

Domínio do fato à brasileira: na prática, a teoria é outra - Uma análise da relação entre a denúncia genérica em crimes societários e a aplicação da teoria do domínio do fato, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Daniella Maia Lósson¹

José Danilo Tavares Lobato²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo inicia com um panorama acerca dos fundamentos da teoria do domínio do fato para, então, voltar seus olhos à jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. A perspectiva analítica acerca das decisões dos Tribunais Superiores é inaugurada com uma crítica sobre a AP n° 470 julgada pelo STF. Ultrapassado esse momento inicial, a presente investigação lança luzes ao problema da denúncia genérica e às dificuldades de se individualizar as condutas dos agentes no âmbito dos crimes societários. A partir de um recorte temporal na jurisprudência do STJ dos anos de 2019 e 2020, investiga-se se, na jurisprudência do STJ, a denúncia genérica em crimes societários e a teoria do domínio do fato aplicada à moda brasileira foram convertidas em um mesmo ser dotado de duas faces e que serve como *fast track* para superar dificuldades probatórias.

Palavras-Chave: Teoria do Domínio do Fato – AP n° 470 STF – Jurisprudência do STJ – Denúncia Genérica – Crimes Societários

Abstract: This paper begins with an overview of the fundamental conceptions of the German Doctrine of Command Responsibility with the objective to highlight the jurisprudence of the Brazilian Superior Courts. The analytical perspective of this paper about the decisions of the Brazilian Superior Courts is inaugurated with a view on the leading case AP n° 470 judged by the Brazilian Supreme Court - STF. After this initial analysis, this investigation sheds light on

¹ Mestranda em Direito Penal no PPGD - UERJ e especialista em Direitos Humanos e Movimentos Sociais pelo NEPP-DH/UFRJ.

² Professor Visitante do PPGD-UERJ (Mestrado/Doutorado) e Professor Associado da UFRJ.

the problem of generic charging instrument and the difficulties of individualizing and proving the criminal act executed in a committed corporate crime. A special attention is given to the jurisprudence of the Brazilian Superior Court – STJ for the period 2019-2020 with an objective to clarify whether in the jurisprudence of the STJ, the generic charging instrument of a corporate crime and the Brazilian version of the Doctrine of Command Responsibility become or not the same being endowed with two faces that works as a fast track to overcome evidentiary challenges.

Keywords: Doctrine of Command Responsibility - Case AP 470 STF - STJ Jurisprudence – Generic Charging Instrument - Corporate Crimes

1. Introdução

No dia 22 de abril de 2013, foi publicado o acórdão referente à Ação Penal (AP) nº 470/MG, popularmente conhecida como “*Mensalão*”, julgada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) e cujo conteúdo ressoou não apenas na esfera dos réus. Se o julgamento televisionado e sua repercussão midiática possibilitaram que o leigo se sentisse municiado de expressões e conceitos para discutir o tema, não é difícil imaginar o impacto que causou sobre os iniciados no mundo jurídico.

O que interessa ao presente estudo é que o julgado funcionou, no âmbito jurídico, como agente catalisador de debates acerca das teorias do domínio do fato (gênero) e do domínio da organização (espécie), desenvolvidas pelo penalista alemão Claus Roxin, na década de 1960. Passou-se a questionar desde o acerto do seu emprego na AP nº 470 até a sua aplicabilidade no direito penal brasileiro. Tudo com uma dose de teoria, senso comum, desinformação e senso de oportunidade. Seria ingenuidade imaginar que tema tão em voga não repercutiria na jurisprudência e é esse o foco da investigação.

Estabeleceu-se a hipótese de que a expressão domínio do fato estaria sendo empregada como um *deus ex machina* para fundamentar decretos condenatórios relativos a uma velha conhecida: a denúncia genérica em crimes societários. Com efeito, se a viabilidade da inicial acusatória que não individualiza adequadamente as condutas dos réus, em crimes perpetrados no bojo de pessoas jurídicas, vem sendo acolhida pelos Tribunais Superiores, a dificuldade de descrever e provar a autoria muitas vezes prossegue no curso na instrução criminal. A teoria do

domínio do fato, portanto, através de ajustes, estaria sendo utilizada como um modelo de responsabilização penal nesses casos?

Buscou-se traçar um panorama da teoria do domínio do fato delineada por Roxin, para, então, realizar breves apontamentos de como os Ministros do STF recorreram à teoria no julgamento da AP n° 470. Em uma segunda chave teórica, tratou-se da denúncia genérica e das dificuldades de individualizar e provar as condutas em crimes societários.

