, tipificados na Lei nº 8.137/90 de 27 de Dezembro. Tendo havido um erro formal na tipificação da conduta delituosa, mas não a sua não responsabilização pelos crimes financeiros.

#### a) O caso “mensalão”

Em síntese a Ação Penal nº 470<sup>373</sup> do Supremo Tribunal Federal do Brasil, conhecido por “caso do mensalão”, foram denunciados quarenta pessoas, das quais 25 foram condenadas, pelas práticas de diversos crimes entre eles, corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha. Os fatos teriam ocorridos no primeiro mandato do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, e entre os condenados estavam o ex-ministro chefe da casa civil, José Dirceu, o ex-tesoureiro do Partido do Trabalhadores (PT), Delúbio Soares, o ex-presidente do partido, José Genuíno, o operador do mensalão, que seria Marcos Valério e mais três deputados federais.

De acordo com a denúncia o núcleo político em conjunto com o operador do esquema teria realizado diversos empréstimos em nome de várias

---

<sup>372</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 180-181.

<sup>373</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Penal 470*.

empresas, junto ao Banco Rural e Banco BMG, que futuramente essas dívidas não seriam quitadas e esses valores seriam repassados periodicamente a parlamentares em troca de apoio no Congresso Nacional do Brasil.

Em boa parte do voto do relator e Ministro Joaquim Barbosa (página 4611 e seguintes), o magistrado se ocupou em grande parte dos seus escritos em tentar incriminar o ex-ministro José Dirceu, pois não havia provas contundentes contra este, tentando formar um vínculo entres os envolvidos. De acordo com a decisão “a disponibilidade do numerário era dos réus ligados ao PT, sendo sua face visível o acusado DELÚBIO SOARES, que indicava a MARCOS VALÉRIO os nomes das pessoas a serem contempladas com repasses, os respectivos montantes e as datas em que os pagamentos deveriam ser realizados”<sup>374</sup>.

O Ministro relator concluiu então que “em razão do cargo elevadíssimo que exercia à época dos fatos, o acusado JOSÉ DIRCEU atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, executando os atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso, executado mediante divisão de tarefas em que as funções de cada corréu encontrava nítida definição”<sup>375</sup>.

E em apenas duas páginas (pg. 93/94) das 95 (noventa e cinco) páginas do seu voto, invocou a teoria do domínio fato, citando brevemente Hans Welzel e Claus Roxin, de que a teoria define “todas as formas de realização ou de contribuição para a realização do tipo de injusto”, fundamentando que a autoria pode ser “(c) coletiva, como decisão comum e realização comum do tipo de injusto”<sup>376</sup>. E assim condenou os réus pala prática do crime de corrupção ativa, nos termos do art. 333 do Código Penal brasileiro.

E embora o revisor do processo, o Ministro Ricardo Lewandowski, tenha aberto divergência alegando que “no caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém”, justificando que “muitos juristas adotam tal teoria como

---

<sup>374</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ap. 470*, cit. p. 4.632 do acórdão e p. 22 do voto.

<sup>375</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ap. 470*, cit. p. 4.673 do acórdão e p. 63 do voto.

<sup>376</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ap. 470*. Cit. p. 4.703 do acórdão e p. 93 do voto.

uma ‘complementação’ à chamada ‘teoria restritiva’ – dominante entre os criminalistas -, em situações excepcionais, extremas, quando se coloca em xeque o próprio Estado de Direito”, apontando o seu voto pela Absolvição de José Dirceu<sup>377</sup>.

Essa decisão, embora tenha atendido o clamor da população de se punir políticos no Brasil, pela prática de crimes de corrupção, gerou diversas controvérsias, principalmente no tocante à teoria do domínio do fato.

Para Pablo Alflen “o Supremo Tribunal Federal, na tentativa (e no afã) de proceder à delimitação da autoria dos acusados, utilizou de uma anomalia, a qual intitulou de teoria do domínio do fato”. Defendeu ainda que “a Corte fundiu teorias incompatíveis entre si, não especificou os critérios que utilizou para nortear aquilo que denominou de ‘teoria do fato’”. Conclui ainda que “deixou de indicar analiticamente dados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão”<sup>378</sup>.

Para o autor “na decisão restou de forma clara que a teoria foi utilizada como simples retórica para fins de atribuição de responsabilidade, em flagrante violação ao art. 93, IV, da Constituição Federal”<sup>379</sup>, que dispõe na primeira parte que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”<sup>380</sup>.

Na mesma linha os autores Adriano Teixeira, Luís Greco, Augusto Assis e Alaor Leite, que “há grande probabilidade ou mesmo presunção de que esse alguém esteja aplicando a ideia do domínio do fato de forma errônea, usando como artimanha retórica um termo cujo real significado desconhece (...) que esse foi o caso da decisão da AP 470/STF”<sup>381</sup>.

Ao criticar partes da decisão, em especial no trecho “presumidamente, (...) há de se imputar a decisão (ação final) do crime”, Alflen afirma que seria inadmissível “na ordem jurídica brasileira a presunção de domínio do fato”. E ainda que “a Corte sequer conseguiu situar o domínio do fato na estrutura do

---

<sup>377</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ap. 470*, cit. p. 4.950 do acórdão e p. 78-82 do voto.

<sup>378</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 183.

<sup>379</sup> *Idem*, p. 183.

<sup>380</sup> BRASIL, *Constituição Federal*; artigo 93, IX.

<sup>381</sup> TEIXEIRA, Adriano; GRECO, Luís; ASSIS, Augusto; e LEITE, Alaor; *Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro*; Marcial Pons: São Paulo, 2014. p. 45.

conceito analítico de crime, chegando à esdrúxula afirmação de que o domínio do fato consiste em elemento de culpabilidade”<sup>382</sup>.

