

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO – DIURNO**

Camila Silvestrini Paim

**A TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA
PUNIBILIDADE: UM PARALELO ENTRE O CASO MENSALÃO E A OPERAÇÃO
LAVA JATO**

Florianópolis

2022

Camila Silvestrini Paim

**A TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA
PUNIBILIDADE: UM PARALELO ENTRE O CASO MENSALÃO E A OPERAÇÃO
LAVA JATO**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Macedo de Souza
Coorientador: Prof. Me. Luiz Eduardo Dias Cardoso

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Paim, Camila Silvestrini

A teoria do domínio da organização como fundamento da punibilidade: : um paralelo entre o Caso Mensalão e a Operação Lava Jato / Camila Silvestrini Paim ; orientador, Cláudio Macedo de Souza, coorientador, Luiz Eduardo Dias Cardoso, 2022.

68 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Teoria do domínio da organização. 3. Lava Jato. 4. Mensalão. I. Souza, Cláudio Macedo de. II. Cardoso, Luiz Eduardo Dias. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito.

*“Sono un eroe, perché lotto tutte le ore
[...] Sono un eroe, perché sopravvivo al mestiere
Sono un eroe, straordinario tutte le sere
Sono un eroe e te lo faccio vedere
Ti mostrerò cosa so fare col mio super potere.”*

(Caparezza)

RESUMO

O caso Mensalão e a Lava Jato representaram *leading cases* icônicos para o estudo da aplicação de teorias provenientes da dogmática penal, nacional ou estrangeira, antes restritas ao campo hipotético da Academia. O presente estudo objetiva analisar a forma e as razões pelas quais uma dentre essas teorias – a do domínio da organização- foi empregada em condenações criminais decorrentes destes casos. Para tanto, este estudo orbita em torno do seguinte questionamento: pode-se dizer que a teoria do domínio da organização, quando invocada, foi utilizada nos moldes e termos delimitados por seu precípua idealizador, Claus Roxin? Supôs-se que a teoria do domínio da organização foi utilizada de forma deturpada tanto no Caso Mensalão, quanto na Operação Lava Jato, tendo em vista a aparente inobservância dos requisitos da fungibilidade dos executores imediatos e da dissociação do aparato de poder da ordem jurídica vigente, enquanto pressupostos essenciais para o emprego do marco teórico. Com esta finalidade em vista, utilizou-se o método indutivo, partindo-se da análise da individual e comparativa dos julgados para alcançar uma conclusão dotada de maior abrangência, capaz de abarcar casos análogos. Em decorrência da inobservância dos pressupostos de incidência da teoria do domínio da organização, chegou-se à conclusão de que, em ambas as ações penais, o constructo teórico foi instrumentalizado para conferir ares de cientificismo a uma convicção íntima dos julgadores, consubstanciada na certeza quanto à culpabilidade dos acusados.

Palavras-chave: teoria do domínio da organização. Claus Roxin. Caso Mensalão. Lava Jato.

RIASSUNTO

Il caso Mensalão e Lava Jato hanno rappresentato *leading cases* iconici per lo studio dell'applicazione di teorie derivate dalla dogmatica criminale nazionale e straniera, prima ristretta al campo ipotetico dell'Accademia. Il presente studio si presta ad analizzare la forma e le ragioni per cui una di queste teorie – quella del dominio dell'organizzazione – è stata utilizzata nelle condanne penali derivanti da questi casi. Pertanto, questo studio ruota attorno alla seguente domanda: si può dire che la teoria del dominio dell'organizzazione, quando invocata, è stata utilizzata nei termini definiti dal suo principale creatore, Claus Roxin? Si presume che la teoria del dominio dell'organizzazione sia stata utilizzata in modo distorto nel caso Mensalão che nel Lava Jato, vista l'apparente inesistenza di conformità con i requisiti di fungibilità degli esecutori immediati e la dissociazione dell'apparato di potere dall'ordinamento giuridico, come presupposti essenziali per l'uso del quadro teorico. In quest'ottica, è stato utilizzato il metodo induttivo, partendo dall'analisi delle singole decisioni, per poi compararle alla teoria, per giungere ad una conclusione di maggiore portata, in grado di inglobare casi simili. In conseguenza della non osservanza dei presupposti di incidenza della teoria del dominio dell'organizzazione, si è concluso che, in entrambi gli atti criminali, il costrutto teorico è stato strumentalizzato per conferire un'aria di scientismo a un'intima conclusione dei giudici, convinti della colpevolezza degli imputati.

Parole chiavi: teoria del dominio dell'organizzazione. Claus Roxin. Caso Mensalão. Lava Jato.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NA LEI E NA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA	10
2.1	Conceituações de autoria e participação na dogmática penal brasileira	10
2.2	Teorias sobre a autoria: unitária, restritiva e unitária temperada	12
2.2	A dificuldade de delimitação da autoria em crimes empresariais	16
3	TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO	20
3.1	Teoria do domínio do fato segundo Claus Roxin	20
3.2	A autoria a partir do domínio da organização	22
3.2.1	Poder de mando do “homem de trás”	24
3.2.2	Desvinculação do aparato de poder da ordem jurídica vigente	25
3.3.3	Fungibilidade dos executores imediatos	27
4	ANÁLISE COMPARATIVA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO NO CASO MENSALÃO E NA LAVA JATO	30
4.1	Contexto fático do Caso Mensalão e da Operação Lava Jato	30
4.2	Análise objetiva do emprego do domínio da organização	34
4.3	Análise crítica da aplicação do domínio do fato e do domínio da organização	46
5	CONCLUSÃO	60
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia aborda o emprego da teoria do domínio da organização por parte do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do Caso Mensalão, e pelo Tribunal Federal da 4ª Região, no julgamento de uma das ações penais derivadas da Operação Lava Jato.

Almejou-se descobrir, através desta pesquisa, a resposta ao seguinte questionamento: a teoria do domínio da organização teve seus pressupostos de aplicação devidamente observados ou, ao contrário, foi utilizada com outra finalidade que não a idealizada por Claus Roxin, precípuo elaborador da teoria?

A pressuposição norteadora deste estudo foi o pressagio de que o referencial teórico havia sido utilizado de forma deturpada nas duas ações penais supramencionadas, em virtude da inobservância dos requisitos da fungibilidade dos executores imediatos e da dissociação do aparato de poder da ordem jurídica vigente, enquanto pressupostos de emprego da teoria.

Com efeito, na fundamentação das decisões judiciais, comumente, constructos teóricos são evocados a fim de dar amparo às conclusões dos julgadores, dotando-as de uma base dogmática apta a legitimá-las. Por conseguinte, surge a dúvida quanto à precisão com a qual as teorias são aplicadas, ou seja, se seus requisitos de incidência são respeitados, ou se seu emprego se dá de maneira incorreta, deturpando-se a elaboração teórica para fins diversos daqueles a qual se presta.

Os equívocos cometidos na interpretação e uso de teorias extraídas das ciências criminais – tal qual a teoria do domínio da organização - para apreciação de ações envolvendo crimes econômicos – dentre os quais se destaca a corrupção e a lavagem de dinheiro, delitos proeminentes no caso Mensalão e na Lava Jato – podem desaguar em falhas que, para além da patente imprecisão teórica, implicam em indesejável precedente a servir de base para o julgamento de casos análogos, fomentando sua perpetuação e expansão e, portanto, merecendo detida análise e diagnóstico.

Com esse propósito em vista, utilizou-se o método indutivo, partindo-se da análise dos referidos julgados com o fim último de delinear uma conclusão mais ampla, capaz de englobar casos análogos.

No primeiro capítulo, realizou-se uma breve abordagem das conceituações de autoria e participação na dogmática penal brasileira e das teorias a elas relacionadas, por intermédio de um amplo exame bibliográfico. A análise das diferentes correntes dogmáticas relacionadas à autoria e à participação, o conhecimento acerca de qual, dentre elas, é adotada no Brasil, assim como a delimitação de tais conceitos foram de suma importância, tendo em conta que a

teoria do domínio da organização surgiu com o intuito de permitir tecer uma diferenciação entre esses dois institutos.

No segundo capítulo, foram empregados os livros e artigos de autoria de Claus Roxin relacionados à teoria do domínio do fato e do domínio da organização, com complementação advinda da bibliografia produzida sobre o tema, de lavra de outros estudiosos. Inicialmente, fora indispensável delimitar, de forma precisa, o campo de aplicação de ambas as teorias, com o fim de averiguar quando e de qual forma pode se deu sua utilização. Outrossim, se impôs a verificação do objetivo que se pretendeu com seu uso e os requisitos de sua incidência, observados os termos e limites estabelecidos por Claus Roxin. Esta postura se fez necessária para tornar possível, posteriormente, a elaboração de um paralelo entre a elaboração teórica do jurista o emprego fático das teorias por parte do Poder Judiciário brasileiro.

Por fim, no último capítulo, foi utilizada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal n. 470 e o acórdão prolatado pelo Tribunal Federal da 4ª Região no julgamento da Apelação Criminal n. 5036528-23.2015.4.04.7000/PR, bem como a bibliografia existente acerca da temática e matérias jornalísticas envolvendo o Caso Mensalão e a Lava Jato. A análise fática destes casos se propôs a demonstrar seus pontos de confluência. Estas similaridades permearam as ações penais decorrentes, refletindo na postura endossada pelas Cortes brasileiras nas decisões judiciais supracitadas, nas quais se observou a utilização da teoria do domínio do fato e do domínio da organização. O exame crítico do emprego dos referenciais teóricos concretizou-se por intermédio de um paralelo entre a teoria e a prática forense, aferindo-se se os requisitos de aplicação do domínio da organização foram observados.

2 AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NA LEI E NA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA

Esta monografia que se oferece à leitura está dividida em três capítulos. No primeiro deve-se, antes de adentrar propriamente na temática da teoria do domínio da organização e na sua aplicação a casos concretos, traçar uma breve explicação acerca do conceito de autoria no Direito Penal brasileiro.

Tal esclarecimento é necessário haja vista que a teoria do domínio do fato e, conseqüentemente, a teoria do domínio da organização – como um de seus desdobramentos – surgiu com o objetivo precípua de determinar quem poderia ser considerado autor ou partícipe de um delito, diferenciação essencial no direito penal alemão - destinatário da elaboração teórica de Claus Roxin.

2.1 Conceituações de autoria e participação na dogmática penal brasileira

A autoria e a participação podem ser classificadas como “categorias gerais que abrangem todas as modalidades de contribuições pessoais para o fato criminoso” (SANTOS, 2012, p. 341). Com efeito, um delito pode ser cometido por uma única pessoa ou por dois ou mais indivíduos. Quando o crime é obra da atuação de mais de um agente, pode-se falar em concurso de agentes, participação ou coautoria.

O fato punível pode ser obra de um só ou de vários agentes. Seja para assegurar a realização do crime, para garantir-lhe a impunidade, ou simplesmente porque interessa a mais de um o seu cometimento, reúnem-se os consórcios, repartindo entre si as tarefas em que se pode dividir a empresa (sic) criminosa, ou, então, um coopera apenas na obra de outro, sem acôrdo (sic) embora, mas com a consciência dessa cooperação. Fala-se, então, em concurso de agentes, participação ou co-delinquência (BRUNO, 1962, p. 257).

A maior parte dos tipos penais previstos na legislação brasileira abarca a prática levada a cabo por mais de um agente, ou seja, os crimes unissubjetivos ou de concurso eventual, comportando o concurso de agentes na forma de coautoria ou participação¹.

Há, igualmente, delitos que exigem, para sua configuração, a presença de dois ou mais sujeitos ativos, os chamados crimes plurissubjetivos ou de concurso necessário, tais quais o delito de associação criminosa (art. 288 do CP) e o motim de presos (art. 354 do CP).

Segundo Jescheck, autor é quem realiza a integralidade dos elementos do tipo penal:

¹ TJDFT. Concurso de pessoas. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/concurso-de-pessoas/introducao>. Acesso em 20 fev. 2022.

Un “autor” -en el sentido estricto y técnico en que lo emplea nuestro derecho penal- es un individuo a quien la tipificación legal de un tipo de delito y la medida penal señalada le remiten inmediatamente; aquel individuo, por lo tanto, cuya acción u omisión puede ser inmediatamente incluida en la definición de referencia (2002, p. 692)².

Machado (2013, p. 17) adverte que “a definição e a demarcação da distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas depende substancialmente [...] da teoria da autoria acolhida”.

Para fins do presente estudo, se adotará a teoria do domínio do fato, a partir da qual se pensarão as modalidades de autoria e participação. Para este referencial teórico, o autor é aquele que detém o domínio do fato.

Explica-se: a autoria pode se manifestar de três formas: autoria direta ou imediata, autoria indireta ou mediata e coautoria. Juarez Cirino dos Santos sintetiza estas diferentes modalidades nos seguintes termos:

[...] a autoria do tipo de injusto pode ser individual, se o autor realiza pessoalmente todas as características do tipo legal; pode ser mediata, se o autor realiza o tipo de injusto utilizando outra pessoa como instrumento; pode ser coletiva (ou coautoria), se vários autores realizam em comum o tipo de injusto (2012, p. 343).

Assim, a autoria direta representa a modalidade mais comum de autoria e se dá quando o agente diretamente, de forma dolosa, agindo sozinho, executa a conduta descrita no tipo penal. Nas palavras de Jakobs (1998, p.744) “o autor é sempre aquele que comete o ato por si mesmo, ou seja, aquele que executa a ação fática de próprio punho, intencionalmente e sem erro, e apresenta as necessárias qualificações de autor, objetivas e subjetivas, próprias do crime”.

Na autoria mediata, ao contrário, o autor - chamado de “homem de trás” - porquanto não executa diretamente o núcleo do tipo penal - se vale de um terceiro, manipulado como um instrumento, para concretizar o seu intento. Em suma:

La autoría mediata se caracteriza por la comisión del delito mediante la instrumentalización de otra persona. Si bien, en general, esta instrumentalización va acompañada de la falta de responsabilidad por parte del ejecutor, en muchos casos esto no ocurre. En esta constelación de supuestos, el verdadero autor del acto no es quien lo ejecuta, quien actúa siempre bajo alguna eximente o causa de exclusión de la responsabilidad penal, sino quien se vale de ese sujeto (instrumento) para cometer el delito propuesto a través de a él (ABOSO, 2012, p. 7)³.

² Tradução: Chama-se “autor” - no sentido estrito e técnico em que o nosso direito penal o utiliza – aquele indivíduo a quem a definição legal de um tipo de crime e a medida penal indicada a ele se referem imediatamente; aquele indivíduo, portanto, cuja ação ou omissão pode ser imediatamente incluída na definição de referência (JESCHECK, 2002, p.692, tradução nossa).

³ Tradução: A autoria mediata caracteriza-se pelo cometimento do crime por meio da instrumentalização de outra pessoa. Embora, em geral, essa instrumentalização seja acompanhada pela ausência de responsabilidade do

A coautoria, com base na teoria do domínio do fato, ocorre quando mais de um agente, guiados por uma vontade comum, realizam conjuntamente um delito. Há uma cooperação entre os autores, assim como uma divisão de tarefas destinada à concretização do ilícito intentado. Johannes Wessels a descreve como a prática comunitária do crime (TAVARES apud WESSELS, 1976).

Ao se turno, o partícipe, segundo a definição de Damásio de Jesus (2011, p. 453) “é quem efetiva um comportamento que não se ajusta ao verbo do tipo e não tem poder de decisão sobre a execução ou consumação do crime”. O jurista esclarece, ainda, que na participação, o agente não comete o comportamento positivo ou negativo descrito pelo preceito primário da norma penal incriminadora, mas concorre de alguma maneira, para a realização do delito (Id, 1991, p. 335).

Von Liszt (1999, p. 87) acrescenta que o partícipe toma parte no ato de execução iniciado ou terminado por outrem. Assim, ocupa um papel secundário na consecução do crime, contudo significativo para sua consumação. Não obstante, a atitude do partícipe deve ter relevância para a concretização do delito, indo além do mero conhecimento dos atos comissivos ou omissivos levados a cabo pelo autor, atuando de tal forma que seu comportamento contribua para a realização da conduta típica. Logo, para ser considerado partícipe, o agente deve aliar a intenção à ação, ainda que apenas por meio de incentivo, contribuindo para a conduta típica (JESUS, 2011, p. 462/463).

Por último, quanto às modalidades de participação, Luiz Regis Prado (2015, p. 402) as subdivide em instigação e cumplicidade (técnica ou física e intelectual ou psíquica). A instigação se daria quando o agente já pretende realizar determinada conduta ilícita e é incentivado pelo partícipe, que o instiga a concretizar seu intento. A cumplicidade, ao contrário, representa um auxílio material e efetivo do partícipe, a fim de que autor logre êxito na efetivação do delito.

2.2 Teorias sobre a autoria: unitária, restritiva e unitária temperada

Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 344) assevera que a teoria unitária de autor é a mais antiga concepção sobre a relação entre agente e fato delituoso, tendo em vista que atribui a

executor, em muitos casos isso não ocorre. Nessa constelação de pressupostos, o verdadeiro autor do ato não é aquele que o executa, que sempre age sob alguma defesa ou causa de exclusão da responsabilidade criminal, mas sim aquele que se utiliza desse sujeito (instrumento) para cometer o crime proposto por meio dele (ABOSO, 2012, p. 7, tradução nossa).

qualidade de autor a todo aquele que fornece uma contribuição causal para a realização do tipo injusto. Em virtude de tal entendimento, “a teoria unitária de autor não distingue autores e partícipes: as diferenças objetivas e subjetivas de contribuição dos autores não são matéria do tipo de injusto, mas problema da aplicação da pena, como medida da culpabilidade individual”, conclui o autor (Ibid., p. 344).

Nesse mesmo diapasão, Luiz Regis Prado (2015, p. 402) define que, segundo a teoria unitária, pode-se designar como autor todo aquele que intervém causalmente para um fato, representando condição ou causa de seu resultado.

O art. 29 do Código Penal brasileiro se propõe a delimitar que tipo de sujeito pode ser considerado autor de um delito, prevendo, em seu caput, que quem, de qualquer modo, concorre para um crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. No entendimento da doutrina tradicional, esse dispositivo representa a adoção legislativa de um sistema unitário e um conceito extensivo de autor (GRECO; ASSIS, 2014, p. 85).