Partindo dessas premissas, realizou-se uma busca, nas ementas de processos públicos que tramitaram perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo como recorte temporal os anos de 2019 e 2020, das expressões “*domínio do fato*” e “*domínio de organização*”, com o fito de identificar a frequência com que eram mencionadas e o contexto de sua utilização, de modo verificar se a denúncia genérica em crimes societários e a teoria do domínio do fato aplicada à moda brasileira podem ser consideradas duas faces de uma mesma moeda, ou seja, técnicas voltadas a superar a dificuldade probatória da autoria em crimes dessa natureza. Por fim, diante do resultado encontrado, realizou-se uma análise crítica do emprego da teoria, apontando perspectivas para futuras discussões.

2. O domínio do fato e o domínio da organização para Roxin

Se não é correto dizer que a expressão domínio do fato foi cunhada por Roxin, é possível afirmar que o autor alemão lhe atribuiu conteúdo inovador, em sua monografia “*Autoria e domínio do fato*”, publicada na primeira metade da década de 1960, ao criar um esquema científico para estabelecer critérios diferenciadores das figuras do autor e do partícipe¹.

A necessidade de pensar essa distinção de modo tão cartesiano pode até soar como um certo preciosismo para aqueles acostumados a manejar o art. 29 do Código Penal brasileiro², mas decorre da exigência dos Códigos Penais alemães – tanto daquele contemporâneo à obra quanto do atualmente em vigor – de utilizar a identificação de autor e partícipe como critério de determinação do modo como o agente será punido. Como explicam Greco e Leite, há uma

¹ GRECO, Luís; 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, vol. 933/2013, p. 61 - 92, Jul / 2013, p. 65. “Hegler foi o primeiro que empregou em Direito Penal a expressão domínio do fato em monografia de 1915”: ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p.81.

² Neste tocante, vale ressaltar a divergência sobre a compatibilidade ou de se assumir uma teoria diferenciadora frente a redação do art. 29, do CP. Sobre a questão, cf.: MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito Penal – Lições Fundamentais – Parte Geral*. 7a.ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2022. p.861 e seg.

necessidade prática de diferenciação, já que, no direito alemão, os partícipes são apenados de modo diverso do autor: enquanto a cumplicidade (emprestar a arma) é punida com pena mais branda e não comporta tentativa, a instigação (convencer terceiro a atirar) implica as mesmas sanções do autor, mas não recebe punição no caso de tentativa de crimes mais leves.³

A diferenciação proposta por Roxin tem como método a análise do protagonismo do acontecer típico, de modo a identificar o autor como a sua figura central e o partícipe (cúmplice e instigador) como um personagem secundário do fenômeno observado, cuja punibilidade se dá meramente por extensão. A partir dessa premissa, de que o autor é a figura central do acontecer típico, decupa como tal centralidade pode se manifestar, sendo uma de suas expressões – e não a única, mas a que interessa à presente abordagem – o domínio do fato, que se concretiza nos delitos comuns comissivos dolosos⁴. Portanto, a tão repetida afirmativa de que *autor é quem tem o domínio do fato*, para a teoria germânica, é apenas um dos vários critérios de definição de autoria e está longe de ser um coringa no jogo responsabilização penal.

Então, o que caracteriza o domínio do fato para o penalista alemão? Roxin apresenta três roteiros de concretização dessa ideia: i.) o domínio da ação (autoria imediata)⁵, ii.) o domínio da vontade (autoria mediata)⁶ e iii.) o domínio funcional do fato (coautoria)⁷. As duas primeiras não possuem interesse para o estudo e, portanto, não comportam maiores digressões.

Quanto ao domínio da vontade, Roxin tratou da autoria mediata, é dizer, quando o autor domina a vontade de terceiro, que é transformado em instrumento para a execução do crime, mediante erro, coação, ou, ainda, através do que denominou domínio da organização⁸.

É a inovação teórica relativa ao domínio da organização que importa à pesquisa. Constitui proposta de uma nova forma de autoria mediata, que é levada a cabo por meio de um aparato de poder estruturado de tal modo que suas engrenagens o tornam capaz de assegurar que o comando que parte do topo da hierarquia (autor mediato) será executado pelo subordinado (autor imediato). Nesses casos, quem ordena não precisa se valer dos expedientes de erro e

³ Ibidem, p. 65 e seg.