De acordo com Rangel Arauna, “várias vezes se postaram contrariamente à adoção da teoria do domínio do fato, ora porque não obedeceu aos pressupostos, (...) seja por Welzel seja por Roxin, ora porquanto a teoria em destaque não dispensa o exame e a existência de provas de autoria delitiva”<sup>383</sup>.

Ao citar a decisão, os autores Paulo Busato e Rodrigo Cavagnari<sup>384</sup> afirma que “os Ministros fizeram um esforço no sentido de buscar legitimidade científica para os respectivos votos, não se preocupando com as precisões técnicas contidas na formulação teórica de ROXIN”, pois deviam promover uma construção teórico científica sobre o tema, e não fizeram isto. Esclarece que “a verdadeira razão pra o recurso à teoria do fato não foi a necessidade de distinguir entre autor e partícipe no Direito Penal, mas a necessidade de fundamentar a responsabilidade daquele que ocupam posição de comando”, criando uma espécie de “autoria por domínio de posição, que nada tem a ver com a teoria do domínio do fato”<sup>385</sup>.

Diferente do que ocorreu com o caso Fujimori, julgado pela corte peruana, que de acordo com os autores “os juízes fundamentaram a culpabilidade de Fujimori como autor mediato com grande detalhe e mediante o estudo da literatura, nacional e estrangeira, em um nível que satisfaz amplamente as exigências científicas” e que os quatro pressupostos delineados por Roxin “ocuparam lugar de destaque entre as exigências da Corte peruana” ao atribuir autoria mediata ao ditador deposto no interior de “um processo em conformidade ao Estado de Direito”<sup>386</sup>.

Ainda sobre o julgamento do “caso do mensalão”, Pablo Alflen descreve que “em momento algum se fez referência ao conteúdo da teoria e dos critérios utilizados para afirmar se e por que alguém detinha o domínio do fato” e finaliza que, de acordo com os Ministros, a versão de Roxin revela-se “compatível com a disciplina que o nosso Código Penal estabeleceu”, deixando

---

<sup>382</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 183.

<sup>383</sup> ARAUNA, Rangel Bento; *A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil*; cit. p. 200.

<sup>384</sup> BUSATO, Paulo César; e CAVAGNARI, Rodrigo; *A teoria do domínio do fato e o Código Penal brasileiro*; Curitiba: Delictae; v. 2; nº 2; 2017; p. 83-132.

<sup>385</sup> *Idem*, p. 114.

<sup>386</sup> *Idem*, p. 113.

claro o desconhecimento do “rechaço por parte de Roxin ao sistema unitário de autor, o qual foi adotado pelo Código Penal brasileiro”<sup>387</sup>.

Conclui Arauna ainda que “o reconhecimento da teoria do domínio do fato por aparatos organizados de poder (...), não atendeu aos requisitos concebidos por Claus Roxin em sua formulação teórica, ou seja, o poder de mando, a desvinculação do direito pelo aparato de poder, a fungibilidade do executor direto e a disposição essencialmente elevada dos executores para o fato”, na medida que foram deduzidas a partir de meras ilações e conjecturas. Conclui que embora a teoria do domínio do fato não seja reconhecida expressamente pela legislação brasileira, “compreende-se admissível sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio, porquanto o conceito de autor se origina da realidade fática, e não da norma jurídica positiva”, devendo ser adaptada à nossa realidade, “bem ainda o domínio do fato pelo agente deve ser comprovado no caso concreto, rechaçando, assim, a responsabilização objetiva”<sup>388</sup>.

A teoria de Roxin, a partir de uma evolução histórica e de construção doutrinária científica, deve ser analisado a cada caso o preenchimento dos pressupostos delineados por ele, em especial, o poder de mando, a desvinculação à ordem jurídica (com ressalvas), e fungibilidade e a disposição essencialmente elevada, conforme citamos exaustivamente ao analisar tais requisitos em casos hipotéticos e reais.

O que mais nos preocupa é que a partir do momento que o Supremo Tribunal Federal do país passa a admitir esta teoria sem fundamentá-la corretamente, corre o risco de haver condenações sem provas em diversos outros processos, pelo simples fato de o agente ocupar uma posição relevante.

#### b) A Operação Lava Jato

Diante da extensa quantidade de processos relacionados, iremos nos concentrar no processo em que envolve o ex-Presidente Luís Inácio Lula da

---

<sup>387</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*; cit. p. 184.

<sup>388</sup> ARAUNA, Rangel Bento; *A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil*; cit. p. 202.

Silva, no âmbito da Operação Lava Jato<sup>389</sup>. A Operação Lava Jato teve início em 2009, inicialmente para a investigação de crimes de lavagem de dinheiro, ou branqueamento de capitais, como é denominado em Portugal, por parte de alguns doleiros que operacionalizavam seus esquemas na cidade de Londrina no Estado do Paraná.

Ao investigar os doleiros, os procuradores do Ministério Público Federal encontraram relações com os recursos da empresa estatal Petrobras, que detém o controle da exploração de petróleo no país, e onde a União Federal é a maior acionista (ponto 266 da sentença).

Ao formularem acordos de colaboração (delação premiada), os investigados das treze maiores empreiteiras do país teriam “formado um cartel, através do qual teriam sistematicamente frustrado as licitações da Petrobras para a contratação de grandes obras” (ponto 267) e que “pagariam sistematicamente propinas a dirigentes da empresa estatal calculadas em percentual, de um a três por cento em média, sobre os grandes contratos obtidos e seus aditivos” (ponto 268) e “servindo o esquema criminoso para também corromper agentes políticos e financiar, com recursos provenientes do crime, partidos políticos” (ponto 272). “Aos agentes e partidos políticos cabia dar sustentação à nomeação e à permanência nos cargos da Petrobrás dos referidos Diretores” (ponto 273).