Tratar-se ia de um sistema unitário porquanto qualquer um que concorre para o delito é seu autor, inexistindo, aparentemente, diferenciação entre a figura do autor e do partícipe. Concorrer para o crime significa nos termos do art. 13 do CP, integrar sua causação, o que se dá por intermédio de uma ação ou omissão sem a qual o resultado não viria a se concretizar nos moldes nos quais ocorreu.

Luís Greco e Alaor Leite afirmam que o referido dispositivo:

[...] insinua uma interpretação segundo a qual todo aquele que concorre para o crime – quem efetuou o disparo, quem convenceu esse primeiro a que cometesse o delito, quem emprestou a arma – é simplesmente autor do homicídio. Haveria mesmo autores de maior ou menor importância (cf. art. 29, § 1.º, do CP), mas todos os concorrentes seriam autores (2014, p. 22).

Segundo os juristas, não há que se falar em diferenciação entre autor e partícipe, mas tão somente uma discriminação entre autores de maior ou menor importância.

Nesse diapasão, Luiz Regis Prado (2019, p. 494) sustenta que o Código Penal adota a teoria unitária “ainda que de forma matizada ou temperada, visto que estabelece certos graus de participação e um verdadeiro reforço do princípio constitucional da individualização da pena (na medida de sua culpabilidade)”. Conclui o autor que as espécies de participação previstas no Código seriam, em realidade, causas de restrição da pena, pois excluiriam do conceito de autor a indução, a instigação e a cumplicidade (Ibid., p. 496).

A despeito de a doutrina majoritária considerar que o art. 29 do Código Penal endossa o sistema unitário de autor, tal leitura do dispositivo legal está longe de ser inquestionável. O

eminente jurista Zaffaroni (2011, p. 574), em seu Manual de Direito Penal Brasileiro, leciona que “não se pode entender que, para o Código, todos os que concorrem para o crime sejam autores, e sim, que todos os que concorrem têm, em princípio, a mesma pena estabelecida para o autor [...] O autor critica fortemente o que denomina de “simplista teoria do autor único”, tendo em conta que a ausência de diferenciação entre autor e partícipe violaria os princípios básicos do Direito Penal.

Nesse mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt explica que, de fato, o ordenamento jurídico pátrio aderiu à teoria monística – também entendida como conceito extensivo de autor, como supramencionado – segundo a qual todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime. Todavia, no que tange:

[...] à valoração das condutas daqueles que nele participam, adotou um sistema diferenciador distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada participante, na medida da culpabilidade [...]” (2020, p. 1224).

René Ariel Dotti (1988, p. 98) pontua que a referência ao grau de culpabilidade do agente ao fim do art. 29 do CP constitui uma verdadeira ‘cláusula salvatória’ contra os excessos a que poderia levar uma interpretação literal e radicalizante, razão pela qual, segundo João Mestieri (1990, p. 253) se adotou no Brasil, em verdade, “uma teoria unitária temperada”.

Quanto à causalidade, adota-se a teoria da equivalência dos antecedentes causais de Von Buri, segundo a qual todos os fatos que antecedem o resultado se equivalem, desde que indispensáveis à sua ocorrência. Patente que a referida teoria tende a um regresso infinito, falha esta que é corrigida por meio da análise da presença, ou não, do elemento subjetivo, qual seja o dolo ou a culpa daquele que prestou sua contribuição causal para o resultado. Em não havendo dolo ou culpa na conduta do agente, não lhe se pode imputar a prática do ilícito, em virtude da vedação expressa contida nos arts. 18 e 19 do Código Penal.

O sistema unitário de autor se funda na teoria da equivalência das condições, de tal forma que sob o prisma naturalístico da causalidade não se distingue a autoria da participação, já que aquele que contribui com alguma causa para o resultado é considerado autor (BITENCOURT, 2020, p. 1233).

Contudo, a presença da causalidade física, naturalista, pode não ser suficiente para a caracterização da causalidade normativa. O elo entre a conduta humana e o evento deve ser valorado, ou seja, aferido conjuntamente com o elemento subjetivo do agente (SILVA, 2003, p. 171). Soler (1970, p. 240) conclui categoricamente que “participar não quer dizer só

produzir, mas produzir típica, antijurídica e culpavelmente” um resultado vedado pela ordem jurídica.

Segundo Roxin (2000), o referencial teórico padece de falhas que estão provocando seu abandono progressivo, mesmo naquelas legislações - como a brasileira - que, por inércia ou comodismo, ainda a adotam.

O conceito restritivo de autor constitui a primeira tentativa de estabelecer uma diferenciação entre autor e partícipe, a fim de superar o sistema unitário de autoria. O mérito precípua da formulação reside, na visão de Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 356), na estipulação de uma distinção entre autor e partícipe na produção do fato típico.

Com fulcro no conceito restritivo de autor, nem todos aqueles que intervêm de algum modo em determinada prática ilícita podem se considerados seus autores, porquanto se poderia eleger como autor apenas aquele que realiza a conduta típica descrita na lei, isto é, que executa o verbo núcleo do tipo (BITENCOURT, 2020, p. 311). Nas palavras de Puig (1985, p. 311) "a causação não é igual à realização do delito". Bitencourt (ibid., p. 1236) ainda frisa que o conceito restritivo de autor necessita ser complementado por uma teoria da participação.

Referida inteligência encontra guarida nos dois parágrafos do art. 29 e no art. 31 do Código Penal, que versam sobre a participação, balizando-se a pena de acordo com a relevância da contribuição para a causação do resultado e o grau de culpabilidade de cada participante, respeitado, conseqüentemente, o princípio da pessoalidade e da individualização da sanção.

Contudo, GRECO et. al., ao abordarem a diferença entre autoria e participação, esclarecem que se trata de um problema de tipo, não uma circunstância a servir de fundamento para a fixação do quantum de pena adequado:

A distinção entre autoria e participação é um problema de tipo; ela não pode ser vista, portanto, como um conjunto de regras de aplicação da pena. Não faz mal repetir que não é o merecimento de uma maior e menor pena que determina se o sujeito é autor ou partícipe.. Relegar a aplicação dos conceitos de autor e partícipe ao momento de medição da pena faz com que essa distinção perca seus contornos, fique em boa parte entregue à discricionariedade do juiz; significa dissolver uma distinção que, em última análise, diz respeito aos limites entre uma conduta que realiza o tipo e outra que não o faz [...] (2014, p. 72).

Para Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 347), entretanto, o conceito possui um defeito relevante: não fornece qualquer explicação para as hipóteses de autoria mediata, limitando-se a tratar da autoria direta.

A despeito das discordâncias doutrinárias brevemente expostas acima, a Exposição de Motivos do atual Código Penal, no item n. 25, parece pôr fim à controvérsia, declarando

explicitamente a adoção, pelo diploma legal, do sistema unitário de autoria. Logo após efetuar tal afirmativa, todavia, incorre em uma aparente contradição, visto sustentar a existência de uma clara distinção entre autoria e participação, contida nos dois parágrafos do art. 29 do CP:

O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Em completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos critérios dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria de participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas (BRASIL, 1940).

Percebe-se, de forma patente, a existência de uma contradição, percepção que se torna ainda mais clara ao se observar a definição de sistema unitário ou monista conferida por Prado (2019, p. 495), segundo o qual autor é todo aquele que contribui de modo causal para a realização do fato punível, inexistindo diferenciação entre autor e partícipe.

Não obstante, para Feliciano (2006, p. 132) o Código Penal reconheceu, “a despeito da pluralidade de condutas, um único delito, sem prejuízo do caráter acessório da participação, que acede à conduta principal (autoria)”.

Assim, dispensa-se um maior aprofundamento no ponto, aquiescendo-se com a Exposição de Motivos do Código Penal, razão por que se admitirá que o ordenamento jurídico nacional diferencia autor de partícipe ao endossar, nas palavras de Mestieri (1990, p. 253) uma teoria unitária temperada.

2.3 A dificuldade de delimitação da autoria em crimes empresariais

As teorias clássicas de autoria remontam a um período histórico marcado pela criminalidade individual, ou, quando muito, por delitos cometidos por um grupo delimitado e restrito de agentes. A teoria do delito foi desenvolvida tendo por base um sujeito que, por intermédio de uma ação, provoca um resultado típico, ilícito e culpável (TAVARES, 2020, p. 117).

Heloisa Estellita, quanto à faceta tradicional da imputação penal, pontua:

“A estrutura normativa da responsabilidade penal tem por referência um indivíduo que pratica um comportamento proibido por uma norma penal e cuja prática poderia evitar. Portanto, um agente individual, autorresponsável, que executa diretamente o comportamento proibido, estando na posse das informações sobre os elementos da figura típica e que tem, portanto, conhecimento dos riscos por ele criados” (2017, p. 37).

Todavia, com o advento da globalização e a expansão desenfreada de grandes conglomerados empresariais - por vezes palco de delitos econômicos e ambientais de alta

complexidade - novas problemáticas foram se impondo à dogmática penal clássica, como a delimitação da autoria em crimes cometidos por intermédio de pessoas jurídicas.

A criminalidade econômica, que permeia este estudo, diz respeito, precipuamente, às grandes empresas, visto que as violações por elas cometidas, comumente, atingem bens jurídicos e interesses externos à sociedade empresarial em questão, bem como aqueles próprios dos colaboradores da empresa (SCHUNEMANN, 1988, p. 530-531). Em suma, lesionam bens jurídicos protegidos em face de sua “relevância direta para o sistema econômico, cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar” (COSTA ANDRADE, 1985, p. 91- 92, apud, ALBERGARIA, p. 607).

Neste diapasão, o eminente jurista Francisco Muñoz Conde assevera:

Cada vez más, el derecho penal moderno tiene que ocuparse de conductas delictivas, principalmente de carácter económico, que normalmente se cometen en las grandes empresas. Hechos de este tipo han ocurrido y ocurrirán siempre, aunque con creciente profusión en un momento en que la globalización y el control de la economía están en manos de unas pocas multinacionales que dictan sus propias leyes [...] (2011, p. 113)⁴.

A grande quantidade de sujeitos que compõem, em regra, as organizações empresariais, assim como a maneira com a qual se estruturam referidas sociedades, elevam as dificuldades de responsabilização criminal, como aponta Albergaria:

“um grupo organizado de indivíduos, por vezes em grande número, cujas tarefas – agregadas por um fim econômico comum – são distribuídas, no sentido horizontal, em função de um princípio de divisão de trabalho e, num sentido vertical, em função de um princípio de hierarquia, levanta sérios problemas dogmáticos e prático-jurídicos, de prova, quando chega o momento de discernir, para efeitos de imputação, quem cometeu, no âmbito de tal organização, determinado ilícito típico” (1999, p. 611).

Esta profusão de sujeitos também é apontada por Heloísa Estellita (2017, p. 43) como “um dos aspectos da organização da atividade econômica em empresa que acarreta maiores dificuldades para um direito penal cujo paradigma é o da autoria direta dolosa individual”.

Segundo Bruno Moura (2011, p. 61) existem duas classes de criminalidade empresarial. A primeira se relaciona diretamente com o objeto desta pesquisa, por dizer respeito à “criminalidade desde a empresa” (Unternehmenskriminalität), que apresenta uma tendência centrífuga, visto englobar os delitos praticados no seio da organização que produzem efeitos externos, fora da empresa em questão. Complementa Moura (ibid., p. 61)

⁴ Tradução: Cada vez mais, o direito penal moderno tem de lidar com comportamentos criminosos, principalmente de natureza econômica, que normalmente são cometidos em grandes empresas. Eventos desse tipo ocorreram e sempre ocorrerão, embora com profusão crescente neste momento em que a globalização e o controle da economia estão nas mãos de poucas empresas multinacionais que ditam suas próprias leis (CONDE, 2011, p. 113, tradução nossa).

que, nestes casos, o problema fundamental jaz em estabelecer se o fato punível será atribuído diretamente à pessoa jurídica enquanto núcleo autônomo de imputação penal se a responsabilidade penal será distribuída entre os órgãos individuais da estrutura empresarial.

A segunda refere-se à “criminalidade na ou dentro da empresa” (Betriebskriminalität), caracterizada por sua tendência centrípeta, uma vez que concerne aos delitos executados no interior dos limites da organização e cujos efeitos são produzidos e mantidos no âmbito interno da empresa, em ofensa a bens jurídicos individuais de seus membros ou dela própria (ibid., p. 61).

Ao nos depararmos com um crime levado a cabo com a utilização do aparato organizacional de uma empresa, duas são as modalidades de imputação que se colocam imediatamente à disposição: de um lado, a atribuição da autoria delitiva à pessoa jurídica em questão, de outro a imputação do delito aos indivíduos que integram a organização empresarial, tais como sócios, diretores, administradores, funcionários, etc.

Na primeira hipótese, o primeiro problema que salta aos olhos é a ausência, no que tange às pessoas jurídicas, de um aparelho bio-psíquico equivalente ao das pessoas físicas, circunstância da qual decorre uma incapacidade de ação e de culpabilidade, bem como inviabiliza a satisfação da função preventiva da pena (ibid., p. 62).

Nesse mesmo sentido, Zaffaroni (2011, p. 359) destaca que não há capacidade de conduta na pessoa jurídica, nada obstante “[...] um dos caminhos pelos quais atualmente se nega ou pretende-se negar o princípio de que não há delito sem conduta é a pretensão de punir as pessoas jurídicas, particularmente as sociedades mercantis, sob o argumento político-penal do auge da delinquência econômica”.

Todavia, o jurista concluiu que “afirmar que a pessoa jurídica não pode ser autora de delitos não implica negar a possibilidade de punir seus diretores e administradores [...]” (ibid., p. 359).

No segundo caso, as objeções são ainda mais numerosas, seja no tocante à individualização das condutas ilícitas, seja em relação às provas. As sociedades empresárias são compostas pela união, hierarquicamente organizada, de pessoas associadas para o exercício de determinada atividade econômica. Organizações desta natureza são marcadas pela divisão de tarefas, com o fim de aperfeiçoar o processo de produção de bens ou o fornecimento de serviços; logo, trata-se de aparatos descentralizados de poder, em que incontáveis decisões são tomadas a todo instante, por uma pluralidade de agentes.

Desta feita, quando crimes são cometidos no interior - ou por intermédio - de uma empresa, e se opta por direcionar a responsabilização criminal para as pessoas físicas que a

integram, são visíveis as dificuldades para se lograr êxito na individualização dos agentes responsáveis, delimitar as condutas ilícitas que cada um deles perpetrrou, assim como para se atestar a materialidade e autoria delitivas.

Frente a possível - e altamente provável - ausência de um *standard* probatório mínimo os órgãos de persecução criminal se valem, com frequência, da tão criticada “denúncia genérica”, na qual há pouca ou nenhuma individualização dos comportamentos ilícitos levados a cabo na empresa, bem como de quais seriam os seus autores, em clara afronta à ampla defesa, contraditório e segurança jurídica. Neste diapasão:

[...] no âmbito do processo judicial a acusação formal se limita a apontar que o imputado ostenta certa qualidade dentro do quadro de profissionais da empresa (sócio, representante, diretor, administrador, etc.) sem descrever com mínima exatidão a específica contribuição do envolvido para a produção do output lesivo, remetendo a questão ao âmbito da instrução judicial, em nítida violação dos princípios constitucionais que orientam o devido processo legal (especialmente a ampla defesa e o contraditório) (MOURA, 2011, p. 62).

Consegue-se vislumbrar, de forma patente, seja no Mensalão, seja na Lava Jato, que os órgãos de persecução penal se ocuparam, pouco ou nada, da individualização dos delitos cometidos pelos diretores e administradores das organizações empresariais envolvidas nos vultosos esquemas de corrupção investigados. O que ocorreu, consoante se passará a analisar, foi uma ênfase exacerbada na posição hierárquica ocupada pelos réus, da qual decorreu uma verdadeira presunção de autoria, expressamente vedada na seara penal.

3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

Neste segundo capítulo, para que se possa averiguar a precisão com a qual a teoria do domínio da organização – enquanto subproduto da teoria do domínio do fato – foi empregada, é indispensável, preliminarmente, se abordará a criação da teoria, os requisitos de incidência e seu campo de aplicação. Esta breve análise se mostra necessária para possibilitar que, posteriormente, se trace um paralelo entre a elaboração teórica e sua utilização por parte do Poder Judiciário brasileiro.

3.1 Teoria do domínio do fato segundo Claus Roxin

Feitos os devidos esclarecimentos, cumpre analisar o instituto da autoria a partir da teoria do domínio do fato. Esta teoria, cuja criação é atribuída primordialmente ao jurista alemão Claus Roxin, surge como uma elaboração aprimorada em relação às suas predecessoras, visto se prestar a traçar, com maior precisão, a distinção entre autor e partícipe de um delito. Nas palavras de Kai Ambos (1998, p. 226), o referencial teórico de Roxin almejava, precipuamente, separar “o joio criminoso (crime organizado) do trigo limpo (empresa)”, objetivo este que não pode ser deixado de lado, considerado o emprego massivo do referencial teórico na seara da criminalidade empresarial.

A teoria se originou em 1939, de forma incipiente, por intermédio de Hans Welzel, que em sua obra “Estudos sobre o sistema do direito penal”, sustentou que o autor é aquele que detém o domínio final da execução da conduta descrita no tipo objetivo, enquanto o partícipe se presta apenas a fornecer o auxílio material ou moral para a realização do delito (aporte moral ou material em um fato alheio), concluindo, conseqüentemente, que o domínio do fato é conferido tão somente ao autor (GRACIANO, 2004, p. 19).

O marco teórico evoluiu, posteriormente, com a obra de Roxin, publicada em 1963, através da qual o autor traça os pressupostos e limites de sua aplicação. A teoria do domínio do fato é classificada, por alguns autores, como objetiva-subjetiva de base finalista (WELZEL, MAURACH). Nesse sentido, Renato Martins Machado (2013, p. 93) esclarece que, para esses juristas, “a possibilidade de dirigibilidade do curso causal da ação típica seria o componente objetivo e a vontade de dominar o acontecer típico seria o elemento subjetivo (ou simplesmente dolo)”.

Cezar Roberto Bitencourt conjuga de tal entendimento, esclarecendo que, para a teoria do domínio do fato o autor, em síntese, é aquele que detém o poder de decisão sobre a realização ou não do fato delituoso:

A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato (2020, p. 1239).

O autor, portanto, aparece, segundo a teoria, como a figura central do acontecer típico, “enquanto o partícipe é, da perspectiva do tipo penal, quem contribui para um fato típico em caráter meramente secundário, é a figura marginal, lateral do acontecer típico” (GRECO et al., 2014, p. 25).