⁴ Ibidem, p. 67 e seg.

⁵ ROXIN, Claus. op cit, p.151-164.

⁶ ROXIN, Claus. op cit, p.165-304.

⁷ ROXIN, Claus. op cit, p.305-336.

⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. op. cit., p. 69 e seg.

coação, já que o aparato de poder que comanda possui indivíduos suficientes, disponíveis e dispostos ao exercício da função de executor⁹.

Segundo Roxin, a autoria mediata no domínio da organização ocorre nos casos em que o autor mediato – o chamado homem de trás – ocupa uma posição de poder em uma organização verticalmente estruturada e dissociada do direito, aparelhada de tal modo que os autores imediatos que a integram seriam autorresponsáveis e fungíveis, de forma a garantir a execução da ordem, pouco importando a pessoa do executante¹⁰.

O exemplo histórico que facilita a compreensão é o caso do Estado Nazista, em que aqueles que possuíam posições de comando, como Hitler e Eichmann, detinham tal controle da engrenagem da violência nacional-socialista que lhes garantia a certeza de que suas ordens de extermínio seriam cumpridas. A eventual recusa de execução por um subordinado seria suprida facilmente por outro membro. Nesse sentido é que, no domínio da organização, está configurado o domínio do fato pelo autor mediato, pois ele não depende da decisão do executor individualmente considerado (como na instigação) para que seu plano seja implementado.¹¹

É possível listar, portanto, três requisitos para que se reconheça a autoria mediata pelo domínio da organização: i.) a existência de uma ordem oriunda de pessoa em posição de comando dentro de uma organização estruturada de forma vertical, ii.) que tal organização seja dissociada do direito e, ainda, iii.) possua estrutura que permita a fungibilidade entre seus integrantes, de modo a garantir o cumprimento da determinação mediante a substituição automática de um executor por outro, no caso de negativa. Enquanto o primeiro requisito não demanda grandes reflexões, sob risco de incorrer-se em truísmos, os dois seguintes merecem maior atenção.

A exigência de que a organização esteja dissociada do direito é elemento chave na aplicação da teoria de Roxin, que nega a sua extensão a empresas, por exemplo, restringindo-a

⁹ ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 323-342 e p. 331.

¹⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor, op. cit., p. 71-72.

¹¹ ROXIN, Claus, op. cit., p. 324.

aos aparatos organizados de poder com *total* abandono dos valores jurídicos da sociedade¹². Citam-se como exemplo governos totalitários¹³ e organizações terroristas e mafiosas¹⁴.

Nesse aspecto, a pessoa jurídica legalmente constituída e que desempenha atividade permitida não se encontra sequer em uma zona cinzenta capaz de justificar a aplicação da teoria proposta pelo autor alemão, ainda que a ideia de dissociação do direito seja, de certo modo, um conceito indeterminado. Afinal, em algumas hipóteses, é difícil apontar quem detém a legitimidade de definir em que perspectiva existe desconformidade total com o direito¹⁵, ou, ainda, consoante pontuado por Muñoz Conde, por vezes, seja difícil diferenciar estratégia de mercado e práticas criminosas, em casos como poluição ambiental, financiamento ilegal de partidos políticos ou lavagem de dinheiro¹⁶.

Quanto ao autor imediato, ele é fungível, ou seja, pode ser substituído por qualquer outro subalterno integrante da estrutura, na hipótese de negativa.

Ademais, diferente do que ocorre nos casos de erro e coação, o executor que compõe a organização dissociada do direito não tem sua vontade viciada, é agente plenamente responsável. Portanto, coexistem as vontades dos autores mediato e imediato, enquanto este domina a ação, aquele domina a organização, de modo a controlar a prática do crime por ele ordenado.¹⁷ O que normalmente seria caso de instigação, pelo superior, ganha feição de autoria, através da teoria do domínio da organização, em decorrência da peculiaridade do aparato de poder utilizado.

Diante desse breve quadro, é possível sintetizar que a teoria do domínio do fato está situada entre um de vários critérios metodológicos para a identificação da autoria. Ela é gênero, enquanto o domínio da organização é espécie, restrita a casos de autoria mediata.

¹² *Ibidem*, p. 336.

¹³ Sobre os estados totalitários, para melhor compreensão, cf.: ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín. *Doxa*. Alicante, v.23, p.197-230, 2000. Disponível em: [doxa23_08.pdf \(ua.es\)](#). Acesso em 20/07/2021.