De acordo com a acusação em um dos contratos da Petrobrás junto com a Construtora OAS, o presidente desta empresa “administrava uma espécie de conta corrente informal” com o Partido dos Trabalhadores, entre eles Lula (Ponto 291). “Os valores teriam sido corporificados na disponibilização” de um apartamento triplex, no litoral de Guarujá, no Estado de São Paulo (ponto 265). E ainda que o imóvel “teria sofrido reformas e benfeitorias a cargo do Grupo OAS para atender ao ex-Presidente” (ponto 296).

Alega o ex-Presidente, em sua defesa nunca ter aceite e nunca ter recebido o imóvel, já que esteve sempre em nome da própria construtora, inclusive tendo sido colocada como garantia para a obtenção de empréstimos, e que teria apenas formulado uma proposta de aquisição, tendo como titularidade

---

<sup>389</sup> BRASIL, Justiça Federal do Paraná; 13ª Vara Criminal de Curitiba; *Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*; Juiz Sergio Moro, julgado em: 12/07/2017.

a sua esposa, falecida no curso do processo e que não teria mais interesse na aquisição (ponto 319 e seguintes).

Praticamente todas as testemunhas negaram o oferecimento ou recebimento de vantagens para Lula. E para fundamentar a relação entre os contratos da Petrobrás e o ex-Presidente Lula, o juiz destacou que, de acordo com um parlamentar “o processo de nomeação (...) foi indicado pelo Partido Progressista ao cargo e que houve muita resistência do Conselho de Administração da Petrobrás, o que teria sido vencido somente mediante a intervenção pessoal do então Presidente” (ponto 741).

Embora não tenha utilizado expressamente a teoria do domínio do fato para fundamentar a sua decisão, o ex juiz Sergio Moro, que foi nomeado em 2019, Ministro da Justiça e Segurança Pública, pelo atual presidente Jair Bolsonaro, deu vários indícios de sua utilização na sentença, inclusive citando por diversas vezes a Ação Penal 470 do STF, já citado neste trabalho.

Destaca o juiz que “crimes da espécie são praticados em segredo e são de difícil detecção e o fato de não terem sido descobertos antes não significa conivência dos órgãos de controle” (ponto 799), continuando que parece “um pouco estranho que (...), não tivesse o ex-Presidente qualquer conhecimento” (ponto 801).

Cita mais uma vez a Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro, conhecido por “mensalão”, questionando ao réu “a respeito de sua posição em relação ao esquema criminoso denominado de "Mensalão" cuja existência foi reconhecida, com trânsito em julgado, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal 470” (ponto 803).

Destacamos ainda no item seguinte em o juiz se refere “se um subordinado pratica um crime com a ignorância do superior, quando o crime é revelado, o comportamento esperado do superior é a reprovação da conduta e a exigência de que malfeito seja punido”, concluindo que esse “não se verificou essa espécie de comportamento por parte do ex-Presidente (...) como se não houvesse culpados cuja responsabilidade já não houvesse sido determinada, como, no caso, aliás, da Ação Penal 470, com trânsito em julgado”, considerando que “trata-se de um indício relevante de conivência em relação ao comportamento criminoso dos subordinados e que pode ser considerado como elemento de prova” (ponto 804).

Sergio Moro afirma ainda que “não é necessário no momento decidir se o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi ou não o artífice principal do esquema criminoso que vitimou a Petrobrás” (ponto 806), mas e se foi ele beneficiado materialmente com parcela da vantagem indevida” (ponto 807).

Com relação ao fato de o ex-Presidente não estar mais na posse do cargo, visto que foi presidente entre 2002 e o final de 2009, e os benefícios materiais supostamente teriam sido disponibilizados em 2014, após o fim do seu mandato, mas durante o mandato da ex-Presidente Dilma Rousseff, a sentença destaca que houve vinculação da suposta vantagem indevida à um ato de ofício anteriormente praticado. Na jurisprudência brasileira, “a questão é ainda objeto de debates, mas os julgados mais recentes inclinam-se no sentido de que a configuração do crime de corrupção não depende da prática do ato de ofício e que não há necessidade de uma determinação precisa dele”, citando mais uma vez o julgado da Ação Penal 470 do STF (ponto 866-867).

Embora o Tribunal Regional da 4ª Região<sup>390</sup>, o tribunal de apelação do recurso do ex-Presidente, tenha diminuída a sua pena, manteve a condenação, destacando ao ponto que nos interessa sobre o domínio do fato que “a teoria do domínio do fato, diga-se, não amplia o rol daqueles que podem ser responsabilizados por um crime, mas dá elementos para que se identifique quem concorre para ele”. E que, “nos termos do art. 29 do Código Penal brasileiro, é autor todo aquele que concorre para a prática do crime, sem distinguir entre o autor, em sentido estrito, e o partícipe”. Destaca ainda que o domínio do fato “pode se dar pelo domínio da ação criminosa, pelo domínio da vontade ou pelo domínio funcional”. E que “descabido, isso sim, é condenar alguém pelo simples fato de ocupar uma posição hierarquicamente superior, como se fosse um garantidor universal da conduta de seus subordinados”. E também que “não se pode simplesmente presumir o seu conhecimento quanto a ilícitos praticados na sua gestão, tampouco esses crimes, de que estamos cuidando, admitem modalidade culposa que pudesse se amparar em uma culpa *'in eligendo'* ou mesmo na negligência de não tomar pé do que estaria ocorrendo no seu governo”.

---

<sup>390</sup> BRASIL, Tribunal Regional da 4ª Região; *Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*, Relator: João Pedro Gebran Neto, julgado em 26/01/2018; p. 31 do voto do relator.