Em sua obra, Claus Roxin esclarece as três formas por intermédio das quais pode se exercer o domínio do fato criminoso:

[...] Mediante a realização pessoal do fato (“domínio da ação” - *Handlungsherrschaft*), mediante a execução conjunta do fato (“domínio funcional do fato” - *funktionale Tatherrschaft*) e por via da realização do fato através de outro (“domínio da vontade” - *Willensherrschaft*). Essas três formas de domínio do fato correspondem respectivamente à autoria direta, à coautoria e à autoria mediata (2011, p. 2).

Para fins desta pesquisa, impõem-se um aprofundamento da teoria do domínio do fato por intermédio do domínio da vontade, que diz respeito à autoria mediata. Nesta modalidade de autoria, o autor mediato não executa direta e pessoalmente a ação típica, mas comete o delito através do controle da vontade de um terceiro que, por alguma razão, é reduzido a mero instrumento (ROXIN, 1963, p. 141). Este domínio é descrito pelo § 25 I do StGB, por meio da expressão “comete o fato por meio de outrem”.

Este domínio da vontade, consoante as lições de Roxin, pode se dar de três maneiras distintas.

Tem-se o domínio da vontade em virtude de coação, que ocorre quando o homem da frente (autor imediato) é coagido pelo homem de trás (autor mediato) ao cometimento do ilícito (FELICIANO, 2006, p. 138), excluindo-se da responsabilização penal, consequentemente, o executor direto dos atos típicos por ele praticados. Em síntese, “*der Bereich des Willens über den Inhaber des Handlungsbereichs liegt dem Bereich der Tatsache zugrunde*” (ROXIN, 2000, p. 167)⁵.

⁵ Tradução: o domínio da vontade sobre o titular do domínio da ação fundamenta o domínio do fato (ROXIN, 2000, p. 167, tradução nossa).

O domínio da vontade em virtude de erro, que se dá quando “o executor material age revestido das mais diversas formas de erro, que vão do clássico erro de tipo ao erro de proibição” (MACHADO, 2013, p. 144).

Por último, o domínio da vontade por intermédio de um aparato organizado de poder (Mittelbaren Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten), também chamado de domínio da organização, verifica-se quando o autor mediato se vale de uma organização verticalmente estruturada e apartada da ordem jurídica, emitindo uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática (GRECO, et al., 2014, p. 27).

Em suma, a teoria do domínio do fato:

“como toda teoria jurídica, direta ou indiretamente, o deve ser, é uma resposta a um problema concreto. O problema que a teoria se propõe a resolver [...] é o de distinguir entre autor e partícipe. Em geral, assim, não se trata de determinar se o agente será ou não punido, e sim se o será como autor, ou como mero partícipe” (GRECO; LEITE, 2014, p. 22).

Não se trata de um instrumento a serviço de uma política criminal expansionista, mas de um marco teórico com finalidade e limites estritos, além de um campo de aplicação bastante exíguo, dada suas especificidades.

Para fins do presente estudo, dar-se-á um enfoque maior a um dos desdobramentos da teoria do domínio do fato, qual seja o domínio do fato por intermédio de uma estrutura organizada de poder, também alcunhada de domínio da organização.

3.2 A autoria a partir do domínio da organização

O célebre Caso Eichmann serviu de paradigma para Roxin quando da formulação da teoria do domínio da organização, por ilustrar de que maneira se daria o domínio da vontade por intermédio de uma estrutura verticalizada de poder que, na ocasião, era representada pelo Estado nazista. Sob os auspícios do nacional-socialismo hitlerista, os agentes políticos e militares comandavam o extermínio de pessoas tidas como inferiores, exercendo o domínio da organização e dirigindo o curso dos fatos, em toda a sua extensão, sem praticar qualquer ato executório, o que lhes carregou a alcunha de “assassinos de escrivania” (FELICIANO, 2006, p. 135).

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), denominado Estatuto de Roma, reconhece expressamente a autoria mediata por intermédio da instrumentalização de um terceiro (autor imediato) integralmente responsável. O art. 25, n. 3, alínea “a”, do Estatuto preconiza:

Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem : a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável (BRASIL, 2002).

Um dos casos emblemáticos em que a teoria do domínio da organização foi expressamente empregada pelo TPI versou acerca dos crimes contra a humanidade perpetrados por Germain Katanga. A sentença “Katanga”, do ano de 2008, apoiou-se fortemente na tese de Roxin quanto à autoria mediata através de aparatos organizados de poder, com o objetivo de condenar o ex-rebelde congolês.

Três são os pressupostos indicados por Claus Roxin para a caracterização do domínio da organização, que serão abordados individualmente *a posteriori*:

(1) o agente deve exercer um “poder de comando” (Befehlsgewalt) no marco da organização, (2) a organização deve ter se desvinculado do Direito no âmbito de sua atividade penalmente relevante, e (3) os executores individuais devem ser substituíveis (fungíveis), de tal modo que, no caso de não se poder contar com um determinado executor, outro ocupe o seu lugar (2013, p. 2).

Em um segundo momento, ao atualizar a construção teórica, Roxin propôs um quarto pressuposto para a caracterização do domínio do fato através de um aparato de poder, qual seja a relevante disposição do executor para o cometimento do fato criminoso. De fato, o domínio exercido pelo autor mediato sobre o autor imediato enseja uma elevada propensão deste último ao cometimento do fato delituoso, nas palavras do jurista alemão, por três razões:

[...] em primeiro lugar, porque no âmbito da organização de poder a ordem exerce pressão no sentido de seu cumprimento; em segundo lugar, porque a desvinculação do sistema em relação ao direito faz com que o executor suponha que não há razão para temer consequências penais; e, em terceiro lugar, porquanto a fungibilidade do executor induz à ideia de que o fato não depende da sua conduta, uma vez que, mesmo sem ele, outro de todo modo o realizaria.. (ROXIN. 2013, p. 2).

Entretanto, decorrido certo tempo, Roxin findou por flexibilizar o requisito, passando a considerá-lo como não essencial, visto indicar uma supervalorização da vontade do executor, algo que não se coadunaria com a ideia de fungibilidade, um dos pressupostos mais centrais do constructo teórico como um todo (COELHO, 2018, p. 42).

É necessário abordar individualmente os requisitos de aplicação da teoria do domínio da organização, a fim de destrinchar seus meandros e delimitar seu significado e sua importância no conjunto global da teoria, o que se fará nos sub-tópicos a seguir.

3.2.1 Poder de mando do “homem de trás”

O primeiro requisito de incidência do domínio da organização é consubstanciado no poder de mando do “homem de trás”, isto é, do autor mediato, sobre a estrutura de poder na qual se encontra inserido.

O executor indireto é a fonte emissora das ordens destinadas à realização de ilícitos, a serem concretizados pelos seus subordinados, o quê demonstra que o “homem de trás” domina o fato através da organização de poder da qual faz parte, encontrando-se em posição de destaque dentro do acontecer típico. Tendo em conta o papel de proeminência do autor mediato, Roxin adverte que esta modalidade de autoria não pode ser confundida ou tratada como mera indução, haja vista que o indutor não detém qualquer poder verdadeiro sobre a concretização do delito.

No ponto, o autor frisa que um mero instigador não está no centro da decisão já que, apesar de concorrer para referida tomada de decisão, deve abandoná-la posteriormente, deixando-a sob o controle do instigado, o qual tem o real domínio do fato determinante do acontecimento. Ao seu turno, “no domínio por organização ocorre justamente o contrário: o homem de trás, que detém a alavanca do poder, decide sobre o “se” do fato, enquanto que o executor direto produz, em geral, de forma ocasional a situação concreta de atuação” (ROXIN, 2006, p. 74).

O poder de mando decorre da posição hierárquica de destaque ocupada pelo autor mediato, que dele se vale para produzir realizações típicas em razão sua superioridade em relação ao executor direto, subordinado às suas ordens.

De fato, no bojo de uma mesma organização, podem-se vislumbrar diversos autores mediatos, um atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia de mando (ibid., p. 81). Assim, a probabilidade de êxito da marcha lesiva ao bem jurídico desencadeada por ordens ilícitas de figuras de destaque dentro da organização é muito próxima da certeza (BRODT; SANTOS, 2021, p. 5).

Pode-se vislumbrar o poder de mando em ação ao pensarmos em um campo de concentração nazista, no qual um superior hierárquico – autor mediado - dá ordens aos seus subordinados – autores imediatos e fungíveis - que executem determinados prisioneiros.

3.2.2 Desvinculação do aparato de poder da ordem jurídica vigente

A desvinculação do aparato de poder da ordem jurídica, não obstante alvo de intensas discussões – mesmo pelos adeptos do referencial teórico – permanece como pressuposto essencial para a caracterização da teoria, conforme sustenta seu idealizador, Roxin.

Para o jurista, a desvinculação do direito pelo aparato organizado de poder constitui um requisito necessário para o domínio da vontade pelo homem de trás. O distanciamento entre a organização e o Direito fomenta a prática do injusto por parte do autor imediato, visto que este se encontra amparado por um sistema que ordena e justifica os ilícitos por ele praticados, fazendo com que não tema ser objeto de represálias legais, ou seja, punido por seus atos.

Neste diapasão, Greco et. al (2014, p. 29) sustentam que “apenas organizações de natureza criminosa, que se encontrem, nesse sentido, dissociadas, apartadas da ordem jurídica, como máfias, grupos terroristas ou ditaduras, conferem ao superior que emite ordens o domínio sobre a atuação concreta e responsável dos executores de suas ordens”. Ao contrário, na prática de atos ilícitos no interior de empresas - decorrentes de ordens ilegais – “não se age com o aparato, mas contra o aparato” (Roxin, *Täterschaft*, p. 249).

Roxin (SILVA, 2006) sugere uma delimitação do requisito, especificando dois pontos que, de certa forma, restringem o conceito: em primeiro lugar, 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”; em segundo lugar, sustenta que “para a desvinculação do direito não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica atual”.

A teoria do domínio da organização vem sendo cada vez mais debatida, sobretudo com a proliferação de delitos econômicos perpetrados no bojo - ou por intermédio - de organizações empresariais. Debate-se se ela pode ser aplicada também a instituições não dissociadas do direito, como as empresas (GRECO; LEITE, 2013, p. 28).

Quando, em 1994, o Tribunal Federal Alemão (Bundesgerichtshof), pela primeira vez, empregou a teoria do domínio da organização ao apreciar o caso dos atiradores do Muro de Berlim, a Corte mencionou, de forma marginal, considerá-la aplicável, igualmente, às organizações empresariais (BGHSt 40, p. 237). Conforme assevera Greco et. al. (2014, p. 101) “a decisão, que apenas anunciou, mas não fundamentou a extensão da aplicabilidade da teoria às estruturas empresariais, ensejou um intenso debate na doutrina, debate, frisa-se, que subsiste até os dias de hoje”.

Claus Roxin (2011, p. 2) discorda frontalmente da posição endossada pelo Tribunal Alemão quanto à extensão da teoria a empreendimentos econômicos – o que destaca, ocorreu contra sua vontade e se repetiu, infelizmente, em diversas sentenças posteriores emanadas pela mesma Corte.

Como já exposto, um dos pressupostos para a utilização da teoria do domínio da organização, de acordo com Roxin, é a sua desvinculação da ordem jurídica vigente. A atuação ilegal da instituição, inclusive, implica na existência dos outros dois requisitos de aplicabilidade do constructo teórico, quais sejam (1) a fungibilidade dos executores diretos e (2) a propensão dos autores mediatos a cumprir as ordens ilícitas de seus superiores hierárquicos. Não se desconhece que este último pressuposto fora expressamente flexibilizado por Roxin, mas, nada obstante, ilustra a inadequação da teoria em se tratando de empresas. Logo, o requisito da desvinculação da ordem jurídica representa um requisito basilar para a própria existência e higidez da teoria. Ademais,

A desvinculação do direito pelo aparato de poder indica que a organização deve ser constituída, desde o início, à margem do direito. Em tal ponto se embasa o argumento que exclui a aplicação da teoria do domínio do fato pelo domínio da organização ao âmbito de empresas econômicas que, em regra, são constituídas segundo o ordenamento jurídico e visam obter resultados permitidos (BORBA;DIAS, 2014, p. 102).

Luís Greco e Augusto Assis, fiéis à formulação teórica de Roxin, rechaçam a aplicação da teoria ao contexto empresarial, argumentando que “como as empresas não são organizações dissociadas do direito – pelo contrário, estão sujeitas a diversos controles realizados por diversos órgãos estatais – não se pode, segundo o modelo original, falar em um domínio da organização nos casos de crimes cometidos a partir de uma empresa” (GRECO; ASSIS, 2014, p. 102). Os autores apontam que, para permitir a utilização do referencial teórico à criminalidade empresarial, os defensores de sua aplicabilidade modificam a formulação original, dispensando, propositalmente, alguns de seus requisitos.

Raquel Lima Scalcon, em artigo sobre a temática, resume os principais argumentos contra a aplicação da teoria às organizações empresariais, in verbis:

[...] empresa, na acepção do termo, jamais será um mero instrumento, uma mera engrenagem para o cometimento de delitos, ainda que venha a cometer alguns delitos. Isto porque, como regra, ela se move dentro do Direito. Assim, não faz sentido imaginar que os executores não resistam a uma ordem para delinquir, na certeza de que sempre estarão à margem de consequências jurídico-penais. Pelo contrário, é de se esperar que o executor tema que sua conduta seja descoberta e punida. Finalmente, não se pode falar nessa fungibilidade do executor, uma vez que as relações de trabalho têm como característica a pessoalidade. Dessa forma, não há certeza da realização da ordem para delinquir porque o funcionário que entra numa empresa não está implicitamente se comprometendo a cometer delitos (2018, p. 43).

Ao seu turno, Cecilia Choeri da Silva Coelho (2018, p. 43) constata que a teoria do domínio da organização poderia se compatibilizar com a realidade empresarial tão somente se esta preenchesse os requisitos aludidos por Roxin, o que equivaleria a afirmar que a sociedade empresária ter-se-ia transformado em uma instituição voltada para o crime, razão por que, dificilmente se poderia ainda falar na existência real de uma empresa.

De fato, inobstante as objeções de Roxin, a desvinculação ao direito tem sido flexibilizada por alguns doutrinadores, sob as mais diferentes argumentações.

Um dos autores que advoga a favor de seu emprego às sociedades empresárias, Kai Ambos (2006) considera que o domínio da organização independe da desvinculação da organização ao ordenamento jurídico, sendo mais relevante indagar qual a estrutura do aparato e a quantidade de executores fungíveis à disposição do “homem de trás”.

Considerando que o idealizador precípua da teoria do domínio da organização, Claus Roxin, até o presente momento se mantém firme no que tange à indispensabilidade da atuação ilegal do aparato de poder sob análise, considera-se que tal requisito é imprescindível para a escoreta utilização da teoria, nos termos em que foi pensada e desenvolvida. Para mais, muitos são os defensores ferrenhos de tal premissa, segundo outrora exposto.

3.2.3 Fungibilidade dos executores imediatos

A fungibilidade dos executores diretos é outro requisito primordial para a autoria mediante o domínio de um aparato organizado de poder. Roxin (2009, p. 82) define a fungibilidade como “a possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais do preenchimento do tipo penal” (ibid., p. 103).

A fungibilidade dos autores imediatos significa, em suma, que sua individualidade e subjetividade são irrelevantes para “o homem de trás”, que deles se vale como meros instrumentos substituíveis para a consecução de sua vontade. Assim, caso um dos inferiores hierárquicos se recuse a executar a ordem, outro prontamente tomará o seu lugar (GRECO; ASSIS. 2014, p. 100).

Greco frisa a dependência que o requisito da dissociação da organização da ordem jurídica guarda com a fungibilidade dos executores diretos, tendo em conta que, a seu ver, da dissociação do direito decorre a fungibilidade, porquanto apenas em uma organização que está completamente alheia aos comandos da ordem jurídica existiria a pronta substituíbilidade de

cada executor. Diante de tal conclusão, o autor se questiona, com razão, se pode haver fungibilidade dos executores em uma organização não dissociada do direito (ibid., p. 103).

Nessa esteira, Santos (2014, p. 353-354) discorda da aplicabilidade da teoria do domínio da organização às sociedades empresariais, uma vez que nelas não haveria fungibilidade do executor.

A fungibilidade, ademais, eleva à propensão do executor direto ao cumprimento da ordem emanada pelo autor indireto, conforme aponta Roxin (2011, p. 2) ao afirmar, como já mencionado, que sua substitutividade o induz à ideia de que o fato não depende da sua conduta, dado que, mesmo sem ele, outro, de todo modo, o realizaria. Feliciano assevera que a fungibilidade é um conceito essencial dentro do constructo teórico, tendo em vista que:

[...] a hesitação de um dos órgãos de execução no cumprimento da ordem superior não prejudica, em absoluto, o plano global (como ocorreria, p. ex., no domínio em virtude de erro ou coação): outro órgão de cooperação, integrado à estrutura organizacional, tende a suprir-lhe a falta, automática e imediatamente. Assim, a recusa de um executor não tem o condão de impedir o resultado desvalido, pois há sempre um “executor de reserva” (2006, p. 140).

Há quem defenda a abolição do requisito de afastamento da organização da ordem jurídica vigente, estendendo a teoria às sociedades empresariais, em tese vinculadas ao Direito.

Neste diapasão, no que tange à fungibilidade dos possíveis autores imediatos no seio da organização empresarial, Carolina Souza Mata (2018, p. 144) reforça a ausência de fungibilidade dos executores diretos, assim como, na esteira do exposto por Roxin, a falta de disposição à prática do fato ilícito pelos integrantes da empresa, pois os delitos econômicos e ambientais trazem consigo o grave risco de punibilidade e também o perigo da perda do lugar por eles ocupado na empresa.

Mata conclui afirmando que, para Roxin, seria mais preciso recorrer à figura jurídica dos delitos de dever, fundamentando, com seu auxílio, a autoria dos membros da direção, na medida em lhes se atribui a posição de garantidores em prol da legalidade dos atos da empresa (ibid., p. 144).

Silvia Sánchez (2008, p. 33-34) indica um elemento importante a ser levado em consideração, qual seja que a ideia utópica da existência de um poder quase absoluto por parte daqueles que ocupam o topo da hierarquia de uma organização empresarial, pensamento distante da realidade, tendo em vista a complexidade das empresas modernas, marcadas pela presença de uma expressiva divisão do trabalho e pela ocorrência de descentralização dos processos de decisão e ação.