¹⁴ GRECO, Luís; LEITE, Alaor, op. cit, p.74.

¹⁵ Apesar de não ser objeto do estudo, não se pode deixar de ressaltar que há dificuldade, em certos casos, de se afirmar peremptoriamente que determinado governo ou organização se encontra absolutamente fora do direito. É importante lançar um olhar crítico e cuidadoso em relação a classificações maniqueístas e visões contrapostas no estilo nós e eles, com o fito de evitar a utilização da teoria como instrumento para criminalizar adversários políticos, minorias étnicas e movimentos sociais, por exemplo.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad em virtude de aparatos de poder organizados em organizaciones “no desvinculadas al derecho”? *In* <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/09/16mconde.pdf>, acesso em 18, jan, 2021, p. 112.

¹⁷ ROXIN, Claus, op. cit. p. 335.

3. O domínio do fato e o domínio da organização no julgamento da AP n° 470, pelo Supremo Tribunal Federal

Os votos proferidos no curso do julgamento da AP n° 470 evidenciaram as expressões domínio do fato e domínio da organização e serviram como estímulo para reavivar o debate, no Brasil, da teoria alemã.

Longe da proposta de analisar minuciosamente seu conteúdo, o que se pretende é traçar um breve panorama do que foi afirmado no julgado a respeito do tema, para contextualizar o enfoque do presente estudo. Adiantando o desfecho do tópico, ressalva-se que a abordagem escolhida está ligada ao desvio do conteúdo original das teorias do domínio do fato e da organização e sua reinterpretação em determinados votos, movimento que, aliás, não foi um episódio inédito e que já teve lugar, inclusive, na jurisprudência alemã, como identificado pelo próprio Roxin¹⁸.

A polissemia¹⁹ dada às expressões domínio do fato e domínio da organização, pelos Ministros do STF, foi um elemento marcante do julgamento. Tomando como base o robusto estudo científico dos votos proferidos no julgamento da AP n° 470, realizado por Leite, é possível identificar uma confusão conceitual em diversas manifestações, que utilizaram as expressões em análise como sinônimos. Sem rigor científico, o gênero era utilizado no lugar da espécie. Mencionava-se a teoria do domínio do fato sem alusão ao domínio da organização para fundamentar a responsabilização penal de acusados que ostentavam posição hierárquica de comando²⁰.

Além do equívoco de nomenclatura, foi no ponto da admissão da atribuição de responsabilidade penal *tout court* ao sujeito que ocupa uma posição de comando em uma hierarquia que o julgado acabou por se desviar de forma importante da proposta de Roxin. Como visto, na teoria original, o lugar de comando capaz de caracterizar a autoria está

¹⁸ ROXIN, Claus. op. cit.p.336.

¹⁹ Adverte Roxin quando afirma que “hoje” quase todos os doutrinadores trabalham com a teoria do domínio do fato, apesar de inexistir clareza sobre o que se entende dentro desse conceito: ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p.129. Observe-se apenas que esse hoje refere-se a um passado de pelo menos 2 décadas. Contudo, no caso da jurisprudência brasileira, a polissemia chega a descaracterizar o instituto.

²⁰ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APN 470 do STF. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 106/2014, p. 47-90, Jan-Mar/2014.

contextualizado dentro de um arranjo muito específico: a organização que se encontra absolutamente fora do direito.

Entendimento diverso, no entanto, foi trilhado em alguns votos da AP nº 470, que sustentaram, sob a nomenclatura de domínio do fato – e, por vezes, domínio da organização –, a ideia de que a mera posição hierárquica de comando, ainda que dentro de uma estrutura conforme o direito (sociedade empresária ou governo), levaria à conclusão de que o agente teria concorrido para a prática de delitos perpetrados no bojo dessas engrenagens de poder.

Na realidade, o emprego da teoria do domínio do fato no julgamento parece estar ligada à maior dificuldade probatória²¹ para a atribuição de responsabilidade a agentes políticos e particulares que ocupavam elevada posição hierárquica.