Portanto, o Tribunal em tese não teria se utilizado da teoria do domínio do fato para fundamentar a sua decisão, mas ao longo de toda a sentença, tenta o magistrado realizar grande esforço para demonstrar a culpabilidade do acusado por supostamente ter recebido vantagens indevidas, porém, ao nosso entender, sem provas robustas para sua comprovação.

De longe estamos a criar um juízo de convicção sobre a realidade dos fatos, mas, no caso concreto com relação as provas apresentadas, entendemos que não são suficientes para comprovar o delito, pois não houve, por exemplo, testemunhas, documentos bancários, movimentação suspeita ou ordens hierárquicas. Primeiro, pelo fato de não ter havido a tradição, registro ou posse do imóvel. Conforme ficou demonstrado em todo o curso do processo, o imóvel pertencia à construtora e teria inclusive utilizado como garantia em empréstimos, tendo como beneficiária a empresa. O imóvel sequer foi utilizado pelo ex-Presidente, visto que não ficou comprovado que teria recebido a vantagem, bem como não usufruiu das reformas nele realizadas. E segundo, não vislumbramos o nexo de ligação entre a vantagem supostamente recebida e o cargo ocupado por Lula. Como relatado, o ex-Presidente ocupou o cargo entre 2002 e o final de 2009, e a suposta disponibilização teria ocorrido somente em 2014, fundamentando-se de um elo entre o então Presidente e as indicações para os cargos estratégicos com a Petrobrás.

Embora o juízo tenha se fixado em convicções, esse fato gera uma enorme insegurança jurídica em um Estado de Direito como o Brasil. O ex-presidente despontava como um dos favoritos no ano de 2018, quando foi preso em 7 de abril de 2018, em decorrência do seu julgamento em segunda instância, mesmo antes do trânsito em julgado de sua condenação, nos termos da determinação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que destacamos “nos EINUL nº 50085723120124047002/PR, firmou o entendimento de que o exaurimento do julgamento perante este Tribunal permite a imediata execução da pena. Foi editada a Súmula 122 do TRF da 4ª Região: 'encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”<sup>391</sup>.

---

<sup>391</sup> BRASIL, Tribunal Regional da 4ª Região; *Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*, cit. p. 62 do voto do relator.

Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em 7 de novembro de 2019, ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54<sup>392</sup>, consolidou o entendimento de que o cumprimento de sentença somente após esgotados todos os recursos, proibindo a prisão automática após a condenação na corte de apelação, como havia determinado o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e com essa decisão, pôs imediatamente em liberdade o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva. Essa posição foi inclusive tema da monografia escrita em 2012 para a obtenção do título de bacharel em direito<sup>393</sup>.

Com relação aos pressupostos delineados por Roxin: o primeiro deles, o poder de mando, visto que a suposta vantagem teria sido recebida somente em 2014, e o ex-presidente governou de 1º de janeiro de 2003 a 31 de dezembro de 2010. Portanto, Lula não mais ocupava o cargo de Presidente da República, acreditamos não estar preenchido este pressuposto, exceto se a suposta combinação de valores tenha ocorrido durante o seu mandato, o que não ficou comprovado durante a instrução criminal. Com relação ao pressuposto de desvinculação à ordem jurídica, entendemos por preenchido, uma vez que os fatos estariam correlacionados com uma estrutura desvinculada da ordem jurídica. Embora os contratos estivessem totalmente vinculados à ordem legal, as combinações dos pagamentos de 1% a 3% dos contratos estariam fora da legalidade. Já com relação aos pressupostos da fungibilidade e a disposição essencialmente elevada, entendemos restar prejudicados, pois a partir do momento que o agente se desvinculou da função cessa o seu poder de comando, não estando mais vinculados e com potenciais executores dispostos a executar os comandos.

---

<sup>392</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal; *Ação Direta de Constitucionalidade nº43, 44 e 54*; Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/11/2019.

<sup>393</sup> MAIA, Tallys Augusto de Lima; *Efeito Suspensivo dos Recursos Extraordinários no Processo Penal, face ao princípio da presunção de Inocência*; FAVIP: Caruaru, 2012.

## 12. CONCLUSÕES

Introduzimos esta dissertação com o objetivo de discorrer sobre a teoria do domínio do fato, desde a sua concepção até os dias de hoje, e discutimos o seu conceito, a evolução histórica e trouxemos ao debate a teoria e sua recepção pela doutrina e jurisprudência em Portugal e no Brasil.

A teoria do domínio do fato tem por objetivo, principalmente, trazer o conceito de autor orientado por critérios de forma a serem definidos para servir como diretriz e desenvolvimento da autoria e da participação.

Assim, Welzel em 1939 apresentou sua concepção de domínio do fato, vinculando-a ao seu conceito de ação final, rechaçando o conceito causalista de ação, concluindo que a autoria final é a mais ampla forma de domínio final do fato<sup>394</sup>.

Para Welzel o autor não necessita executar o fato em todas as suas fases, desde que atendidos os pressupostos delineados por eles, como a decisão conjunta do fato e a execução conjunta do fato, mediante divisão de tarefas, desde que conserve consigo o pleno domínio do fato.

Em 1963, Claus Roxin dispensou maiores esforços para o desenvolvimento da teoria do domínio do fato, com base na ideia de domínio da vontade e na caracterização da autoria mediata, rechaçando o conceito unitário e extensivo de autor. Conceitua Roxin que “autor é a figura central, a figura-chave do acontecimento mediado pela conduta”, concluindo que é aquele que desempenha o papel fundamental na realização do tipo<sup>395</sup>.

Roxin desenvolveu um modelo de tripartição teórica de autoria, quando realiza por sua mão própria (autoria direta), quando executa por meio de outrem (domínio da vontade) e quando realiza uma contribuição funcionalmente relevante (domínio funcional).