Mesmo ao se considerar que a organização no interior da qual o “homem de trás” exerce seu poderio atua dentro da legalidade, o requisito da fungibilidade dos executores

diretos permanece como requisito essencial para a incidência da teoria, sendo ainda mais difícil de ser atendido ao pensarmos nas sociedades empresariais.

4 ANÁLISE COMPARATIVA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO NO CASO MENSALÃO E NA LAVA JATO

Neste último capítulo, se utilizará a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal n. 470 e o acórdão proferido pelo Tribunal Federal da 4ª Região no julgamento da Apelação Criminal n. 5036528-23.2015.4.04.7000/PR, sob o enfoque das definições legais de autoria e participação e da teoria do domínio da organização, temas já abordados nos demais capítulos deste estudo.

A análise fática do Mensalão e da Operação Lava Jato se presta a demonstrar os pontos de confluência de ambos os casos. Estas similaridades permearão as ações penais decorrentes, refletindo na postura endossada pelas Cortes brasileiras nas decisões judiciais supracitadas, nas quais se observará a utilização da teoria do domínio do fato e do domínio da organização. O subsequente exame crítico do uso dos referenciais teóricos ocorrerá por intermédio de um paralelo entre a teoria e a prática forense, aferindo-se se os requisitos de aplicação do domínio da organização foram observados.

4.1 Contexto fático do Caso Mensalão e da Operação Lava Jato

O “Mensalão” representou um escândalo de compra de votos de parlamentares deflagrado em 2005, durante o primeiro mandato do, à época presidente, Luís Inácio Lula da Silva. O contexto fático é imensamente complexo, razão pelo qual se optou por um resumo sucinto do caso.

A designação “mensalão” referia-se à prática ilegal perpetrada por integrantes da cúpula do governo federal que estariam comprando o apoio de membros do Poder Legislativo por intermédio do pagamento de “mesadas”. Segundo o então deputado federal Roberto Jefferson – responsável pela difusão nacional do neologismo - o nome já era largamente empregado no meio político para designar a prática.

Roberto Jefferson, em seis de junho de 2005, declarou ao jornal Folha de São Paulo que o Partido dos Trabalhadores, do qual o ex-presidente Lula era – e ainda é - membro, estava, por meio do então tesoureiro do PT, Delúbio Soares, pagando uma “mesada” de R\$ 30.000,00 ao congressista, em troca de apoio político (PRETE, 2005). O montante seria proveniente do patrimônio de bancos e agências de publicidade interessadas em manter boas relações com o Governo e serviria para efetivar as medidas políticas de interesse do Poder Executivo.

Nas palavras de Gama (2006, p. 82), o Caso Mensalão consubstanciou-se em “um complexo esquema de corrupção que se desenvolveu através da formação de quadrilhas envolvendo os mais variados tipos de agentes públicos e privados: políticos, empresários, diretores de bancos, funcionários públicos e autoridades do governo federal”.

A repercussão do escândalo foi tamanha que Roberto Gurgel, procurador geral da república que atuou no caso, a ele se referiu como sendo "o mais atrevido e escandaloso esquema de corrupção e de desvio de dinheiro público flagrado no Brasil" (AZEVEDO, 2012).

Gama, adotando a mesma sistematização empregada na investigação conduzida pelo Ministério Público Federal, de forma muito didática, realiza uma análise do complexo esquema a partir de três grupos de atuação: (1) grupo político partidário, (2) grupo empresarial e (3) grupo operacional e financeiro. O autor aponta, quanto ao grupo político partidário, que seus integrantes eram membros do alto escalão administrativo do Partido dos Trabalhadores, dentre os quais as figuravam, como principais personagens, o ex-Ministro José Dirceu (visto como o “número 2” do governo Lula), o ex-tesoureiro do PT, Delúbio Soares, o ex-Secretário Geral do PT, Sílvio Pereira e, por fim, o ex-Presidente do PT, José Genoíno.

Estas figuras políticas seriam responsáveis por angariar apoio para o governo Lula por intermédio da concessão de cargos em empresas públicas e do pagamento de mensalidades aos parlamentares. Segundo Roberto Jefferson, José Dirceu teria desempenhado um papel central no esquema do Mensalão.

O grupo empresarial, dirigido pelo empresário Marcos Valério, representava a fonte de recursos para o pagamento da propina mensal destinada aos parlamentares, bem como para outros gastos do Partido dos Trabalhadores. O “valerioduto”, como ficou conhecido, refletia essa “irrigação” de dinheiro proveniente da iniciativa privada e endereçada ao PT. Consoante afirma Nanaka (2020, p. 90), o modus operandi do então batizado “Valerioduto” não apresentava maiores complexidades, por se tratar de um mecanismo clássico de financiamento ilegal de campanhas eleitorais. Participaram do esquema empresas de publicidade, como a SMPB, a Graffiti Participações Ltda, a DNA Propaganda Ltda, a Tolentino e Melo Assessoria Empresarial, dentre outras, em tese em conluio com instituições bancárias, como Banco Rural e Banco BMG, que seriam responsáveis pelo repasse dos montantes sob a forma de falsos empréstimos.

Este terceiro grupo operacional financeiro, formado precipuamente pelo Banco Rural e pelo Banco BMG, ocupava-se de repassar este imenso volume de dinheiro, fragmentando-o

em diferentes contas bancárias e fazendo-o trafegar por paraísos fiscais, com o intuito de ocultar sua origem ilícita.

Em síntese, de acordo com o inquérito, de n. 2245, encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, o “Mensalão” consubstanciava-se em uma “organização criminosa” comandada por José Dirceu. Os acusados envolvidos no esquema, dentre os quais se incluíam três ex-ministros do governo Lula, ex-integrantes da cúpula do PT, além de deputados e empresários, teriam incorrido nos delitos de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, evasão ilegal de divisas, corrupção ativa e passiva e peculato.

Em 2012, iniciou-se o julgamento do escândalo “Mensalão” pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal n. 470. Não obstante no bojo da denúncia, de lavra do ex-procurador geral da república, Antonio Fernando de Souza, tenham sido indicados 40 réus, o STF, ao receber a exordial, excluiu dois deles, continuando o julgamento com relação aos demais 38 acusados (AÇÃO, 2021).

Luís Greco e Alaor Leite (2015, p. 387), em estudo sobre a ação penal, relatam que todas essas circunstâncias intrincadas entre si conduziram a uma decisão final que contém cerca de 8.000 páginas.

Não obstante o Mensalão tenha sido um marco na história da política brasileira e da corrupção a ela relacionada, a Operação Lava Jato representou uma nova reviravolta no cenário político.

A Operação Lava Jato - que deve seu nome a um posto de combustíveis empregado para movimentar valores de proveniência ilícita - começou em 17 de março de 2014 e constituiu um conjunto de investigações encabeçadas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal destinado a apurar um suposto esquema de corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo figuras políticas, empresas estatais e grandes conglomerados empresariais, conjuntura extremamente similar à vislumbrada no Caso Mensalão.

A Operação, após incontáveis desdobramentos, chegou a término no dia primeiro de fevereiro de 2021. Investigaram-se delitos de corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, organização criminosa, obstrução da justiça, fraude de licitações, evasão de divisas, formação de cartel, dentre outros.

A Operação Lava Jato originou-se da Operação Miquéias, deflagrada para investigar o doleiro Alberto Youssef - que ainda estaria em atividade - e o ex-deputado federal José Janene, então do Partido Progressista (PP), já investigado pelo envolvido no recebimento de propina ocorrido no Caso Mensalão.

Na Operação Miquéias, através do monitoramento de comunicações telefônicas de diversos doleiros - dentre os quais Alberto Youssef – se teria descoberto que Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimento da Petrobrás, teria recebido um veículo do referido doleiro, razão pela qual as investigações passaram a abarcar a estatal. Frente ao desenrolar das averiguações, a Polícia Federal, em 2014, deu início à Lava Jato.

O esquema de corrupção, segundo estimativas, teria originado um rombo nos cofres da Petrobrás, estimado em bilhões de reais, causado, primordialmente, pela fraude às licitações promovidas pela estatal, levada a cabo, em sua maioria, por empresas integrantes do Grupo Odebrecht. Neste cenário, figura - na posição de protagonista - Marcelo Odebrecht, que ocupou a presidência da construtora Odebrecht de 2002 a 2009 e a presidência da Odebrecht S.A de 2009 a 2015.

De acordo com o Ministério Público Federal, as empresas OAS, Odebrecht, UTC, Camargo Correa, Techint, Andrade Gutierrez, Mendes Júnior, Promon, MPE, Skanska, Queiroz Galvão, IESA, Engevix, Setal, GDK E Galvão Engenharia, formando um Cartel - também chamado de “Clube” -, estruturaram um grande esquema criminoso, fraudando a competitividade dos procedimentos licitatórios referentes às maiores obras contratadas pela Petrobrás entre os anos de 2006 e 2014, majorando ilegalmente os lucros das empresas em milhões de reais (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, s/d).

Para a consecução de tais intentos, corromperam-se diversos empregados públicos do alto escalão da Petrobrás. Os lucros auferidos ilicitamente pelas citadas empresas, eram submetidos a um processo de lavagem de dinheiro, com o fim de lhe conferir aparência lícita, além de serem destinados, em parte, ao pagamento de propinas a agentes públicos e a partidos políticos envolvidos no esquema criminoso. Visando tal objetivo, eram empregadas contas bancárias no exterior no nome de offshores (GLOBO, 2022).

Em linhas gerais, é disto que trata a Operação Lava Jato e seus diversos desdobramentos, alterando-se tão somente os nomes dos partidos políticos, agentes públicos e empresas envolvidas, sem maiores mudanças quanto à natureza do esquema como um todo.

Em 24 de julho de 2015, o Ministério Público Federal no Paraná denunciou treze pessoas ligadas às operações do Grupo Odebrecht na Petrobrás, imputando-lhes a prática dos crimes de organização criminosa, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro nacional e internacional. Nos termos da denúncia, no período entre 2004 e 2014, executivos do Grupo lavaram dinheiro por meio de operadores financeiros para repassar os valores aos então diretores da Petrobras, que, ao seu turno, os destinavam a grupos políticos responsáveis pela

indicação das Diretorias, corrompidos para direcionar as licitações às empresas integrantes do cartel (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, s/d).

A denúncia foi devidamente recebida, originando o processo n. 5036528-23.2015.404.7000. Nos autos, em oito de março de 2016, foi proferida sentença de parcial procedência, na qual Marcelo Odebrecht foi condenado pelo crime de corrupção ativa, lavagem de dinheiro e associação criminosa (ibid., s/d). Frente à decisão judicial desfavorável, Marcelo Odebrecht interpôs uma apelação criminal - de mesmo número - apreciada pelo Tribunal Federal da 4ª Região, sob relatoria do Desembargador João Pedro Gebran Neto.

Na parte subsequente desta pesquisa, se pretende verificar de que forma se deu a aplicação da teoria do domínio da organização no que se refere, especificamente, ao réu Marcelo Odebrecht - na Lava Jato – e, de maneira global, no Caso Mensalão, com o fim último de constatar de que maneira e sob quais argumentos ela foi utilizada pelos respectivos julgadores. Partir-se-á, inicialmente, com a análise fático-objetiva do emprego do referencial teórico na Ação Penal n. 470 e, posteriormente, na Apelação Criminal n. 5036528-23.2015.404.7000.

4.2 Análise objetiva do emprego do domínio da organização

Ao longo das mais de 8.000 páginas que compõem a extensa decisão do Supremo Tribunal Federal na apreciação da AP 470, a teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização foram citadas e empregadas diversas vezes, seja pelo Ministério Público, seja pelos membros da Corte Superior.

Em uma análise detida dos pontos nos quais as teorias são citadas e aplicadas, será possível observar com qual finalidade se dá seu emprego. Seguir-se-á uma ordem cronológica, analisando-se, sucessivamente, as menções à teoria do domínio do fato e do domínio da organização realizadas pelos membros da Corte, com o intuito de demonstrar o desdobramento da discussão, quanto ao tema, no bojo da decisão.

O primeiro Ministro a citar expressamente a teoria do domínio do fato é Joaquim Barbosa, relator do caso, ao abordar o Capítulo V da denúncia, referente à suposta gestão fraudulenta do Banco Rural. O ministro a emprega como “referencial teórico” para solucionar a individualização das condutas criminosas supostamente perpetradas pelos acusados. Tratar-se-iam de delitos coletivos, nos quais uma “divisão é indispensável, [...] pois há crimes que têm em seu polo ativo vários agentes, caso dos chamados crimes empresariais, em que se

utiliza a pessoa jurídica para a ação delituosa”, o que teria se verificado na hipótese (AP 470/STF, p. 52.775).

Joaquim Barbosa esclarece que, no tocante ao Banco Rural, a exordial acusatória teria se limitado a descrever os atos operados por meio da referida instituição financeira, com a presumida decisão dos administradores responsáveis.

O relator menciona explicitamente que o art. 29 do Código Penal endossa a teoria monista de autor, mas, nada obstante, seria necessário, na presença de vários concorrentes, esclarecer qual a carga de aporte de cada um deles forneceu à cadeia causal do crime imputado.

Diversa, todavia, seria a situação na qual se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Na visão do Ministro, nestas circunstâncias, seria necessário “apenas verificar pelo contrato social” ou, na sua ausência, “a realidade factual” e constatar quem detinha o poder de mando, entendido no sentido de direcionar as atividades da empresa (ibid.; p. 52.775).

A teoria do domínio do fato, assim, é trazida à tona para justificar a punição dos agentes que ocupavam posições de comando no Banco Rural. Infere-se de trecho da manifestação do Ministro:

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 (ibid., p. 52.776).

Em seguida, o relator menciona a presença de uma “presunção de autoria” (*iuris tantum*) no que tange aos dirigentes da organização, pois a vontade destes “homens de trás” determinaria a própria ação delituosa perpetrada pela empresa. Infere o Ministro que, nos crimes empresariais, a imputação deve recair sobre o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais, meros auxiliares (ibid., p. 52.776).

Joaquim Barbosa, ante tais considerações, conclui que aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, nos termos do ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime (ibid., p. 52.777).

Mais adiante, o presidente da Corte à época, Ministro Ayres Britto, ao tratar do núcleo político do esquema de corrupção, supostamente encabeçado por José Dirceu, conclui que o

réu “detinha o controle finalístico sobre a ação dos denunciados integrantes dos núcleos financeiro e publicitário”, além de “domínio intelectual das ações dos demais acusados, naquilo em que dirigidas para o levantamento de numerário para o pagamento de dívidas e de “mesadas” a parlamentares da base aliada” (ibid., p. 56.183).

Ao seu turno, o revisor, Ministro Ricardo Lewandowski - primeiro a destoar de seus colegas no que tange à aplicabilidade da teoria do domínio do fato no caso em questão- ao tratar sobre o denunciado José Dirceu (Item VI da denúncia - Corrupção Ativa), sustenta que o *Parquet*, confrontado com sua incapacidade de comprovar as acusações formuladas contra o réu, recorre, “num derradeiro esforço de convencimento desta Suprema Corte, à denominada teoria do domínio do fato” (ibid., p. 56.565). Segundo o revisor, o Ministério Público estaria empregando o referencial teórico “como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado” (ibid., p. 56565).

A fim de enfatizar a ausência de provas contra o acusado José Dirceu, o Ministro se vale de trecho da sustentação oral do próprio Ministério Público, representado na pessoa de Roberto Gurgel, então Procurador Geral da República, no qual este afirma: “quando eu falei de crimes praticados entre quatro paredes, em muitas vezes falava das paredes da Casa Civil. Por isso é tão difícil conseguir provas de crimes praticados dentro do Palácio da Presidência da República” (ibid., p. 56.564).

O revisor, sem realizar qualquer distinção entre a teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização, menciona excerto da aula inaugural proferida pelo Claus Roxin, na Universidade de Lucerna, na Suíça, em 21 de junho de 2006, na qual o jurista alemão manifestou sua discordância quanto à aplicação da teoria do domínio da organização (não do domínio do fato) a delitos econômicos, visto não estarem supridos os pressupostos essenciais para sua incidência - dentre os quais a fungibilidade dos membros da organização delituosa e a dissociação da ordem jurídica vigente.

Nas palavras de Roxin, a fungibilidade dos integrantes de uma instituição apartada da ordem jurídica “existem apenas no injusto do sistema estatal, no Estado criminoso dentro do Estado, assim como na Máfia e em formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada” (ibid., p. 56.568).

Ante o exposto, o Ministro Lewandowski se manifestou em prol da inaplicabilidade da teoria do domínio do fato ao caso, haja vista que os fatos descritos na exordial “não se revestem da excepcionalidade que o Parquet pretende lhes atribuir” (ibid., p. 56.568-56.569).

Prosseguindo no exame do julgado, o Ministro Ayres Britto menciona - o que parece se tratar da teoria do domínio da organização - durante os debates em plenário. O presidente da Corte esclarece que “essa teoria se escreve com relativa facilidade ou com total propriedade no âmbito maior, no âmbito dos chamados aparatos organizados de poder delitivo” (ibid., p. 56.585). O Ministro continua - em aparente contraste com a posição anteriormente endossada pelo Ministro Lewandowski, frisando que não é preciso que haja uma guerra para que a teoria possa ser empregada. Lewandowski, então, concorda com a afirmativa de Ayres Britto, esclarecendo que não havia dito que era preciso uma guerra, mas que o referencial teórico deveria ser empregado tão somente em circunstância excepcionais, como as que marcam uma situação de guerra (ibid., p. 56.586).

O Ministro Celso de Mello, prontamente, intervém na discussão dos dois colegas, apelando à teoria do domínio do fato. O então decano da Corte faz um breve histórico da teoria, relatando suas origens e difusão, bem como sua progressiva utilização por parte dos Tribunais brasileiros, dentre os quais o próprio Supremo Tribunal Federal (ibid., p. 56586-56587). Celso de Mello prossegue fazendo uma distinção das diversas modalidades do exercício do domínio do fato, que em sua visão seriam: “(a) a do domínio de ação, (b) a do domínio de vontade, (c) a do domínio funcional e (d) a do domínio das organizações (ou dos aparatos organizados, tanto os aparatos governamentais quanto os aparatos empresariais)” (ibid., p. 56.587).