Ilustrativamente, é possível citar o voto da Min. Rosa Weber ao tratar da responsabilidade do núcleo financeiro dos dirigentes do Banco Rural pelo crime de gestão fraudulenta, em que restou pontuado expressamente que “(...) nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes.”²² Nessa mesma frequência foi o voto do Min. Joaquim Barbosa em relação à prática do crime de corrupção ativa no núcleo político, ao afirmar que José Dirceu “*detinha o domínio final dos fatos*”, em decorrência de seu “*cargo elevadíssimo*”.²³

A Min. Rosa Weber, aliás, justificou a utilização da teoria de modo que interessa bastante à pesquisa, ao expor que “às vezes a denúncia não explicitava a conduta imputada a cada um. E, por isso, a teoria do domínio do fato ajudava a argumentação que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça.”²⁴

²¹ Nesse aspecto, vale destacar parte da ementa da AP 975 do STF em que se registrou que “não se admite a invocação da teoria do domínio do fato com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo, pois tais propósitos estão dissociados da finalidade precípua do instituto”. Apesar de o Voto do Min Edson Fachin buscar corrigir imprecisões argumentativas do STF no uso da teoria do domínio do fato, no final de seu voto abre-se margem a uma nova confusão, agora, com a teoria da cegueira deliberada: “O que se percebe, diuturnamente, é a corriqueira menção à teoria do domínio do fato em substituição, quiçá, à teoria da cegueira deliberada, esta sim, voltada à comprovação do dolo eventual (...) “Contudo, seja adotando a teoria do domínio do fato, seja adotando a teoria da cegueira deliberada, o resultado prático da presente ação penal seguiria inalterado”.

²² Apud LEITE, Alaor, op. cit.

²³ Apud Ibidem.

²⁴ Apud Ibidem.

A deturpação da teoria de Roxin foi tão sensível que Leite sugeriu que o raciocínio traçado na AP n° 470 fosse batizado de “*teoria do domínio da posição*”²⁵, de modo a afastá-lo da nomenclatura utilizada pelo penalista alemão. Em sua crítica, o autor assevera que

O conceito de domínio do fato foi utilizado como termo vazio, descomprometido com o teor semântico que a ciência lhe emprestara ao longo de anos de discussão científica, e, em uma acrobacia interpretativa, retirou-se do conceito aquilo que nele se havia anteriormente colocado. Inventou-se um conteúdo para a ideia de domínio do fato – o de que a teoria do domínio do fato (melhor: domínio da posição) se prestaria a fundamentar a responsabilidade de um sujeito que ocupa posição de destaque em uma hierarquia – e, num segundo momento, deduziram-se as conclusões mais concretas do conceito forjado de domínio do fato: como a teoria do domínio do fato determinaria que os sujeitos em posição de comando possuem o domínio dos fatos puníveis que ocorrem abaixo deles, então, os sujeitos que gozam dessas posições e que contavam como acusados na APn 470 seriam autores dos fatos puníveis. Contra esse tipo de equívoco devemos lutar incansavelmente.²⁶

De todo modo, ressalva-se que os debates e as próprias condenações na AP 470 não tiveram como único fundamento a referida teoria, até porque o resultado do julgamento se concretiza numa junção heterogênea de convicções, decorrente do voto de cada Ministro. Aliás, o manejo da tese foi objeto de dissenso na Corte, como é possível extrair dos questionamentos, realizados pelo Min. Celso de Mello, quanto à sua adequação e compatibilidade com o princípio da presunção de inocência.²⁷

Nesse sentido, a análise de outros aspectos do julgado, que sobejam o objeto do estudo, conduz à conclusão de que diversas condenações não se fundamentaram apenas na verificação do domínio da posição²⁸.

O que interessa à pesquisa, no entanto, é apenas o que foi pinçado da AP n° 470 e reproduzido na jurisprudência com a nomenclatura de domínio do fato. Como já ressaltava Streck, o risco é que ela seja utilizada como “*uma nova ‘ponderação’ ou em uma espécie de ‘argumento de proporcionalidade ou de razoabilidade’*, como se fosse uma cláusula aberta, volátil, dúctil.”²⁹

²⁵ Op. cit.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ DINIZ, Gustavo Saad; DINIZ, Laura Maniglia Puccinelli. Organizações societárias e as repercussões do julgamento da APn 470/MG pelo STF. *In* Revista dos Tribunais, vol. 933/2013, p. 273-284 Jul / 2013, p. 281.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. As incongruências da doutrina: o caso da AP 470, a teoria do domínio do fato e as citações descontextualizadas. *In* Revista de Estudos Criminais, n° 56, p. 97-111, Jan-Mar/2015, p. 101.