Denominando como uma terceira e forma independente de autoria, Roxin caracteriza o domínio da vontade em virtude dos “aparatos organizados de poder”<sup>396</sup>. O desenvolvimento dessa ideia possuiu maior relevância para a

---

<sup>394</sup> WELZEL, Hans; *Über Wertungen im Strafrecht*, cit. p. 26.

<sup>395</sup> ROXIN, Claus; *Täter und Thatherrschaft*, cit. p. 25.

<sup>396</sup> ROXIN, Claus; *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, cit. p. 193.

nossa construção, tendo em vista que estamos colocando em debate os crimes cometidos no âmbito da Administração Pública.

Então, para sistematizar de forma dogmática a sua construção, o autor desenvolve quatro pressupostos fundamentais para a caracterização da autoria com base no domínio por organização: o poder de mando, desvinculação do direito pelo aparato de poder, a fungibilidade do executor direto e a disposição essencialmente elevada dos executores.

O poder de mando, entendemos que para o agente ser considerado autor mediato, ele deve ter o domínio de toda a organização. A desvinculação do direito, significa que a organização deve atuar completamente fora da ordem jurídica. A fungibilidade do executor direto é representada pelo fato de que muitos executores se encontram à disposição para o cumprimento das ordens. E por fim, a disposição essencialmente elevada, leva a crer que os potenciais executores estão sujeitos à várias influências da organização, de forma a garantir o resultado.

Com ressalva ao segundo pressuposto, em que os aparatos organizados de poder devem estar totalmente desvinculados à ordem jurídica, entendemos de forma diferente, embora mais na frente Roxin tenha afirmado que não necessita estar totalmente desvinculado ao poder, percebe-se que mesmo dentro das pessoas coletivas de direito privado ou público, podem existir aparatos vinculados à ordem jurídica que venham a cometer crimes, conforme descrevemos ao longo da nossa dissertação.

Trouxemos ao debate os principais crimes cometidos no âmbito da Administração Pública, entre eles o recebimento indevido de vantagem e concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, peculato e participação econômica no negócio, trazendo os respectivos tipos penais de acordo com a lei e a doutrina portuguesa e brasileira.

A importância do dolo ou a negligência (culpa) como critério de culpabilidade que são essenciais de acordo com as normas internas dos dois países em estudo, que para a caracterização dos crimes específicos de mão própria ou não, mostra-se essencialmente necessário o preenchimento de tais pressupostos pessoais.

Por fim, concluímos com a análise doutrinária com referência à recepção e compatibilidade da teoria do domínio do fato de acordo com o ordenamento jurídico das legislações portuguesas e brasileiras.

Teresa Quintela destaca que a responsabilização deve ser afastada da “ideia de uma assunção automática da posição”. E defende também que a consideração das áreas de competências, em que cada um executa seu papel de acordo com a ordem jurídica. E dessa forma acaba contribuindo para a ocorrência dos atos preparatórios de um crime, e assim, não deve forçar o “abandono do domínio do domínio do facto como critério de autoria no âmbito da criminalidade”<sup>397</sup>.

Para Susana Aires, “o domínio da ação está presente na autoria imediata na medida em que o agente realiza ele próprio a acção típica”, e o domínio da vontade “de quem o agente se serve para a realização típica firma a autoria mediata”, e o domínio funcional do fato “constitui o sinal próprio da co-autoria em que o agente decide e executa o facto em conjunto de outro”<sup>398</sup>.

Para parte dos juristas brasileiros, a exemplo de Nilo Batista, ao analisar a teoria do domínio do fato defende que para o Direito Penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas para os crimes comissivos dolosos”<sup>399</sup>. E na mesma linha Alberto Franco, que defende que na “medida em que introduziu o dolo na ação típica final (...), na medida em que aceitou o erro de proibição e finalmente, na medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas”, o Código Penal brasileiro teria passado a reconhecer “que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade”, e “deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato”<sup>400</sup>.

E em sentido contrário se posiciona Pablo Alflen, quando afirma não ser possível a construção dualista por duas razões: em primeiro lugar, “porque o próprio Roxin não só rechaça categoricamente a adoção de um sistema unitário, como esclarece que desenvolve sua teoria sobre o pilar do sistema

---

<sup>397</sup> BRITO, Teresa Quintela; *Autoria e Participação em organizações empresariais complexas*, cit. P. 19.

<sup>398</sup> SOUSA, Susana Aires; *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações*, cit. p. 82.

<sup>399</sup> BATISTA, Nilo; *Concurso de agentes. Uma investigação sobre os problemas de autoria e da participação*, cit. p. 277.

<sup>400</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui; *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit. p. 483.

diferenciador”; e em segundo lugar, “porque a concepção de domínio do fato (tanto de Welzel quanto de Roxin) está assentada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar da sustentação do sistema unitário”<sup>401</sup>.

Nos filiamos a posição intermediária de que “compreende-se admissível sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio, porquanto o conceito de autor se origina da realidade fática, e não da norma jurídica positiva”, devendo ser adaptada à nossa realidade, “bem ainda o domínio do fato pelo agente deve ser comprovado no caso concreto, rechaçando, assim, a responsabilização objetiva”<sup>402</sup>.

Então, concluímos ser compatível a construção da teoria do domínio do fato de acordo com a jurisprudência de Portugal e do Brasil, considerando que o conceito de autor se origina da realidade fática e não da norma jurídica positiva, que embora tenha uma concepção monista ou unitária, não pode dizer que tais concepções tenham sido consagradas em sua plenitude.

Entretanto, faz-se necessário uma construção dogmática da fundamentação da autoria, especialmente na concepção de Roxin, analisando os seus pressupostos em cada caso concreto, rechaçando a responsabilidade automática em virtude da posição que ocupa o agente.