O decano destaca:

Trata-se, em suma, de formulação doutrinária compatível com a organização política de Estados, como o Brasil, revestidos de perfil democrático e cuja aplicabilidade não supõe a ocorrência de situações anômalas ou de exceção, para relembrar, quanto a esse aspecto, observação feita pelo próprio Claus Roxin em sua conhecida monografia, cabendo enfatizar, ainda, por necessário, que essa concepção doutrinária não se coloca em relação de antagonismo com o direito penal da culpabilidade nem elide, porque inadmissível, a presunção constitucional de inocência, inerente ao nosso modelo constitucional (ibid., p. 56.586).

Em resposta, o Ministro Lewandowski tece novas críticas à teoria e ao seu emprego na hipótese - visto que seria ultrapassada e possuiria diversas falhas. O revisor, contudo, não se alonga muito em suas considerações (ibid., p. 56.588).

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, discorda da conclusão exposta pelo Ministro revisor Lewandowski, fazendo alusão à teoria do domínio do fato. Segundo o Ministro, “a teoria do domínio do fato não constitui uma retórica argumentativa estrangeira para abarcar situações carentes de prova ou justificativa para elastecer o conceito de autoria” (ibid., p. 56.771). Em sua visão, “a solução do caso não reclama grandes construções teóricas, na

verdade, à luz do princípio da legalidade, a resposta está no artigo 29 do Código Penal “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (ibid., 56.771-56772).

No bojo de seu voto, o Ministro Celso de Mello, salienta, uma vez mais, a necessidade de análise das teorias existentes quanto ao concurso de pessoas “para fins de constatação – e identificação – de quem pode ser autor, coautor ou partícipe de uma determinada ação delituosa, notadamente sob a perspectiva da “Teoria do Domínio do Fato” (ibid., p. 56.810).

O Ministro prossegue, afirmando que o Código Penal brasileiro adota a teoria restritiva, porquanto os artigos 29 e 62 instituem uma clara distinção entre a figura do autor (que executa o delito) e do partícipe (aquele que instiga, induz ou/e auxilia). Todavia, filiando-se à visão do penalista Damásio de Jesus, para o decano, esta concepção de autoria e participação não seria o bastante frente a situações mais complexas, notadamente “na autoria mediata, em que o sujeito se vale de outrem para cometer o delito. Daí a necessidade de a doutrina socorrer-se da teoria do domínio do fato, que, aliada à restritiva, da adequação apropriada aos casos concretos” (ibid., p. 56.810- 56.811).

Celso de Mello, por último, frisa que a teoria unitária e a teoria do domínio do fato não se excluem mutuamente, dado que a adoção de uma ou de outra influenciará apenas no “quantum” de pena a ser aplicado, nos termos do art. 29 do CP (ibid., p. 56.814).

Em complemento à manifestação do decano, o Ministro Lewandowski se vê impelido a esclarecer, novamente, seu ponto de vista no tocante à aplicação da teoria. Colhe-se de excerto de sua declaração:

[...] Claus Roxin, que foi um dos mais conspícuos elaboradores dessa teoria, há alguns anos, assustado com o emprego indevido dela, chamou atenção, inclusive do Supremo Tribunal Federal de seu país, quanto ao uso exagerado que está se fazendo dessa teoria, sem os devidos parâmetros. E ele diz, inclusive, que é preciso que os requisitos para aplicação dessa teoria estejam claramente presentes; e **um desses requisitos, dos vários que ele arrola, é exatamente o requisito da fungibilidade.**[...] Segundo este requisito, o agente final, o agente imediato que perpetra o crime deve ser fungível, como acontece nas grandes organizações criminosas. Ou seja, eu disse, na minha fala, que esta é uma teoria que se aplica, por exemplo, aos crimes da máfia, a exemplo daquele que está na ponta final de todo o sistema. Digamos assim, aquele que trafica drogas, é um caso típico, o chamado "aviãozinho" ou "mula", ele pode ser fácil e simplesmente substituído por outro agente (p. 56816).

O Ministro revisor, então, sublinha sua preocupação quanto à aplicação indiscriminada da teoria, tendo em conta que “ [...] amanhã, por exemplo, o presidente da Petrobrás poderá ser responsabilizado por um vazamento numa plataforma de petróleo, porque teoricamente ele

tinha o Domínio do Fato; ou um chefe de redação ser responsabilizado por um artigo, que algum jornalista publique [...]” (ibid.; p. 56.817).

O decano, retomando a palavra, reforça a compatibilidade da teoria do domínio do fato com o ordenamento jurídico brasileiro, sempre respeitada a presunção de inocência, concluindo que a aplicação do referencial teórico não conduziria a uma “inadmissível” responsabilidade penal objetiva dos réus (ibid., p. 56.824).

Retomando a palavra, Ayres Britto sustenta que os integrantes do núcleo político - assim denominado pelo Parquet - responsáveis pela mentoria intelectual da empreitada criminosa, deveriam ser responsabilizados pessoalmente - respeitadas as devidas gradações - com fundamento na teoria do domínio do fato (ibid., p. 56.829).

Rechaçando a aplicabilidade da teoria, o Ministro Lewandowski sustenta que os réus são pessoas com “nome, sobrenome, RG e endereço” e que a suposta propina foi sempre endereçada a presidentes e líderes de partidos identificáveis. Por estas razões, conclui o revisor, não haveria que se falar em fungibilidade dos executores, logo estaria ausente um dos requisitos essenciais para a aplicação constructo teórico, motivo por que não poderia incidir na hipótese (ibid., p. 56839). Quanto ao ponto, deve-se recordar que tal pressuposto diz respeito ao domínio da organização (espécie), não ao domínio do fato (gênero), elemento que denota, uma vez mais, a confusão terminológica que permeia as manifestações dos membros da Suprema Corte.

A Ministra Rosa Webera, ao abordar a temática, manifestando-se no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro é sim compatível com a referida teoria. Complementando sua fala, em momento posterior, trata da suposta ausência de individualização das condutas ilícitas praticadas pelos réus - argumento invocado pela defesa de diversos acusados - afirmando que a teoria do domínio do fato, frente ao tipo de crime imputado aos réus na exordial, auxiliaria “na argumentação que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça” (ibid., p. 56845).

Complementando os dizeres da colega, o Ministro Ayres Britto menciona um texto escrito por Wellington César Lima e Silva, acerca do Domínio do Fato ou Domínio Funcional do Fato, que, em seu olhar, deixa bem claro ser:

“[...] impossível, na investigação criminal, nesse tipo de criminalidade macro, completamente emparceirada, deixar de perguntar: Quem era o inspirador? Quem era o garante? Quem era o fiador desse verdadeiro esquema? E quem, se saísse do esquema, levaria ao desmoronamento dele? **Porque, no fundo, estamos procurando qualificar protagonizações e papéis de protagonista e papéis de coadjuvante.** Quem exercia papel de centralidade? Quem exercia papel de lateralidade? E me parece que os autos dão a devida resposta. A prova é robusta

nesse sentido da condenação. [...] Então, eu não preciso sequer da Teoria do Domínio do Fato, em rigor. (ibid., p. 56843 – 56845, grifo nosso).

Arrebata o presidente da Corte asseverando que, ao fim e ao cabo, a serventia da teoria do domínio do fato é instrumental, pois auxilia na individualização da responsabilidade penal (ibid., p. 56.846).

A Ministra Carmen Lúcia, pondo fim às referências diretas à teoria, advoga em prol da incidência do referencial teórico no caso, manifestando-se nos seguintes termos:

Todos os envolvidos sabiam da composição da quadrilha e tinham objetivos comuns. Em acréscimo, o reconhecimento, in casu, da incidência da teoria do domínio funcional do fato, difundida, dentre outros, por Claus Roxin, **acarreta a necessária conclusão de que existia uma quadrilha organizada para a prática de delitos, cada um de seus integrantes responsável por funções específicas e imprescindíveis para o alcance do desiderato final.** (ibid., p. 57. 567, grifo nosso).

Citado o conteúdo global e excertos das manifestações e votos dos membros da Corte Superior, passa-se à Apelação Criminal n. 5036528-23.2015.404.7000, na qual também se empregou a teoria do domínio do fato e do domínio da organização. Posteriormente, se analisará criticamente a utilização de tais teorias.

A decisão será explorada com foco no acusado Marcelo Odebrecht, considerando que os mencionados referenciais teóricos foram utilizados para fundamentar sua condenação no que tange aos delitos de corrupção ativa, lavagem de ativos e associação criminosa.

Assim como no Caso Mensalão, a análise ocorrerá de maneira cronológica, à medida que as teorias são aplicadas no julgado, sempre com o objetivo de perscrutar o modo e a razão de seu uso.

Consoante narra o relatório do acórdão, em seu recurso de apelação, Marcelo Odebrecht alegou, preliminarmente (a) nulidade da sentença por absorção dos vícios que contaminavam a denúncia, restando violada a garantia do devido processo legal; (b) nulidade da sentença por ausência de motivação quanto às teses defensivas e preliminares; (c) violação ao princípio da correlação, uma vez que a sentença afastou a teoria do domínio do fato, alterando a imputação originalmente formulada.

No mérito, aventou: (d) não configurada a associação criminosa, mas, no máximo, mero concurso de agentes; (e) comprovado que não participou das condutas narradas; (f) nunca tratou de assuntos relativos aos contratos com a Petrobras nem orientou executivos a prometer ou oferecer vantagens ilícitas, tampouco conhece Alberto Youssef; (g) atípica a conduta de corrupção ativa, pois não comprovado o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, tampouco a prática ou retardamento de ato de ofício; (h) os crimes antecedentes da lavagem de dinheiro nem sequer foram objeto da denúncia e não há qualquer indício de sua

prática; (i) a denúncia descreve hipótese de autolavagem, não podendo haver responsabilização sob pena de bis in idem⁶.

O primeiro ponto que se relaciona com o objetivo da presente pesquisa jaz na abordagem, por parte da defesa, da suposta violação ao princípio da correlação. Com efeito, o acusado sustentou que o édito condenatório de primeiro grau violou tal princípio, “uma vez que a denúncia imputou ao acusado a coordenação das atividades ilícitas supostamente realizadas, valendo-se da teoria do domínio do fato, enquanto a sentença condenatória reconheceu que ele não exercia papel de liderança⁷”, conduta que afrontaria a imputação formulada originalmente pelo *Parquet*.

Para o Relator, não haveria quaisquer alterações quanto aos fatos narrados na exordial, tendo em conta que o Ministério Público Federal, em sua acusação, asseverou que o réu daria ordens aos demais executivos do grupo Odebrecht, que agiriam sob seu comando, ao passo que a sentença, de igual forma, reconheceu que “o pagamento das propinas aos agentes da Petrobras fazia parte da política corporativa do Grupo Odebrecht e que MARCELO era o mandante dos crimes praticados mais diretamente pelos demais executivos da empresa⁸”. A sentença apenas não teria reconhecido que o réu coordenava a atuação de outras empresas (“clube de empreiteiras”), igualmente envolvidas no esquema.

A denúncia relatou que os executivos do Grupo Odebrecht - dentre os quais Marcelo Odebrecht, enquanto presidente - teriam oferecido vantagens indevidas a diversos agentes da Petrobrás, para determiná-los a praticar, omitir e retardar atos de ofício, incorrendo no delito de corrupção ativa (art. 333 do CP).

O réu restou condenado por onze delitos de corrupção ativa, porquanto, consoante sustentou o *Parquet*, exerceria, na condição de presidente da *holding* do Grupo Odebrecht, “papel de liderança na coordenação das ações ilícitas desempenhadas pela empresa, no que se refere à participação desta na organização criminosa, ao pagamento de vantagens indevidas e à posterior lavagem dos ativos⁹”.

O Relator, ao tratar sobre o ponto, destaca a dificuldade em se examinar a responsabilidade dos administradores/gestores pelos delitos cometidos por intermédio da pessoa jurídica da qual fazem parte, devendo-se, por esta razão, inquirir se tais agentes tinham

⁶ TRF4 – ACR: 5036528-23.2015.404.7000, Relator: João Pedro Gebran Neto, Data de Julgamento: 12/09/2018, Oitava Turma, Data de Publicação: Diário Oficial do Dia, p. 18/19.

⁷ TRF4, op. cit., p. 53.

⁸ TRF4, op. cit., p. 54.

⁹ TRF4, op. cit., p. 66.

conhecimento do fato ilícito, agindo dolosamente na prática dos delitos empresariais, ou, ao contrário, eram alheios aos crimes perpetrados pela organização.

Prossegue em sua análise frisando que, em relação ao réu Marcelo Odebrecht, há provas de seu envolvimento na empreitada criminosa, da qual seria líder. Mediante a troca de e-mails com os demais administradores da empresa, o réu teria dado orientações sobre como a Odebrecht poderia garantir a vitória nos melhores projetos da Petrobrás. Para mais, durante as investigações promovidas no bojo da Operação Lava Jato, teriam sido encontradas anotações no celular de Marcelo que confirmariam "seu papel de coordenar a atuação ilícita dos corréus Márcio Faria e Rogério Araújo¹⁰".

Para o desembargador, o arcabouço probatório demonstraria, sem margem para dúvidas, que o réu:

“detinha total conhecimento sobre os crimes praticados no âmbito do Grupo Odebrecht, permitindo que se constate com segurança sua vinculação direta e central com a tomada de decisões no seio da empresa [...] ocupando a mais importante função no grupo econômico na tomada de decisões¹¹”.

Segundo o Relator, o foco da *quaestio* jaz no papel de líder e guia de Marcelo na empreitada criminosa levada a cabo por intermédio do Grupo Odebrecht:

[...] Nesse contexto, a circunstância de os agentes da estatal terem declarado que não tratavam do pagamento de propina diretamente com MARCELO, mas sim com ROGÉRIO, MÁRCIO e CÉSAR, não afasta a conclusão de que os corréus agiam sob o conhecimento e orientação do recorrente, conforme demonstrado. Importante repetir que, diante da dimensão do conjunto de empresas que forma o Grupo Odebrecht, é perfeitamente factível que o Presidente, embora conhecedor e controlador dos rumos tomados pela empresa em seus contratos milionários, não fosse quem pessoalmente tratava da negociação e do pagamento de vantagens ilícitas a agentes públicos, para tanto contando com seus subordinados¹².

O que mais relevante, no caso em tela, seria o fato de que Marcelo Odebrecht tinha ciência dos crimes cometidos no seio do grupo empresarial, sendo o próprio idealizador dos delitos, mesmo que não se enquadrando no conceito de autor imediato. Para a concretização de seus crimes utilizaria seus subordinados, que atuariam seguindo suas ordens.

Consciente dos problemas inerentes à autoria mediata (e não direta), o Relator pontua que a responsabilização criminal do agente que não executa, com suas próprias mãos, o delito que lhe foi imputado, como a corrupção, é alvo de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Diante da problemática, faz menção à Ação Penal n. 470, na qual, na apreciação de situações semelhantes, houve o emprego da teoria do domínio do fato.

¹⁰ TRF4, op. cit., p. 68.

¹¹ TRF4, op. cit., p. 69.

¹² TRF4, op. cit., p. 69.

O julgador faz questão de mencionar excerto do pronunciamento da Ministra Rosa Weber, na qual afirma que “nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais”. A Ministra, em seguida, cita trecho da obra de Raul Cervini, na qual o jurista aborda a teoria do domínio da organização; logo adiante, passa a discorrer sobre o domínio da organização, como se nenhuma diferença existisse entre esta modalidade de domínio da vontade, enquanto espécie, e o domínio fato, enquanto gênero. Ou seja, os conceitos são abordados como se sinônimos fossem.

O Relator, contudo, divergindo da postura confusa de Rosa Weber, tece considerações quanto à existência de uma clara diferença entre a teoria do domínio do fato e do domínio da organização:

[...] A teoria do domínio do fato, como gênero, deve ser aplicada no caso de crimes cometidos pelos altos dirigentes de entidades empresariais na sua espécie conhecida como domínio das organizações. Diferentemente da teoria do domínio do fato - cujo intuito principal é distinguir de maneira precisa as figuras do autor e do partícipe - a teoria do domínio da organização, também desenvolvida por Claus Roxin, situa-se como forma autônoma de autoria mediata, em que o líder da organização, dotado de poder de mando (“homem de trás”), determina a prática delitativa, podendo ser responsabilizado por esta¹³.

Vislumbra-se que, não obstante o desembargador tivesse ciência de que a teoria do domínio do fato e do domínio da organização não são denominações diversas para a mesma coisa, sustenta que a aquela há de ser aplicada a delitos empresariais, entendimento que, como se abordará adiante, é fortemente rechaçado por Claus Roxin.

O próprio magistrado, prosseguindo com o voto, procura justificar seu posicionamento, ao admitir que a referida teoria surgiu em um contexto sócio-político bastante específico, qual seja o estado totalitário alemão. Todavia, assevera que, a seu ver, “a mesma bem explica a atuação do autor mediato (“o homem de trás”) no contexto de crimes praticados por intermédio de organizações¹⁴”.

Defendendo uma importação maleável da teoria para o ordenamento jurídico brasileiro, o relator sustenta que esta se presta a “explicar a questão da autoria mediata de crimes no meio de empresas, que acaba por realizar atividades ilícitas, por meio de seus mais elevados administradores”, o que, em suas palavras, parece apropriado “ainda que originalmente ela exigisse apropriação ilícita das estruturas do Estado¹⁵”.

¹³ TRF4, op. cit., p. 71.

¹⁴ TRF4, op. cit., p. 71.

¹⁵ TRF4, op. cit., p. 71.

Em outras palavras, o julgador evidencia seu conhecimento quanto aos critérios originários para o correto uso da teoria, suas vicissitudes e limites. Ainda assim, defende que, em uma importação “abrasileirada” da criação de Roxin, seria plenamente possível - e desejável - englobar as empresas ao seu âmbito de aplicação, abordagem dogmática que lhe pareceu “apropriada” à hipótese, como ele próprio afirma.

Dando seguimento ao voto, declara que a mera posição hierárquica no interior de uma organização empresária não é o bastante para responsabilizar criminalmente o agente, mesmo com fulcro no domínio da organização. Para tanto, impõe-se que:

“[...] reste demonstrado que ele efetivamente participa na tomada de decisão, ainda que não realize pessoalmente os elementos tipificadores do crime, mas determine ou permite que seus subordinados hierárquicos o façam, para atender determinação do homem de trás e no interesse da organização¹⁶”.