De fato, embora não se possa dizer que foram uníssonas, diversas manifestações de Ministros do STF, ao fazerem referência à celebrada tese tedesca, de certo modo como uma tentativa de emprego de um argumento de autoridade, mas lhe atribuindo conteúdo diferente, acabaram por incentivar o uso de uma fórmula de responsabilização que flerta com a responsabilidade penal objetiva, uma verdadeira teoria do domínio do fato à brasileira, que guarda pouca semelhança com a teoria alemã.

4. A denúncia genérica nos crimes societários

A denúncia necessita conter “*a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias*”, uma exigência intuitiva dentro do Estado Democrático de Direito, prevista no art. 41 do Código de Processo Penal, de forma a permitir que o acusado conheça o que lhe está sendo imputado e exerça adequadamente sua defesa, afiançada pelas garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Em adição, a narrativa acusatória inicial deve ser instruída com indícios razoáveis de autoria e materialidade, de modo a preencher o arcabouço fático que compõe a justa causa para a deflagração da ação penal.

Todavia, no caso de delitos mais complexos, praticados por meio de pessoas jurídicas, existe um óbice para a adequada narrativa de todo o *iter criminis*, decorrente da dificuldade de ordem prática de conhecer e provar o que ocorre dentro dessas estruturas hierárquicas, notadamente no que respeita à criminalidade econômica. Demais disso, a complexidade do mundo organizacional globalizado confere uma primeira impressão de licitude dos fatos³⁰, cenário que dificulta uma abordagem investigativa mais efetiva.

É nesse contexto de escassez de meios investigatórios tradicionais do que ocorre na vida corporativa que encontra terreno fértil a denominada denúncia genérica, aquela que não descreve de forma consistente a atuação de cada autor e partícipe na prática delitiva. Ela constitui, portanto, uma ferramenta circunstancial criada para solucionar uma questão de ordem prática. Em verdade, não se trata de um problema novo³¹, mas nos últimos anos houve uma escalada no uso dessa ferramenta.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *In* Revista dos Tribunais, vol. 906/2001, p. 231-252, Abr/2001, p. 235.

³¹ Já em 1996 havia a indicação doutrinária da ocorrência dessa prática na formulação das peças acusatórias do MP, cf.: MACHADO, Hugo de Brito. A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.12, p.27-36, 1996.

Como regra, a narrativa pouco consistente da inicial acusatória leva à sua rejeição, conforme dicção do art. 395, inc. II do Código de Processo Penal. No entanto, a jurisprudência, embora oscilante, tende a admitir uma descrição não tão sólida, em situações tidas como excepcionais, nas quais se identifica dificuldade de acesso e prova do *iter criminis*, diante da gravidade e complexidade objetiva (situação fática) e subjetiva (número de agentes) do fato, desde que a defesa não reste inviabilizada.³²

Voto proferido, em junho de 2009, pelo Min. Ayres Britto, relator do Inquérito nº 2.584-4/SP, que tramitou perante o Plenário do STF, denota essa permissividade em nome da viabilidade de persecução criminal, ao admitir a “*denúncia mais ou menos genérica, porque, em se tratando de delitos societários, se faz extremamente difícil individualizar condutas que são concebidas e quase sempre executadas de portas fechadas*” (p. 21³³).

A ideia de denúncia “*mais ou menos genérica*” encontra eco nos dias de hoje e sua abordagem tem se sofisticado. Em uma superficial pesquisa das expressões “*denúncia*” e “*crime societário*”, na base de acórdãos do STF disponibilizada na internet, tendo como recorte também os anos de 2019 e 2020 e foco apenas na leitura das ementas, foram identificados quatro julgados da Primeira Turma³⁴ e dois da Segunda Turma³⁵ enfrentando a questão. Todos assentaram o entendimento de que, nos crimes societários, não é exigida que a narrativa acusatória minudencie o comportamento de cada agente.

O voto proferido pelo Min. Barroso, relator do HC nº 186.849/PA, desenha bem o estado da arte da denúncia genérica em crimes societários, dispensando a descrição minuciosa e detalhada das condutas de cada autor, no momento inicial da deflagração da ação penal, desde que possível a compreensão da imputação e viabilizada a defesa³⁶.

Inspirados pelos embaraços enfrentados na prática, manuais seguiram com certo casuísmo, diante da dificuldade de fixar critérios científicos seguros, para restringir o conceito

³² LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 727-728.