Criticamos, assim como a corrente majoritária que recepciona o domínio do fato, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, que ao introduzir a teoria no país, tem usado de uma anomalia, ou seja, uma construção jurídica infundamentada sem se filiar a nenhuma das correntes. E com o intuito de condenar, a todo custo, aqueles que possuem uma posição de destaque no quadro político.

É pertinente aplicar a teoria do domínio do fato, enquanto organização, no contexto de crimes cometidos na Administração Pública, na medida que a sua origem se deu na atuação do Estado, na Alemanha, embora os crimes foram cometidos em outras circunstâncias.

No Brasil, conforme já demonstrado, a teoria foi utilizada sem limites e sem uma construção científica. Por esse motivo, é necessário realizar o

---

<sup>401</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo; *Teoria do domínio do fato*, cit. p. 169.

<sup>402</sup> ARAUNA, Rangel Bento; *A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil*; cit. p. 202.

presente estudo para evitar que haja uma interpretação extensiva da teoria e sem a devida fundamentação.

Concretizando a sua aplicação aos crimes contra o patrimônio público, podem ser apontadas as seguintes situações principais: i) inicialmente, delimitar o conceito de autoria em detrimento da legislação do país pela qual se almeja aplicar; ii) atentar-se aos pressupostos delineados pelos principais autores construtores da teoria; e iii) que o desejo de punir os corruptos e corruptores não promovam uma construção extensiva da teoria.

Entendemos que a corrupção é um mal que preocupa a todo o mundo, e devemos defender as práticas de combate, com respeito às normas constitucionais de um Estado de Direito, como é o caso de Portugal e do Brasil. Porém, deve-se utilizar de mecanismos processuais adequados, preservando-se os princípios que regem à Administração Pública, em especial o devido processo legal e a imparcialidade do juiz, garantido um processo justo e uma decisão justa.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed.; Lisboa: Universidade Católica, 2010.

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

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*; Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Lisboa, 2010. (Disponível em:

[https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/4279/3/ulsd061182\\_td\\_Carlota\\_Almeida.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/4279/3/ulsd061182_td_Carlota_Almeida.pdf))

AMBOS, Kai. *Fundamentos de la imputación en el Derecho internacional penal*; Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México: Mexico D.F., 2009.

ARAUNA, Rangel Bento. *A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil*; Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará, Ano I – Nº I – Vol. 2: Fortaleza, 2017; pp. 145-207. (Disponível em:

<http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/biblioteca/revista-eletronica/cadernos-do-ministerio-publico-do-estado-do-ceara/cadernos-do-ministerio-publico-do-estado-do-ceara-edicao-atual/cadernos-do-ministerio-publico-do-estado-do-ceara-ano-i-no-i-vol-2-2017/>)

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes. Uma investigação sobre os problemas de autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*, 3ª ed.; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BINHÃ, Ricardo Jorge Gomes. *Relevância do juízo de culpa no procedimento disciplinar para ação de regresso*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Lisboa, 2015. (Disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18474/1/TRABALHO%20FINAL.pdf>)

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*; 16ª ed; Saraiva: São Paulo, 2011.

BRITO, Teresa Quintela. *Autoria e participação em organizações empresariais complexas*; Centro de Estudos Judiciários, pp. 18-33. (Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/tomo I criminalidade economico financeira temas de teoria geral do direito penal na criminalidade economico financeira.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/tomo_I_criminalidade_economico_financeira_temas_de_teorias_gerais_do_direito_penal_na_criminalidade_economico_financeira.pdf))

BRITO, Teresa Quintela. “Domínio do facto, organizações complexas e autoria dos dirigentes”, in *Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, coordenação de Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 163-200.

BRITO, Teresa Quintela. “Autoria e Participação em organizações empresariais complexas; Caderno especial” – Tomo I: *Temas de Teoria Geral do Direito Penal na Criminalidade Económico-Financeira*; Versão de 17/07/2014, pp. 9-91. (Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/tomo I criminalidade economico financeira temas de teoria geral do direito penal na criminalidade economico financeira.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/tomo_I_criminalidade_economico_financeira_temas_de_teorias_gerais_do_direito_penal_na_criminalidade_economico_financeira.pdf))

BRODT, Luiz Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado*. Publicado na Revista dos Tribunais, 2015. (Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.961.10.PDE](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.961.10.PDE))

BUFFON, Poliana de Oliveira; BRIDI, Carolina Neres; SANCHES, Claudio; WAGNER, Joice Luiza de Flores, Matias. *Teoria do Dominio do Fato: STF Vs*

*Doutrina*; v.5, n.1. Revista Extensão em Foco: Rio de Janeiro, 2017. (Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14319>)

BUSATO, Paulo César; e CAVAGNARI, Rodrigo. *A teoria do domínio do fato e o Código Penal brasileiro*, v. 2; nº 2; Curitiba: Delictae, 2017.

CAETANO, Marcelo José das Neves Alves. *Manual de Direito Administrativo*. 9ª edição; Almedina: Coimbra, 1980.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*; v.1. 21 ed.; Saraiva: São Paulo, 2017.

CARVALHO, Américo Taipa. *Direito Penal: parte geral*, 2ª ed.; Coimbra Editora: Coimbra, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013*; Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

COLLANT, Guilherme Coelho. *A Teoria Finalista da Ação e as Bases do Código Penal*, Revista da Faculdade de Direito: Belo Horizonte, publicado em 11/11/2018. (Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18860>)

COSTA, Almeida. “Sobre o Crime de Corrupção”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial: Coimbra, 1984, p. 132 e ss.

CUNHA, Ana Isabel Rodrigues da. *O crime de recebimento indevido de vantagem*; Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, 2015. (Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20288/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>)

CUNHA, José Manuel Damião da. *Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção – Uma análise crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*; Coimbra Editora: Coimbra, 2011.