Na hipótese, haveria provas suficientes para atestar que Marcelo atuava com poder de mando sobre o Grupo Odebrecht, estrutura empresarial orientada, segundo o Relator, para violar a ordem jurídica. Os delitos seriam cometidos sob a orientação do réu, “sendo que os executores mediatos eram empregados ou dirigentes da empresa e, como tais, fungíveis¹⁷”. Infere-se, assim, que o magistrado considerou os dirigentes da empresa, assim como seus funcionários, como fungíveis, isto é, prontamente substituíveis por outros que, da mesma forma, levariam a cabo os delitos idealizados por Marcelo.

Ao abordar o crime de lavagem de dinheiro, cuja prática também fora imputada a Marcelo, o Relator discorre acerca dos métodos utilizados para a consumação do delito. No ponto, narra:

O método utilizado para a lavagem de dinheiro consistiria na realização de múltiplas transferências bancárias para contas abertas em instituições financeiras sediadas no exterior, em nome de offshores, controladas de fato pela Odebrecht e pelos beneficiários finais das propinas pagas - RENATO DUQUE, PAULO ROBERTO COSTA e PEDRO BARUSCO -, em operações que contavam com diversos níveis e intensa complexidade¹⁸.

A Odebrecht, por meio de Marcelo, teria realizado inúmeros depósitos de suas próprias contas estrangeiras para aquelas controladas e geridas por agentes da Petrobrás. Enquanto presidente da *holding* do Grupo Odebrecht, Marcelo - segundo o julgador - “coordenava e autorizava os atos praticados pelos demais executivos da empresa quanto aos

¹⁶ TRF4, op. cit., p. 71.

¹⁷ TRF4, op. cit., p. 71.

¹⁸ TRF4, op. cit., p. 87.

pagamentos de propina em virtude de contratos obtidos com a Petrobras, mediante depósitos em contas correntes [...]”¹⁹.

Os mesmos e-mails e anotações no aparelho celular de Marcelo foram utilizados como meio de prova para atestar que este orientava os diretores do Grupo a fraudar as licitações com a Petrobrás, tendo sido empregados para corroborar com as acusações por lavagem de dinheiro, porquanto evidenciariam “seu conhecimento e atuação nas atividades ilícitas da empresa da qual era dirigente máximo”²⁰.

Sucessivamente, ao analisar o delito de associação criminosa, mais uma vez, os mesmos elementos de convicção são trazidos à tona - e-mails e anotações no celular de Marcelo - visto que teriam o condão de eliminar, de pronto, qualquer dúvida quanto à autoria delitiva do réu. Infere-se de excerto do acórdão:

Como já destacado, o acusado ocupava, à época dos fatos, o cargo de Presidente da holding do Grupo Odebrecht e, ao menos durante parte das condutas, a Presidência da própria Construtora Norberto Odebrecht. Ainda, diante da prova produzida e já amplamente analisada nos itens anteriores, não encontra respaldo nos autos a tese de que MARCELO não possuía ingerência na sociedade. Ao contrário, restou suficientemente demonstrado que o apelante participava ativamente das decisões estratégicas da empresa, inclusive no que se refere aos contratos com a Petrobras, conforme e-mails trocados com os demais executivos da empresa. O conjunto probatório demonstra com clareza, por fim, que embora não comparecesse pessoalmente às reuniões do "clube" de empreiteiras, MARCELO coordenava a atuação dos representantes da empresa, ROGÉRIO ARAÚJO e MÁRCIO FARIA, tanto é que após o desenrolar da "Operação Lava-Jato" demonstrou que garantiria a proteção destes e o reembolso dos valores que eventualmente viessem a perder por confisco judicial, como evidenciado nas anotações em seu celular²¹.

Em clara alusão à teoria do domínio da organização - já utilizada como razão de decidir em relação ao delito de corrupção - o Relator frisa que não há dúvidas da participação de Marcelo na associação criminosa em questão, integrada pelos demais diretores da empresa da qual era presidente²².

Ao final, o desembargador ao rechaçar as alegações da defesa no que tange à legalidade do Grupo Odebrecht - que, argumenta, não poderia ser tratada como uma organização criminosa - pontua que “diferentemente do que parecem sugerir as razões de apelação, é evidente que nem a denúncia nem a sentença apontam o próprio Grupo Odebrecht como uma associação criminosa, mas, sim, o grupo formado por alguns dos executivos da referida sociedade e outros indivíduos”²³. Ou seja, a empresa não seria voltada à criminalidade

¹⁹ TRF4, op. cit., p. 96.

²⁰ TRF4, op. cit., p. 96.

²¹ TRF4, op. cit., p. 103.

²² TRF4, op. cit., p. 103.

²³ TRF4, op. cit., p. 104.

econômica, mas apenas alguns agentes a ela vinculados, que teriam se unido com o fim último de cometer crimes.

Por conseguinte, conclui-se que, da análise sistêmica do julgado é possível aferir uma patente relação entre o presente acórdão e aquele proferido na Ação Penal 470. Inicialmente, tal semelhança se deve ao fato de versarem sobre delitos econômico-empresariais análogos; de igual forma, ambos dizem respeito a uma rede complexa e intrincada de delitos correlacionados, todos de difícil comprovação. Apesar das similaridades encontradas, é necessário pontuar a maneira distinta com que a teoria do domínio da organização foi empregada no bojo das referidas decisões, desta vez sob um viés crítico, não mais descritivo.

4.3 Análise crítica da aplicação do domínio do fato e do domínio da organização

Alaor Leite e Luís Greco (2015, p. 387), ao se debruçarem no estudo da Ação Penal 470, apontaram, em artigo publicado sobre a temática, a grande dificuldade hermenêutica de se analisar uma “decisão-monstro²⁴” como a presente, seja pela sua extensão, seja pelas peculiaridades do sistema jurídico brasileiro, dotado de uma forma singular de composição de decisões judiciais no que tange ao Supremo Tribunal Federal. De fato:

Cada um dos onze Ministros do STF lavra o seu próprio voto com própria fundamentação. Existe, é verdade, um relator para cada processo, ao qual os outros Ministros podem se referir e com o qual podem concordar, o que no entanto não é obrigatório e não ocorreu no presente caso. Há alguns anos, os julgamentos, nos quais tomam parte também os defensores, são transmitidos ao vivo em um canal televisivo coordenado pelo próprio Poder Judiciário (a chamada “TV Justiça”), que também pode ser acompanhado pela internet. As discussões e deliberações entre os Ministros são igualmente transmitidas; essas discussões e deliberações são transcritas e compõem, ao lado do voto de cada Ministro, a decisão judicial publicada.

Tendo isto em conta, assim como a pluralidade de manifestações - em número e em conteúdo - para fins metodológicos, no presente trabalho, optou-se por abordar os diversos pronunciamentos dos ministros do STF observada a ordem cronológica e sequencial em que cada membro se manifesta, tratando especificamente do emprego da teoria do domínio do fato e da teoria do domínio da organização no caso, com uma análise detida das argumentações elaboradas por cada um dos Ministros, no intuito de fundamentar sua posição frente ao tema.

Parte-se do Ministro Joaquim Barbosa, um dos mais ferrenhos defensores do emprego das teorias no Caso Mensalão. Para ele, trata-se do adequado arcabouço teórico a partir do qual examinar os delitos empresariais.

A mera pertinência da utilização da teoria, defendida pelo Ministro, é passível de questionamento, com fulcro nos estudos empreendidos por Alaor Leite e Luís Greco que, ao

²⁴ Denominação empregada no direito alemão para indicar decisões judiciais extremamente extensas

averiguarem o uso do domínio do fato e da organização na responsabilização dos ocupantes de cargos de alto nível hierárquico em sociedades empresariais, concluíram pela sua dispensabilidade, haja vista que:

Segundo a letra do art. 29, caput, CP, basta que o gerente da empresa tenha concorrido, ou seja, tenha contribuído causalmente para o crime, independentemente de ser considerado autor ou partícipe [...] A leitura tradicional do art. 29, caput, que entende o dispositivo à luz de um modelo extensivo e unitário de autor, não apresenta qualquer dificuldade na responsabilização do gerente de uma empresa. Se seu comportamento, isto é, ação ou omissão, for conditio sine qua non de resultados típicos, terá ele «concorrido para o crime», pouco importando que não tenha sido ele quem praticou a conduta humana que imediatamente precede esse resultado (GRECO; LEITE, 2014, p. 87).

Consoante se discorreu anteriormente, a teoria do domínio do fato – como gênero – e a teoria do domínio da organização – como espécie – foram elaboradas para permitir a identificação do autor e do partícipe de determinado fato delituoso, diferenciação essencial no Direito alemão, no qual vigora um sistema diferenciado de autoria.

Explicou-se também que há muita divergência na doutrina quanto ao sistema de autoria vigente no ordenamento jurídico pátrio, havendo quem defenda que o Brasil adota o sistema unitário de autor, quem advogue pela existência de um sistema diferenciado e, por fim, quem sustenta a presença de uma “teoria unitária temperada”.

Chegou-se à conclusão - não definitiva, mas admitida para fins deste trabalho - que o Direito brasileiro endossa este último sistema, no qual se diferencia a figura do autor da figura do partícipe, imputando-se a ambos o mesmo tipo penal, não obstante observado o caráter principal da autoria e acessório da participação.

Considerando que os doutrinadores entendem que, no Brasil, adota-se o sistema unitário de autoria, não conseguem explicar o porquê da menção à teoria do domínio do fato e do domínio da organização em uma decisão emanada pela Suprema Corte brasileira. Inferem, conseqüentemente, que a alusão a estes referenciais teóricos poderia se dar apenas sob duas possíveis circunstâncias:

[...] ou se abandona a premissa de que a mera contribuição causal fundamenta uma autoria, isto é, abandona-se o sistema unitário de autor, de modo que uma diferenciação entre autor e partícipe faz-se necessária [...] ; ou se entende por domínio do fato e domínio da organização algo completamente diverso do significado que a tradição jurídica alemã, que cunhou os termos, lhes atribui (GRECO; LEITE, 2015, p. 389).

Portanto, ao se adotar o entendimento defendido pelos doutrinadores, o art. 29 do Código Penal, por si só, representaria fundamento legal mais que suficiente para a responsabilização penal dos dirigentes de uma empresa envolvida em crimes econômicos.

Ainda mais paradoxal é a presunção de autoria dos dirigentes nos crimes cometidos por intermédio da empresa, que indica uma responsabilização objetiva vedada na seara penal, decorrente, tão somente, do papel desempenhado pelo agente na organização.

Mesmo em se tratando de delitos empresarias, nos quais a individualização e imputação de condutas ilícitas se revelam como um grande obstáculo a ser enfrentado pelos órgãos de persecução criminal, a responsabilidade penal dos controladores e administradores deve ser única e exclusivamente de cunho subjetivo, e não pelo simples fato de ostentarem a condição de controlador ou administrador (BITENCOURT, 2020, p. 687-688). Considerando que:

Entendimento contrário importará em reconhecer a responsabilidade objetiva, vedada pelo texto constitucional e pelo moderno Direito Penal da culpabilidade. Mantém-se em plena vigência o dogma secular *nulla poena sine culpa*, consagrado na expressão de Feuerbach, tornando-se inadmissível a responsabilidade objetiva. (Ibid., p. 687-688).

Bitencourt aponta que, a despeito de a teoria do domínio do fato indicar, como autor do ilícito, aquele que possui poder de decisão sobre a realização, ou não, do fato, “é indispensável que resulte demonstrado que quem detém posição de comando determina a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a simples “posição hierárquica superior”, sob pena de restar caracterizada uma autêntica responsabilidade objetiva (Ibid., p. 1239).

A culpabilidade, como integrante do conceito tripartite de crime, afigura-se como marco da evolução da dogmática penal, enfim “livre dos grilhões da responsabilidade objetiva” (GRACIANO, 2004, p. 59). O Ministro Joaquim Barbosa, ao advogar em prol de uma “presunção *iuris tantum* de autoria” descabida na área criminal - em virtude de sua incompatibilidade com os princípios constitucionais reitores do Direito Penal - vilipendia não só a teoria do domínio do fato e da organização, como o garantismo penal como um todo.

Ao seu turno, o Ministro Ricardo Lewandowski, em múltiplas ocasiões, no bojo da decisão, manifestou sua discordância quanto à aplicabilidade da teoria do domínio do fato (inúmeras vezes parecendo confundi-la com a teoria do domínio da organização). O Ministro considerou que a referida teoria foi invocada pelo Ministério Público apenas com o intuito de suprir uma patente ausência de provas, destinação a qual ela, por óbvio, não se presta.

Para fundamentar sua opinião, o Ministro evocou Claus Roxin, o qual teria rechaçado a aplicação do domínio do fato a delitos econômicos, visto que, nesta modalidade delitiva, não estaria presente a fungibilidade dos executores diretos, pressuposto essencial para a incidência da teoria. Nas palavras do jurista alemão, a fungibilidade seria passível de se verificar apenas

em Estados criminosos dentro do Estado, bem como em máfias e outras formas de criminalidade organizada.

Ao mencionar a fungibilidade dos autores imediatos e organizações dissociadas da ordem jurídica (Estados ilegítimos, máfias, etc), parece patente a imprecisão conceitual cometida pelo Ministro, posto que tais requisitos dizem respeito à teoria do domínio da organização, subespécie do domínio do fato, exercido através do domínio da vontade.

Esta foi a conclusão a que chegaram Luís Greco e Alaor Leite:

[...] há fundadas dúvidas sobre se alguns Ministros do STF, nos momentos em que se referem aos conceitos de domínio do fato e domínio da organização, de fato compreenderam o sentido e o alcance desses conceitos. É pesaroso, mas inevitável ter de afirmar que sequer a distinção entre as figuras do domínio do fato e do domínio da organização foi identificada e compreendida na decisão. **Os termos “domínio do fato” e “domínio da organização” são constantemente utilizados na decisão de forma indistinta e, por vezes, como sinônimos** (por exemplo, AP 470/STF, p. 56.816 e ss., Ministro Ricardo Lewandowski; p. 56.585 e ss., Ministro Ayres Brito) (2015, p. 390, grifo nosso).

A despeito das confusões teóricas, o Ministro demonstra pertinente preocupação no que toca ao possível emprego futuro da teoria por parte dos demais tribunais brasileiros. Frisa, a esse respeito, a relevância que possui o Superior Tribunal Federal no que tange à correta interpretação do constructo teórico e sua apropriada aplicação. O parecer de Lênio Streck segue a mesma lógica adotada pelo Ministro, porquanto o autor vislumbra a provável aplicação incorreta do referencial teórico, em virtude das imprecisões cometidas na decisão:

Começamos pela recepção da teoria do domínio do fato. O que me preocupa nessa recepção feita pela dogmática brasileira é a possibilidade de vulgarização de algumas teses. Mais: talvez o mais importante nesse julgamento não seja “o caso” do “inominável”, mas o modo como serão julgadas, no futuro, causas semelhantes no restante do Brasil. Sim, porque o Brasil, ao que consta, não acaba com o mensalão (2015, p. 99).

Com razão, o Ministro adverte que a leitura do domínio do fato feita por seus pares mostra-se arbitrária, tendo o condão de gerar uma responsabilização penal objetiva do agente daquele que ocupa uma posição de direção no interior de determinada organização, posição esta que implicaria, *a priori*, em um “domínio” sobre o fato delituoso.

Neste diapasão, Cezar Roberto Bitencourt adverte que a atribuição da responsabilidade penal aos diretores e administradores de uma sociedade empresária é plenamente possível, mas deve se fundar em elementos que extrapolam sua mera posição hierárquica:

[...] a responsabilidade penal dos controladores ou administradores será sempre possível, desde que devidamente individualizada e orientada subjetivamente, e não decorre pelo simples fato de ocuparem a posição de controlador ou administrador, sem haverem tido qualquer participação pessoal na realização dos fatos “qualificados de delituosos” (2020, p. 688).

Ao fim, Lewandowski discorre acerca da ausência de um dos pressupostos da teoria do domínio da organização - mesmo sem se referir a ela expressamente - afirmando a falta de fungibilidade dos autores imediatos, tendo em conta que os supostos responsáveis pela prática dos delitos investigados eram pessoas com “nome, sobrenome, RG e endereço”, logo plenamente individualizadas, motivo por que não se poderia falar em fungibilidade.

Aqui, cumpre citar Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 647) que sintetizam a fungibilidade na seguinte máxima: “se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá”. Ou seja, a fungibilidade diz respeito à possibilidade de substituição do executor direto, não ao seu anonimato - ou, ainda, à sua posição hierárquica no interior da organização - como parece argumentar o Ministro.

A despeito de pontuar, em determinado momento de seu voto, que a fungibilidade guarda relação com a pronta substitutividade do autor imediato, Lewandowski, ainda assim, associa-a a ideia de um “aviãozinho”, isto é, de alguém muito “insignificante” dentro do aparato de poder, concepção que destoava da adotada por Roxin.

O jurista alemão, ao tratar da temática, pontua que “a fungibilidade do executor induz à ideia de que o fato não depende da sua conduta, uma vez que, mesmo sem ele, outro de todo modo o realizaria (ROXIN, 2011, p. 2)”. Logo, não se está a medir a importância do autor imediato, mas a possibilidade de sua pronta substituição. Dessa forma, o Ministro aparenta ter cometido um equívoco quanto à compreensão do referido requisito.

Ao seu turno, o Ministro Gilmar Mendes, demonstrando exatidão teórico-dogmática, é o único, dentre os julgadores, a concluir que a teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização - como sua corolária - mostram-se desnecessárias no julgamento do caso, dado que, no Brasil, adota-se a teoria monista de autoria, segundo a qual, conforme já mencionado, todos aqueles que contribuem para a concretização do ilícito são considerados seus autores, na medida de sua culpabilidade.

Os juristas Luís Greco e Alaor Leite aderem à conclusão do Ministro, unindo-se à sua perplexidade frente à simples menção às teorias de Roxin por parte da Corte Superior, cujo emprego se mostrava desnecessário face à legislação penal de nosso país:

“causa espanto ainda maior o fato de o STF ter sequer chegado à ideia de mencionar a teoria do domínio da organização. Onde pode essa figura ser relevante, se se tem um sistema que parte da ideia de que toda contribuição causal fundamenta, automaticamente, uma autoria? A única resposta logicamente possível é: em lugar algum” (2015, p. 389).