DIAS, Augusto da Silva. “A experiência Milgram e o Direito Penal: um ensaio sobre a banalidade do mal”, publicado no *Livro de Actas do Colóquio “Eichmann em Jerusalém – 50 anos depois”*, realizado na Faculdade de Direito de Lisboa, nos dias 27 e 28 de Abril de 2011.

DIAS, Augusto da Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo, genética humana)*; Coimbra Editora: Coimbra, 2008.

DIAS, Jorge Figueredo; ANDRADE, Manoel da Costa; *Direito Penal: Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora: Coimbra, 1996.

DIAS, Jorge de Figueredo; CUNHA, Conceição Ferreira da. *Participação económica em negócio - artigo 377.º* in *Comentário Conimbricense do Código penal*, Tomo III. Coimbra Editora: Coimbra, 2001.

DIAS, Jorge de Figueredo. *Direito Penal: Parte Geral*, T.I., 2ª ed.; Coimbra Editora: Coimbra, 2012.

DIAS, Jorge de Figueredo. *Formas especiais do crime*, textos de apoio à disciplina do Direito Penal; 5º ano; Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge de Figueredo. “La instigación como autoría. Um réquiem por la ‘participación’ como categoría de la dogmática jurídico-penal portuguesa?”, in *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*; Thomson/Civitas: Madrid, 2005.

DIAS, Jorge Figueredo. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*; 6ª. Ed.; Coimbra Editora: Coimbra; 2009.

DIAS, Maria do Carmo Silva. *Comentários das leis penais extravagantes*; V.1; T.1; Centro de Estudos Judiciários; Universidade Católica Editora: Lisboa, 2013.

(Disponível em:

<https://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documentos/UCEditora/Indices/CPLE%20vol.I%20IP.pdf>)

EIRA, Isadora Calazans; *Teoria do dolo e a sua subvenção em prol de um Direito Penal da vingança*; Rio de Janeiro; 2014.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*; 2ª ed.; Bushatsky Editor: São Paulo, 1977.

FREITAS, Lourenço Vilhena de Freitas. *Direito do Procedimento Administrativo e Formas de Actuação da Administração*; AAFD: Lisboa, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: Parte Geral*, 13. ed., Coleção sinopse jurídicas, v.7; Saraiva: São Paulo, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação*, 8ª ed.; Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

GOMES, Carla Amado. “A organização Administrativa portuguesa no seu labirinto: tópicos introdutórios”, in *Organização Administrativa: novos actores, novos modelos*, v.1; AAFDL Editora: Lisboa, 2018, pp. 221-361.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no Direito Penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal d70 do Supremo Tribunal Federal brasileiro - “Caso Mensalão”, 2015, pp. 386-396. (Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015\\_7-8\\_937.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf))

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, 13ª ed.; Impetus: Rio de Janeiro, 2011.

JESUS, Damásio E. de; *Direito Penal: Parte Especial*; Saraiva: São Paulo, 2010.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: Parte Geral*, 33ª ed.; Saraiva: São Paulo, 2012.

LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa Correias. *O recebimento indevido de vantagem – Análise substantiva e perspectiva processual*, in Revista do Ministério Público; Centro de Estudos Judiciários: Coimbra, 2011.

LEVY, Maria Leonor da Cunha e Sá de Quinhones. *A doutrina da comparticipação nos crimes específicos aplicada ao crime de participação económica em negócio*; Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, 2015.  
(Disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20433/1/Tese%20-%20A%20doutrina%20da%20comparticipa%C3%A7%C3%A3o%20nos%20crimes%20espec%C3%ADficos%20aplicada%20ao%20crime%20de%20participa%C3%A7%C3%A3o%20econ%C3%B3mica%20em%20neg%C3%B3cio.pdf>)

MEDICI, Sergio de Oliveira. *Apontamentos sobre o crime de peculato*; Justitia São Paulo: São Paulo, 1999.

MELO, Debora Thais. *Reflexões sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra Editora: Coimbra, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*; Parte Geral; v.1.; 27ª ed.; Atlas: São Paulo, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, Parte Especial, Vol. II, 31ª Ed.; Atlas: São Paulo, 2011.

MONTEIRO, Henrique Salinas. *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*; Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, 1999.

NERYS, Edvaldo Dias; OLIVEIRA, Cesar Gratão de. *Crimes contra a Administração Pública: corrupção Passiva e Ativa*; v. 1, n. 1; Revista raízes no direito: Anápolis, 2016.

NOGUEIRA, Gisela C. Melo. “O crime de peculato. Enquadramento jurídico, prático e gestão do inquérito”; *Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal; Centro de Estudos Judiciários*; 30º Curso; V.II; T.II; 2017. (Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb\\_30CursoMP\\_Tomoll.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_30CursoMP_Tomoll.pdf))

NUNES, Inês Isabel Lopes. “O Novo Regime Punitivo da Corrupção”. Universidade Católica Portuguesa: Coimbra, 2012. (Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8945/1/Tese%20de%20Mestrado%20-%20Novo%20regime%20punitivo%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o.pdf>)

PATRICIO, Rui Filipe Serra Serrão. *O dolo enquanto elemento do tipo penal: Questão de facto ou questão de Direito?*; Separata da Ordem dos Advogado: Lisboa, 1997, pp. 147-234.

PINTO, Frederico da Costa; “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos doutrinários. Problemas gerais*, Vol. I; Coimbra Editora: Coimbra, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*; 8ª. Ed; Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.

REIS, Tânia Andreia Sá. *Da culpa e inimputabilidade penal a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica*; Universidade Autónoma de Lisboa: Lisboa, 2016.

RIBEIRO, Daniel Henrique da Silva. *Corrupção de Agentes Públicos e a sua prevenção na intercepção de três categorias criminológicas: crime de colarinho*

*branco, criminalidade organizada e o “crime sem vítimas”*; repositório da Universidade Lusíada: Lisboa, 2017.

ROXIN, Claus. *Autoria mediata através de domínio da organização*, tradução de João Curado Neves Lusiada. Direito. Lisboa, nY 3 (2005), pp. 41-54. (disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717/800>).

ROXIN, Claus. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, *Revista Penal*, n.º 18, 2006, pp. 242-248. (disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2016943>).

ROXIN, Claus. *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, *InDret, Revista para Análises del Derecho*, 2012.

ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. The domain by organization as a mediate independent authorship. *Revista Acadêmica de Direito. Law E-journal. Panóptica*. 2006. Trad. Pablo Rodrigo Aflen, p. 69-94.

ROXIN, Claus; *Strafttaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*. GA, 1963, p. 192-217.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*; Editora Revan: Rio de Janeiro, 2002.

SILVA, Germano Marques; *Direito Penal Português, Parte Geral, II* (Teoria do crime); Verbo: Lisboa, 1998.

SOUSA, Susana Aires. *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o art. 28º do Código Penal português*; *Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim*; ano 22; 107; Março-Abril, 2015; pp. 78-100.

SOUSA, Susana Aires de. “A responsabilidade criminal do dirigente: Algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial”.

Publicado no: *Estudos em homenagem ao Senhor Prof. Doutor Jorge de Figueredo Dias*. Studia Iuridica, Volume II, 2009, pp. 1005-1037.

SOUSA, Susana Aires. *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*; Almedina: Lisboa, 2019.

TAVARES, Juarez. *Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo*; Revista da Faculdade de Direito do Paraná: Curitiba, pp. 107-119. (Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7199/5150>)

TEIXEIRA, Adriano; GRECO, Luís; ASSIS, Augusto; e LEITE, Alaor. *Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro*; Marcial Pons: São Paulo, 2014.

TORRÃO, Fernando. *“Societas delinquere potest”? Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*; Almedina: Coimbra, 2010.

UCHOA, Larissa Gomes; *O Supremo Tribunal Federal e a Teoria do Domínio do Fato*; Publicado em 06/2016. (Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49207/o-supremo-tribunal-federal-e-a-teoria-do-dominio-do-fato>)

VALDÁGUA, Maria da Conceição. "Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato?", in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*; Coimbra Editora: Coimbra, 2003, p.p. 650 e ss.

VALDÁGUA, Maria da Conceição. "Figura central, aliciamento e autoria imediata", in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume 1; Coimbra Editora: Coimbra, 2001, pp. 933 e segs.

VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Início da tentativa do co-autor. Contributo para a teoria da imputação do facto na co-autoria*; Lex Edições Jurídicas: Lisboa, 1993.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*; Trad. Luiz Regis Prado; 4ª Ed.; Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

## LEGISLAÇÃO

ALEMANHA, Código Penal. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p0165](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0165)

BRASIL, *Código Penal*. Lei nº 2.848 de 7/12/1940.

BRASIL, *Constituição Federal* de 1988.

BRASIL, *Decreto nº 5.687*, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

BRASIL, *Lei nº 7.209* de 11/07/1984, pesquisado em 14/11/2019; art. 29 ao art. 31; disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm)

ONU; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia- Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003.

PORTUGAL, *Código Penal*. DL nº 48/95 de 15 de Março.

PORTUGAL, *Constituição da República*, de 1976.

PORTUGAL, *Decreto-Lei nº 133/2013* de 03 de Outubro.

PORTUGAL, Lei Orgânica nº 1-A/2009 – Diário da República nº 129/2009, 1º Suplemento, Série I de 2009-07-07.

PORTUGAL, Publicação do Diário da República; 1ª série; nº 183 de 21/09/2007. Consultado em 09/11/2019. (Disponível em:

<https://dre.pt/application/file/a/642170>).

## **JURISPRUDÊNCIA**

BRASIL, *Justiça Federal do Paraná*; 13ª Vara Criminal de Curitiba; Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR; Juiz Sergio Moro, julgado em: 12/07/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal; *Ação Direta de Constitucionalidade nº43, 44 e 54*; Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/11/2019

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno; *Ação Penal 470 (Ap. 470)*, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2012. (disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br))

BRASIL, Tribunal de Justiça de Alagoas; *Apelação Criminal nº 1999.001465-7*; Relator: Desembargador José Fernando Lima Souza, julgado em 24/04/2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *Apelação Criminal nº 20000610044842*; Relator: Desembargador Ana Maria Duarte Amarante, julgado em 29/11/2001.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação Criminal nº 20020110414487*; Relator: Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, julgado em 30/10/2006.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70023352933*; Relator: Desembargador José Eugênio Tadesco, julgado em 11/09/2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Rondônia. *Apelação Criminal nº 100.501.2004.010245-4*; Relator: Desembargadora Sandra Maria Nascimento de Souza, julgado em 19/01/2006.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Criminal nº 2000.39.00.015037-9*; Relator: Desembargador Tourinho Neto, julgado em 03/07/2007.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª região. *Apelação Criminal nº 2006.70.00.001072-1*; Relator: Desembargador Luiz Carlos Canalli, julgado em 29/05/2012.

BRASIL, Tribunal Regional da 4ª Região. *Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*; Relator: João Pedro Gebran Neto, julgado em 26/01/2018.

PORTUGAL, Acórdão do Tribunal Colectivo da Comarca de Aveiro. *Processo n.º 362/08.1JAAVR*, julgadores: Raul Cordeiro, Liliana Carvalho e Raquel Ferreira Neves, julgado em 05/09/2014.

PORTUGAL, Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, *Processo n.º 15/14.1PEPRT.P1*, relatora: Maria Manuela Paupério, julgado em 08/07/2015.

PORTUGAL, Tribunal de Justiça. *Fixação de jurisprudência nº 11*, julgado em 18 de junho de 2009. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/492722/details/maximized>.