Há que se concordar com o Ministro, haja vista que as teorias de Roxin se destinavam - e se ainda se destinam a tessitura de uma diferenciação entre autor e partícipe, diferença esta

que, no direito penal alemão, se mostra essencial, enquanto no ordenamento jurídico brasileiro não parece fazer sentido, caso adotemos a teoria unitária de autoria.

No que tange ao Ministro Celso de Mello, este, da mesma forma que o colega, Ministro Ayres Britto, defende a compatibilidade da teoria unitária de autoria e o domínio do fato.

O então presidente da Suprema Corte argumenta que a teoria do domínio do fato e a teoria unitária de autoria não se excluem mutuamente, podendo coexistir no mesmo sistema jurídico sem implicar em quaisquer contradições, pois, em sua visão, a adoção de uma ou de outra influência, tão somente, no *quantum* de pena a ser aplicado.

O Ministro, no ponto, diverge da melhor doutrina, que argumenta em sentido oposto, ao advogar que a teoria do domínio do fato é diferenciadora e restritiva do conceito de autor e, justamente por possuir este caráter diferenciador, se contrapõe, frontalmente, à teoria unitária, que sequer distingue entre autor e partícipe (LEITE, 2014, p. 57/58).

Não bastasse, a teoria do domínio do fato, assim como a teoria do domínio da organização, extrapolam a seara da dosimetria da pena, não tendo sido elaboradas com o fim de balizar o *quantum* de pena incidente na hipótese, porquanto, para tal fim, no ordenamento jurídico brasileiro, já dispomos de dispositivo legal que determina justamente que aqueles que concorrem para determinado delito serão punidos na medida de sua culpabilidade, sendo completamente dispensável a menção aos referenciais teóricos com tal objetivo, ao qual, repisa-se, não se prestam.

Por conseguinte, em razão do art. 29 do CP, seria dispensável a diferenciação da figura do autor ou do partícipe no que tange à dosimetria. Ao adotar a teoria unitária de autoria e classificar todos aqueles que contribuem, de alguma forma, para a concretização do crime, como autores, o *quantum* de pena a ser aplicado aos indivíduos, da mesma maneira, seria diretamente proporcional à contribuição causal de cada um dos agentes, mesmo ao se considerar todos como autores do delito.

A referência do Ministro às provas coligidas no curso da instrução processual é de extrema importância para a compreensão de seu real intuito com o emprego da teoria do domínio do fato e do domínio da organização - por ele também tratadas como sinônimos.

Com efeito, o Ministro afirma que os elementos probatórios seriam de tal forma robustos - no que tange à autoria delitiva - que não haveria sequer necessidade da teoria. Ou seja, de forma indireta, mas palpável, Celso de Mello revela que, se as provas angariadas ao longo do processo não fossem hábeis a sustentar a condenação dos acusados, seria sempre

possível recorrer à teoria do domínio do fato para suprir tal lacuna probatória, em clara malversação do referencial teórico, como pontua Alaor Leite:

A busca por critérios distintivos entre autor e partícipe é louvável e representa um esforço dogmático permitido pela redação de nosso art. 29, caput, do CP, mas não se pode utilizar a teoria do domínio do fato, de nenhuma forma e em linguagem bastante clara, para transformar o que seria absolvição em condenação. **Caso tenha sido essa a intenção do STF, ocorreu, como já foi dito, uma malversação da teoria** (2014 p. 57/58, grifos do autor).

Passa-se ao exame da fala da Ministra Rosa Weber, que explora a teoria do domínio do fato como auxílio teórico para contrapor o que os defensores dos acusados afirmaram ser denúncias genéricas. A defesa dos réus sustentou que o órgão ministerial não se desincumbiu de sua obrigação de delimitar as supostas condutas ilícitas perpetradas pelos acusados, optando por uma imputação genérica, direcionada à pessoa jurídica da qual os respectivos réus eram integrantes.

A Ministra confessa que, em relação ao núcleo operacional, não se explicitou a conduta imputada a cada um, mas que o domínio do fato servia de fundamento à higidez da denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça.

Possível detectar, novamente, a utilização do domínio do fato como sinônimo para um “dever saber”, ou ainda, um “supõe-se saber” daqueles que formavam a cúpula das organizações empresariais envolvidas. Afastam-se, assim, os requisitos inerentes à denúncia, delimitados no art. 41 do Código de Processo Penal, sob o pretexto de que o domínio do fato e o domínio da organização seriam os instrumentos aptos a superar as dificuldades de individualização das condutas na seara dos crimes societários.

Alexandre Knopfholz (2013, p. 27-39) observa que “diante da incontestável dificuldade de identificação de autoria em crimes praticados no seio de uma empresa, são oferecidas denúncias genéricas, sem se individualizar a conduta de cada sócio, diretor ou gestor de uma pessoa jurídica”.

Não obstante se trate de uma prática amplamente utilizada – e muitas vezes recepcionada pelos órgãos julgadores – a denúncia genérica não encontra amparo na teoria do domínio do fato que, de forma alguma, afasta a necessidade de uma imputação clara e individualizada para os delitos praticados por determinado agente, sejam eles da natureza que forem.

No ponto, Marcelo Kintzel Graciano destaca:

[...] a premissa lógica da incriminação não se funda na posição ocupada pelo sócio ou administrador junto ao ente coletivo, sendo irrelevante o indivíduo estar em posição hierarquicamente destacada dos demais, tal como presidente, gerente delegado (nos estatutos sociais). A responsabilidade em sede criminal exige ab imtio

a prática da conduta descrita no tipo incriminador ou ao menos que para ela tenha concorrido o agente na forma de induzimento, instigação ou cumplicidade, regidos pelo dolo ou pela culpa (2004, p. 63).

Por conseguinte, pode-se afirmar que o domínio do fato por parte daquele identificado como autor de um delito não exime os órgãos de persecução penal de delimitar as condutas ilícitas por ele, em tese, perpetradas.

O último pronunciamento que será analisado é de autoria da Ministra Carmen Lúcia que, brevemente, apoia-se na teoria do domínio do fato apontando que, a partir dela, conclui-se, necessariamente, pela existência de uma quadrilha voltada à prática de crimes. Possível inferir que o desiderato da Ministra era o de criar um argumento que se retroalimenta e que pode ser assim resumido: como se constatou a existência de uma associação criminosa destinada à realização de ilícitos, a teoria do domínio do fato incide na hipótese e, pelo fato de o domínio do fato ser aplicável no caso, ele indica a presença de uma associação criminosa.

Lênio Streck, ao escrever acerca do uso do referencial teórico na AP 470, faz menção a um “drible hermenêutico”, que parece se adequar ao excerto do voto da Ministra Carmen Lúcia. Streck, rememorando as lições do iminente jurista Warat, narra que o doutrinador elaborou o conceito de senso comum teórico dos juristas, que viria a ser:

[...] a maneira pela qual a dogmática jurídica instrumentaliza tais questões. Certamente, respaldado na funcionalidade de suas próprias ficções e fetiches, o senso comum teórico dos juristas renuncia a ser um meio de compreensão do mundo para ser um modo de aumentar a autoridade de alguns homens sobre outros. (STRECK, 2015, p. 98, apud, WARAT, 1994, p. 98).

Ante tais considerações, adere-se às críticas contundentes de Aflen (2014, p. 27) que sustenta que a Corte, “no afã de proceder à delimitação da autoria dos acusados, [...] utilizou de uma anomalia, a qual intitulou de “teoria do domínio do fato”. Prossegue o jurista:

De forma absolutamente incongruente, ao longo de mais de oito mil páginas que integram o acórdão, a Corte fundiu teorias incompatíveis entre si, não especificou os critérios que utilizou para nortear aquilo que denominou de “domínio do fato, e, sobretudo, deixou de indicar analiticamente dados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão” (Ibid., p. 27).

Diante do exposto, considerando os requisitos de aplicação da teoria do domínio da organização que, repisa-se, são (1) o poder de mando do “homem de trás”, (2) a dissociação do aparato de poder da ordem jurídica vigente e a (3) fungibilidade dos executores imediato, vislumbra-se que os requisitos (2) e (3) foram mal compreendidos pelos Ministros, para além de, muitas vezes, frontal e voluntariamente violados, ou mesmo, ignorados.

Alaor Leite e Luís Greco (2015, p. 390) sintetizam que a má utilização da teoria do domínio da organização na decisão se deve ao objetivo precípua – e encoberto - da Corte, de valer-se da teoria como “função fundamentadora de punibilidade”. Segundo os juristas, o constructo teórico não foi empregado para atingir a finalidade para a qual fora criado, isto é, como critério de diferenciação entre autoria e participação, mas como “o caminho para fundamentar a responsabilidade penal dos sujeitos em posição de comando [...]. Não se tratou, na decisão, da questão autor/partícipe, mas da questão punível/impunível” (Ibid., p. 390).

Pode-se vislumbrar cenário análogo na Lava Jato, não obstante os desvios e falhas cometidos pelo julgador na hipótese que aqui será estudada, tenham sido de natureza um pouco diversa. Contudo, conforme se poderá aferir, a teoria do domínio da organização foi igualmente aplicada sem respeito aos seus requisitos de incidência, bem como para a consecução de objetivos alheios à teoria.

Inicialmente, cumpre frisar que no julgamento de Marcelo Odebrecht, é possível apreender uma maior precisão técnica no uso da teoria do domínio da organização, quando comparada a seu emprego no Caso Mensalão. Todavia, segundo se passará a demonstrar, longe de se isentar de críticas.

Consoante já apontado, a teoria do domínio da organização pressupõe a concorrência de três requisitos. No bojo da decisão é possível vislumbrar que o julgador, ao contrário da parcela majoritária dos membros da Suprema Corte na Ação Penal 470 gozava de plena clareza teórica em relação à diferença entre as teorias do domínio do fato e da organização, tendo tecido considerações sobre ambas.

O desembargador admite expressamente seu conhecimento quanto ao requisito de dissociação do aparato de poder da ordem jurídica, bem como do contexto de criação da teoria do domínio da organização, destinada a instituições atuantes à margem da legalidade. Nada obstante, argumenta que o marco teórico há de ser aplicado às organizações empresariais, advogando em prol de uma importação “mitigada” da teoria.

Claus Roxin (2011, p. 2), como já mencionado neste trabalho, discorda frontalmente da adoção da teoria para as sociedades empresariais. O jurista destacou, em artigo publicado sobre a temática, seu inconformismo quanto à aplicação do domínio da organização às instituições empresariais, ao narrar que o Supremo Tribunal Federal alemão, no ano de 1994, contra sua vontade, estendeu a teoria a empreendimentos econômicos, tendo ratificado esta jurisprudência em numerosas sentenças posteriores.

As empresas representam entidades legais, chanceladas pelo Estado como atores econômicos cuja atuação se destina à geração de lucro através do fornecimento de produtos

e/ou serviços. Quando delitos empresariais são cometidos por intermédio da pessoa jurídica, tais crimes são considerados como desvios, porquanto afastados do objetivo original da instituição. Augusto Assis e Luís Greco apontam que:

Uma ordem ilícita emitida no âmbito de uma estrutura empresarial por um gerente e cumprida por um funcionário não preenche, contudo, os requisitos da teoria originalmente proposta por Roxin. Como as empresas não são organizações dissociadas do direito – pelo contrário, estão sujeitas a diversos controles realizados por diversos órgãos estatais – não se pode, segundo o modelo original, falar em um domínio da organização nos casos de crimes cometidos a partir de uma empresa. (2014, p. 102).

Na contracorrente do entendimento predominante em relação à inaplicabilidade do domínio da organização às empresas, pode-se mencionar Busato (2015, p. 713-716), que defende que a construção teórica pode ser estendida às sociedades empresariais, sob o fundamento precípua de que o critério da desvinculação ao direito é artificial, não correspondendo à realidade criminológica.

O julgador, ao tratar sobre os crimes econômicos cometidos por intermédio do Grupo Odebrecht, reconhece que, a grande dificuldade, em se tratando de delitos desta natureza, jaz na análise da responsabilidade dos gestores e administradores da organização.

A problemática é notória, conforme já mencionado, decorrendo, principalmente, da complexidade da organização empresarial, resultante das estruturas verticais e horizontais nela presentes, que dificultam sobremaneira a responsabilização das pessoas físicas nos crimes empresariais. Knopfhoz e Scandelari (2021, p. 191) sintetizam: “a própria estrutura das empresas transforma-se em escudo para aqueles que dela se utilizam para delinquir”.

Não se ignora que a fixação da autoria nos crimes empresariais é complexa, e muitas vezes a estrutura organizacional é voltada para ocultar os efetivos responsáveis (BOTTINI, 2013); todavia, não se pode apenas ignorar os requisitos de aplicação da teoria do domínio da organização – caso se opte por invocá-la - sob o fundamento da dificuldade de responsabilização penal.

Com o intuito de justificar sua posição, o desembargador assevera que a prática de ilícitos representava uma verdadeira política corporativa do Grupo Odebrecht, ou seja, não se estaria a falar de uma anomalia, mas de um direcionamento planejado do grupo econômico, idealizado e coordenado por Marcelo Odebrecht.

Contradizendo-se, de certa forma, ao rechaçar as teses defensivas do réu no que tange à legalidade do Grupo, assevera que, em momento algum foi sustentado, seja por ele, seja pela acusação, que a Odebrecht representava uma organização criminosa, e sim que alguns de seus

integrantes associaram-se para perpetrar delitos, ou seja, apenas parcela do Grupo empresarial possuía tal finalidade escusa.

Augusto Assis e Luís Greco, em estudo aprofundado sobre o tema, questionam se, por intermédio do emprego da teoria do domínio da organização, a responsabilização penal dos dirigentes, em crimes empresariais, seria de alguma forma facilitada. A resposta a que os autores chegam é negativa. Com efeito, apontam que:

Nem assim se iria além do que se pode já fazer com base na leitura tradicional do art. 29, caput, CP. Afinal, o superior hierárquico que emitiu um comando posteriormente executado «concorre para o crime», porque deu causa ao resultado. A figura do domínio da organização só faz sentido em um sistema que diferencie autor e partícipe, isto é, em um sistema assentado em bases diversas daquelas que são as de que parte interpretação mais natural do regime do concurso de pessoas constante no CP. É estranho, assim, que se recorra justamente ao domínio da organização para alegar que, com essa figura, «finalmente» será possível «alcançar» o homem de trás. Esse homem de trás sempre foi «alcançado» pela interpretação tradicional do art. 29, caput, CP (2014, p. 106).

Explica-se: o artigo 29 do Código Penal, por si só, já permitiria que o “homem de trás” fosse responsabilizado penalmente pelos delitos cometidos através de uma instituição empresária, tendo em conta que, comprovado que concorreu, em algum grau, para o crime, seria abrangido pelo dispositivo legal, sem qualquer necessidade de se invocar a teoria do domínio da organização.

Considerando-se a conclusão dos mencionados juristas, possível vislumbrar, de forma mais clara, a distorção na aplicação do referencial teórico, dada sua desnecessidade, desde que comprovada a contribuição do dirigente na empreitada criminosa cometida através da organização empresarial por ele liderada.

De fato, “a contribuição ativa do administrador do negócio deixa-se, muito frequentemente, presumir, mas não provar” (SCHUBARTH, 1976, p. 370), precisamente o que parece ter ocorrido no caso em tela.

Consciente da complexidade dos crimes *sub examine*, o Juízo se demonstra conhecedor da indispensabilidade das provas em se tratando de imputações penais, assim como da dificuldade de obtenção de tais elementos probatórios no contexto de delitos empresariais de grande vulto. Ainda assim, considera que as provas angariadas no decorrer da instrução processual seriam suficientes para embasar a condenação de Marcelo Odebrecht.

O julgador atribui a Marcelo o papel de mandante dos crimes perpetrados por intermédio do Grupo, assim como aqueles levados a cabo pelos dirigentes e executivos da Odebrecht; ou seja, ele seria o autor mediato dos delitos, enquanto os dirigentes e executivos

da organização seriam os autores imediatos, atuando de maneira direta na concretização dos ilícitos planejados e intencionados por Marcelo.

Parte-se, então, para um ponto de extrema relevância, qual seja a fungibilidades dos executores imediatos, pressuposto para a incidência da teoria do domínio da organização. Tendo por óbvio o preenchimento do requisito, o desembargador assevera que os dirigentes e executivos do Grupo Odebrecht eram figuras fungíveis.

É facilmente observável que ocupantes do alto escalão organizacional de um grupo econômico de grande porte – como o Grupo Odebrecht – não poderiam, de pronto, serem substituídos por outros indivíduos. O complexo e intricado esquema criminoso - em tese integrado pelos dirigentes do Grupo - pressupunha um elo de confiança entre tais agentes e o suposto mandante dos crimes, Marcelo. A ligação entre os acusados deveria ser íntima a ponto de permitir o sucesso da empreitada, diminuindo o risco de que algum dos envolvidos delatasse o esquema criminoso. Knopfhoz e Scandelari esclarecem que:

[...] diferentemente do que ocorre com as estruturas estatais, por exemplo, em que aquele que simplesmente executa o crime faz parte de uma massa de manobra dos superiores hierárquicos, nos sistemas empresariais os funcionários, em regra, são pessoas instruídas e esclarecidas, muitas das quais com conhecimento específico de suas áreas de atuação (2021, p. 200).

A dissociação da ordem jurídica é diretamente relacionada à fungibilidade dos executores imediatos, dado que, conforme destacam Assis e Greco (2021, p. 200), “apenas em uma organização que está completamente alheia aos comandos da ordem jurídica existiria a pronta substituíbilidade de cada executor”. Os autores concluem com o questionamento acerca da possibilidade, ou não, de haver fungibilidade de agentes no seio de uma organização não dissociada do direito, principalmente tendo em conta a possibilidade, sempre à espreita, de uma responsabilização cível e criminal pelos ilícitos praticados, possibilidade esta que não existiria se estivermos tratando de uma instituição constituída à margem da legalidade.

Para mais, afirma-se, na decisão, que os agentes estatais envolvidos nos ilícitos tratavam diretamente com os dirigentes do Grupo – Márcio Faria, Rogério Araújo e César Rocha – a respeito do pagamento de propina. Infere-se, do fato, que os agentes públicos relacionavam-se de forma pessoal com os referidos executivos, como peças chave no sucesso da empreitada criminosa. Logo, pode-se coligir que os executivos da corporação não seriam substituíveis com facilidade, por estarem pessoal e individualmente envolvidos.

No que tange ao delito de lavagem de dinheiro, também imputado a Marcelo Odebrecht, o Juízo emprega a teoria do domínio da organização para atribuir-lhe a autoria dos crimes. Os autores imediatos, mais uma vez, seriam os diretores do Grupo Odebrecht,

enquanto Marcelo seria o autor mediato. O julgador enfatiza a posição de “dirigente máximo” ocupada pelo réu, para concluir seu inequívoco conhecimento quanto aos delitos de lavagem de capitais.

Da análise do julgado, verifica-se que as mesmas provas – quais sejam os e-mails trocados com os diretores do Grupo empresarial, em tese os autores imediatos dos delitos, tanto como as anotações de lavra de Marcelo, localizadas em seu celular – foram empregadas para condenar o réu por nove delitos de corrupção ativa, quarenta e sete delitos de lavagem de dinheiro e pelo crime de associação criminosa.

Necessário tecer breves apontamentos quanto ao papel das provas no processo penal. A fim de amparar uma condenação na seara penal se faz necessário que os fatos criminosos imputados à parte ré estejam comprovados acima de qualquer dúvida razoável. Está-se a tratar dos *standards* de prova, que representam “criterios que indican cuándo se ha obtenido la prueba de un hecho, es decir, criterios que indican cuándo se justifica aceptar como verdadera la hipótesis que describe (ABELLÁN, 2005, p. 129)²⁵.

No que tange à figura do julgador, destinatário último das provas amealhadas nos autos, Vinicius Gomes de Vasconcellos (2021, p. 200) destaca que “o fato de o juiz estar convencido é condição prática para a determinação da decisão, mas não é justificação legítima de seu conteúdo”. Badaró (2014, p. 262), complementando, assevera que “o convencimento psicológico do juiz é uma condição necessária, mas não suficiente”.

Por conseguinte, para além do convencimento do juiz acerca da verossimilhança das acusações formuladas pelo órgão acusatório, é necessário – verdadeiramente indispensável, em verdade – que haja um conjunto de provas apto a atestar a autoria e materialidade delitivas.

Lênio Streck (2012) aponta, justamente, que em um cenário de delitos complexos, nos quais há uma grande dificuldade na obtenção de provas a amparar a acusação, bem como a prolação de uma eventual condenação criminal, a teoria do domínio do fato pode ser empregada de forma deturpada, “em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém”.

Diante destas considerações, pode-se, desde já, confirmar que dois, dos três requisitos, para a incidência da teoria do domínio da organização foram totalmente desconsiderados: a

²⁵ Tradução: critérios que indicam quando se conseguiu a prova de um fato, ou seja, critérios que indicam quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que descreve (ABELLÁN, 2005, p. 129, tradução nossa).

dissociação do aparato de poder da ordem jurídica vigente e a fungibilidade dos executores diretos. O referencial teórico, tal como idealizado por Claus Roxin, não foi respeitado, posto que violados tais pressupostos de aplicação. A teoria aplicada pelo julgador representa uma adaptação e distorção proposital do domínio da organização, na tentativa de fazê-la ocupar um lugar que não lhe cabe.

5 CONCLUSÃO

Neste sentido, o presente trabalho apresenta a seguinte indagação: “pode-se dizer que a teoria do domínio da organização, quando invocada, foi utilizada pelo Poder Judiciário brasileiro nos moldes e termos delimitado por seu precípua idealizador, Claus Roxin?”.

Apresentou-se, introdutoriamente, hipótese no sentido de que o constructo teórico foi empregado, de forma deturpada, em ambas as ações penais, considerando a inobservância dos requisitos da fungibilidade dos executores imediatos e da dissociação do aparato de poder da ordem jurídica vigente, enquanto pressupostos de incidência da teoria.

Para avaliar tal hipótese, o trabalho, orientado pelo método indutivo, de início, se debruçou sobre todas as referências do domínio da organização encontradas na Ação Penal n. 470 do STF – avaliando-se, individual e detidamente - as falas dos Ministros da Suprema Corte que aludiram à teoria. Procedeu-se, de igual forma, em relação ao acórdão da Apelação Criminal n. 5036528-23.2015.4.04.7000/PR. Após, comparou-se a teoria e seus pressupostos de incidência, assim como definidos por Claus Roxin, com os respectivos usos que dela se fizeram nas decisões.

A partir do exame críticos dos julgados, é possível afirmar que a teoria do domínio da organização foi utilizada em claro desrespeito aos seus pressupostos de incidência – precipuamente a fungibilidades dos executores imediatos e a desvinculação do aparato de poder da ordem jurídica.

Aplicou-se o constructo teórico a empresas, constituídas e atuantes dentro da legalidade, em afronta à necessidade de apartamento da institui’ção do Direito, elemento essencial para a caracterização e exercício do domínio por parte do “homem de trás”. Sustentou-se (ou ainda, presumiu-se) a fungibilidade de peças importantes e insubstituíveis no esquema criminoso, pressuposto intrinsecamente correlacionado ao anterior.

Em momento algum foram tecidas quaisquer considerações quanto à relevância da diferenciação entre autores e partícipe, única verdadeira razão de ser da teoria.

Em ambos as ações penais o domínio da organização foi instrumentalizado para conferir ares de cientificismo a uma conclusão íntima dos julgadores, que pode ser sintetizada na seguinte pergunta retórica: como os dirigentes de uma empresa envolvida em um complexo e intrincado esquema de corrupção poderiam não saber ou não estar incluídos neste esquema?

Os magistrados, já convencidos da culpabilidade dos acusados e com poucas provas à disposição para fundamentar suas conclusões, valeram-se da teoria do domínio da organização a título de subterfúgio dogmático.

Longe de ser empregado para diferenciar autor e partícipe, o constructo teórico fundamentou a condenação dos réus, mesmo quando o parco arcabouço probatório conduzia ao caminho da absolvição. A individualização das condutas ilícitas perpetradas pelos acusados foi substituída por uma imputação genérica, sedimentada em um dever-saber dos réus, derivado de um suposto “domínio da organização”.

A teoria foi utilizada pelas Cortes como uma ferramenta supostamente imprescindível para o combate à criminalidade econômica, uma arma conceitual contra a indesejável, mas plausível, impunidade das figuras de maior destaque na estrutura política e empresarial envolvidas nos grandes escândalos de corrupção. A posição de liderança ocupada por estes acusados foi correlacionada com um domínio ilimitado e absoluto sobre a estrutura de poder que lideravam.

Desconsiderou-se a necessidade de uma conduta, seja ela comissiva ou omissiva, bem como do elemento volitivo do agente, consubstanciado no dolo ou na culpa, para suplantar referidos pressupostos com uma suposta conduta e uma hipotética vontade do agente, ambas diretamente decorrentes de seu cargo e, portanto, presumidas.

Conforme discutido ao longo deste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro, por si só, já permitia que esses “grandes figurões” fossem responsabilizados pelos crimes praticados, não havendo qualquer necessidade de se apelar para teorias estrangeiras, adaptando-as de maneira acrítica.

O que houve foi um apelo à teoria alemã, com o fim último de mascarar uma imputação objetiva fundamentada na mera posição hierárquica dos envolvidos, prescindindo-se de maiores provas dos crimes, suplantadas por uma forte - e aparentemente legítima - fundamentação teórica.

Portanto, a hipótese introdutoriamente apresentada pôde ser verificada ao longo do trabalho, que permitiu formular conclusão no sentido de que os pressupostos de incidência da teoria do domínio da organização, cunhados por Claus Roxin, não foram observados.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOSO, Gustavo Eduardo. **Los límites de la autoría mediata:** criterios para la justificación de la manipulación del sujeto instrumento por parte del autor mediato. Editorial B de F, 2012.

AÇÃO PENAL 470. **Memória Globo.** São Paulo. 28 out. 2021. Disponível em:

<https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/coberturas/mensalao/noticia/acao-penal-470.ghtml>. Acesso em: 10 fev. 2022.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 9, n.º 4, p. 605-626, 1999. Disponível em:

https://www.academia.edu/22654583/A_posi%C3%A7%C3%A3o_de_garante_dos_dirigentes_no_%C3%A2mbito_da_criminalidade_de_empresa. Acesso em 24 de set. de 2021.

ALFLEN, Pablo Robrigo. **Participação em grupo, associação ou escritório como lavagem de dinheiro:** uma abordagem funcionalista normativista do art. 1º, § 2º, inciso II da lei 9.613/1998. Delictae Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito, v. 6, n. 11, p. 142-169, Dez. 2021.

AMBOS, Kai. **Direito Penal:** fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

_____. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, Universidad Externado, Bogotá.1998.

ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de. **Causalidade e Direito Penal.** Recife: Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, ano 1, n. 1, p. 169-183, jan./jun. 2003.

AZEVEDO, Reinaldo. **Mensalão foi o maior caso de corrupção do país, diz Gurgel.** Veja Online, São Paulo, 28 jul. 2012. Disponível em:

<https://veja.abril.com.br/coluna/reinaldo/mensalao-foi-o-maior-caso-de-corrupcao-do-pais-diz-gurgel/>. Acesso em: 19 fev. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BALTAZAR JR., José Paulo. **Standards probatórios no processo penal.** Revista AJUFERGS, v. 4, p. 161- 185, 2007.

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

BERRUEZO, Rafael. **Responsabilidad penal en la estructura de la empresa**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BORBA; DIAS. **O domínio da organização como forma independente de autoria mediata à luz do referencial teórico de Claus Roxin**. *Disciplinarum Scientia. Série: Sociais Aplicadas*, Santa Maria, v. 10, n. 1, p. 95-107, 2014.

BRASIL. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Decreto nº 4.388, de 25 set. 2002.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código Penal**. Decreto Lei nº 2.848, de 7 dez. 1940.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** - AP: 470/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de Julgamento: 17/12/2012. Data de Publicação: 4 fev. 2013, p. 145.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). **Apelação Criminal n. 5036528-23.2015.4.04.7000/PR**. Relator: João Pedro Gebran Neto. Data de Julgamento: 12/09/2018. Data de Publicação: DJ 15/09/2018.

BRODT, Luís Augusto Sanzo; SANTOS, Mathias Oliveira Campos. **O domínio por organização no direito comparado**. *Revista de Direito Viçosa*, v. 13, n. 01, 2021.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. Tomo 2. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CARBONARI, Vlailton Milani Viegas. **Autoria mediata no concurso de pessoas: um estudo comparativo entre os conceitos de Roxin e Alflen à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 91-134, nov. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/69909/44839>. Acesso em: 19 jan. 2022.

COELHO, Cecília Choeri da Silva. **Responsabilidade individual nos crimes de empresa. Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial / organizadores Artur de Brito Gueiros Souza, Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara**. Brasília: ESMPU, 2018.

CONDE, Francisco Munoz; OLÁSULO. *JICJ*, t.9, 2011, p. 116-120.

DE VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro.** Revista Direito GV, São Paulo, v.16, n. 2, p. 1-26, 2020.

DOTTI, René Ariel Dotti. **Concurso de pessoas.** Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:** estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Autoria e participação delitiva:** da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 1, n. 2, out. 2006, p. 129-151.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho.** 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FISCHER, Douglas. **Requisitos de Denúncias Penais que envolvam Delitos Complexos e/ou com Autoria Delitiva.** Item n.4, 2012.

GASCÓN ABELLÁN, Maria. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos.** Doxa, n. 28, p. 127-139, 2005.

GRACIANO, Marcelo Kintzel. **O concurso de pessoas nos crimes societários.** Dissertação (Mestrado de Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

GRECO, Luís et. al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.** Direito Penal e Criminologia, 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato:** sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. Revista dos Tribunais, v. 933, p. 61-84, jul. 2013.

_____. **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”). Revista [Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft Online, ZIS 7-8, p. 386-393, 2015.](#)

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. **O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa.** In: Greco, Luís et all. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal Parte General**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. **Sobre la teoría de la pena. Trad. por Manuel Cancio Meliá**. Bogotá: Univesidad Externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del Derecho, Cuadernos de Conferencias y artículos n. 16, 1998.

JESCHECK, Hans-Henrich. **Tratado de Derecho Penal**. t. II, Barcelona: Bosch, 1981.

_____.; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte geral**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada e ampliada. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio De. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito Penal**, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 1991.

_____. **Direito penal, volume 1** : parte geral. 32. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**. Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KIRCHER, Luís Felipe S. **O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato**: visão geral, direito comparado e o Tribunal Penal Internacional. Revista Due In Altum, v. 10, n. 20, p. 179- 206, jan./abr. 2018.

KNOPFHOZL, Alexandre; SCANDELARI, Gustavo Britta. **A (in)aplicabilidade da teoria da autoria por domínio organizacional nos crimes empresariais**. Direito, universidade e a advocacia: uma homenagem à obra do Prof. Dr. René Ariel Dotti, organização de Paulo César Busato, Gustavo Britta Scandelari – Curitiba: Gedai, Universidade Federal do Paraná, p. 189-204, 2021.

LINHA DO TEMPO DA LAVA JATO. Globo Online. São Paulo. 4 set. 2015. Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/politica/2015/lava-jato/linha-do-tempo-da-lava-jato/>.

Acesso em 31 jan. 2022.

LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**, Trad. Luis Jimenez de Asúa. 4ª ed. Madrid: Reus, 1999.

MACHADO, Renato Martin. **Do concurso de pessoas**: delimitação entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Minas Gerais, 2013.

MATA, Carolina Souza. **Teoria do Domínio do fato nos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro**. Parahyba Judiciária, João Pessoa, v. 11, n. 11, p. 131-155, ago. 2018.

MESTIERI, João. **Teoria elementar do Direito Criminal**. Rio de Janeiro: 1990.

- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Entenda o caso. Brasília.** s/d. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** São Paulo: Atlas, 1985.
- NANAKA, Humberto Massahiro. O STF e o caso “mensalão”: hibridismo, expertise e política. Dissertação (Mestrado de Ciências Sociais) - Faculdade de Sociologia, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2020.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Problemas de autoria y participación en el derecho penal econômico, o como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el âmbito de la delincuencia econômica.** Revista Penal, n. 9. LA LEY S.A.
- MOURA, Bruno. **Autoria e participação nos crimes desde a empresa:** bases para um modelo de imputação individual. Revista CEPPG, nº 25, ISSN 1517-8471, p. 54 – 70, 2011.
- NIEVA FENOLL, Jordi. **La duda en el proceso penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal.** 29. ed., vol. 1., São Paulo: Saraiva, 1991.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado,** 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PEDRAZZI, Cesare; COSTA Júnior, Paulo José da. **Direito Penal Societário.** 2 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- PRADO, Alfredo. "Mensalão", um dos maiores escândalos políticos do Brasil, começa a ser julgado hoje. Disponível em: www.portugaldigital.com.br. Acesso em: 25 jan. 2022.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 13.^a edição revista, atualizada e ampliada 4.^a tiragem, 2018.
- _____. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PRADO, Mariana Mota; MACHADO, Marta R. de Assis. **Uso do direito penal para combater a corrupção:** potencial, riscos e limitações da Operação Lava Jato. Tradução Matheus de Barros. Revista Direito GV, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 1-61, maio/ago. 2021.
- PRATES, Renato Martins. **A acusação genérica nos crimes societários.** Revista CEJ, v. 4, n. 10, p. 35-41, 2000.
- PRETE, Renata Lo. Contei a Lula do "mensalão", diz deputado. **Folha Online,** São Paulo, 06 jun. 2005. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u69403.shtml>. Acesso em: 19 fev. 2022.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal: Parte Geral**, Barcelona: PPU, 1985.

RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato**. Tradução e organização de Alaor Leite et al. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROXIN, Claus. **Problemas de autoría y participación em la criminalidad organizada**. Revista Penal, n. 2, p. 61-65, jul. 1998.

_____. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Revonar, 2000.

_____. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, v. 4, n. 3, p. 69-94, 2009.

_____. **Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (organisationsherrschaft)**. Revista de derecho penal y criminología, La Ley, Buenos Aires, n. 3, p. 3 ss, 2011.

_____. **Desarrollo y recepción de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**. Escuela Alemana De Ciencias Criminales Y Dogmática Penal Alemana, Göttingen: Cedpal Uni Göttingen, 2019.

_____. **Observações sobre a decisão da Corte Suprema Peruana no caso Fujimori**. Tradução de Alaor Leite. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 19, n. 91, p. 11-20, jul./ago. 2011.

_____. **Autoría y dominio del hecho em Derecho Penal**. Tradução da 9. ed. por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016.

_____. **Sobre a Mais Recente Discussão Acerca do Domínio da Organização (Organisationsherrschaft)**. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (coord). Desenvolvimentos Atuais das Ciências Criminais na Alemanha. Brasília, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, v. 4, n. 3, p. 69-94, 2009.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**, trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa, Vega Universidade, 1998.

SALOMÃO, Tatiana Treuherz. **Da possibilidade do recebimento da denominada denúncia genérica nos crimes societários: garantias constitucionais x atividade repressiva do Estado**. 2013. Monografia (Especialização) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

- _____. **Direito Penal** - Parte Geral. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- SANTOS, Matheus Feitosa dos. **Necessidade ou não da aplicação da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro**. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógicoobjetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro**. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 29-62, 2005. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76054. Acesso em: 23 fev. 2022.
- SILVA, Danielle Souza de Andrade E. Relação de causalidade e imputação objetiva do resultado. Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região (ESMAFE), 2002. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/152/144>. Acesso em 10 jan. 2022.
- SOLER, Sebastian. **Derecho Penal argentino**, 3ª ed., Buenos Aires: TEA, 1970.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 21, n. 105, p. 59-93, nov/dez. 2013.
- STRECK, Lênio Luiz. **O mensalão e o domínio do fato – tipo ponderação**. Consultor Jurídico, 6 ago. 2012. Disponível em: conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mansalaodominio-fato-algo-tipo-ponderacao.
- _____. **As incongruências da doutrina: o caso da AP 470, a teoria do domínio do fato e as citações descontextualizadas**. Revista de Estudos Criminais, v.12, n. 56, p. 97-111, jan/mar. 2021.
- TAVARES, Juarez. **Direito Penal Parte Geral**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1976.
- _____. **Fundamentos da teoria do delito**. 2ª. Ed. São Paulo: Tirant. 2020.
- TPI. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: . Acesso em: 10 fev. 2022.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual do Direito Penal Brasileiro** – parte geral. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- _____; _____. **Manual de direito penal Brasileiro** - volume I: parte Geral. 9ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.