³³ A paginação das transcrições de acórdãos refere-se ao arquivo disponibilizado pelos Tribunais contendo o seu inteiro teor: ementa, relatório e votos do julgamento colegiado.

³⁴ HC nº 186849 AgR/PA, HC nº 180539/RJ, AgR, RE nº 1243415/ES AgR e HC nº 157022/BA.

³⁵ HC nº 168446 AgR/SP e HC nº 156962 AgR/RJ.

³⁶ “*Ademais, a jurisprudência do STF é de que, em se tratando de crimes praticados por mais de um agente, não se pode confundir a denúncia genérica com a denúncia geral, sendo certa a impossibilidade de, nesse momento processual, se exigir do órgão acusador o esgotamento das minúcias dos fatos incriminadores postos sob investigação (HC 178.837, Rel. Min. Luiz Fux). E mais: nos crimes societários é prescindível a descrição minuciosa e detalhada das condutas de cada autor, bastando a descrição do fato típico, das circunstâncias comuns, os motivos do crime e indícios suficientes de autoria ainda que sucintamente, a fim de garantir o direito à ampla defesa e contraditório (HC 136.822, Rel. Min. Luiz Fux)*” (p. 12)

de denúncia genérica, buscando diferenciá-la do que seria uma acusação geral, hígida e admissível.

A denúncia geral estaria configurada, segundo Pacelli, quando há imputação do fato delituoso a todos de forma indistinta, “*independentemente das funções exercidas por eles na empresa ou sociedade (e, assim, do poder de gerenciamento ou de decisão sobre a matéria)*”³⁷, nesses casos, a comprovação de que os denunciados obraram da mesma forma seria “*matéria de prova, e não pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo.*”³⁸

Ao conceito de denúncia genérica restaria o cenário de uma narrativa mais confusa de “*vários fatos típicos, ou mesmo de várias condutas que contribuem ou estão abrangidas pelo núcleo de um único tipo penal*”³⁹, sem que seja possível compreender como cada integrante da sociedade agiu.

Esse o afrouxamento da necessidade da descrição minudenciada na inicial acusatória é bastante criticado por setores da doutrina ao identificá-la como um modo de erosão de garantias do processo penal. Gomes, há mais de duas décadas, já assentava que a garantia fundamental de conhecer, previamente, os motivos da acusação não perde a eficácia na persecução de crimes societários. Segundo o autor, quando o inquérito policial não é exitoso na individualização das condutas, o caminho é a realização de novas diligências e não a tentativa compensar a deficiência instrutória com a quebra de garantias fundamentais⁴⁰.

No entanto, considerando o princípio do *in dubio pro societate*, em um primeiro momento, não há como negar que a denúncia genérica parece uma solução para a dificuldade de narrativa enfrentada nos crimes societários. É sedutor o argumento de que é possível sanar a ausência de detalhamento em outro momento processual, a instrução probatória⁴¹, como se extrai da ressalva do voto supramencionado do Min. Barroso, que admite uma descrição geral e sem individualização de condutas, no momento processual do recebimento da denúncia. Seria um modo de conformar o objetivo de arrostar tal espécie de delito e garantir a possibilidade de

³⁷ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. rev., atual, ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 176.

³⁸ Ibidem, p. 176.

³⁹ Ibidem, p. 176.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 11/1995, p. 245-261, Jul-Set/1995, p. 246.

⁴¹ Não se pode deixar de relevar que constitui uma inversão procedimental que viola garantias constitucionais desconsiderar a narrativa de denúncia como norte para a atividade probatória, relegando a esta a função de complementar aquela. Como iniciar uma ação penal sem ciência exata do que se pretende provar?

defesa dos réus, desde o início do processo, mas exercida de forma ampla, irrestrita e de modo diferido, quando complementada a descrição das condutas.

Contudo, o que se apresenta como uma engenhosa solução – apesar de arranhar garantias processuais do réu, repise-se – constitui, muitas vezes, uma fuga para frente. Ainda que se reconheça a viabilidade de que provas produzidas no curso do processo contribuam, extemporaneamente, para compor a narrativa da acusação inicial, tais como depoimento de testemunhas, confissão, documentos, entre outras, não se pode olvidar que existe um volume de casos que não atingem o êxito almejado e a individualização prometida jamais será entregue.

Aceita-se a denúncia imprecisa como um ato de fé na instrução probatória. Essa aceitação rompe com o paradigma científico que deve nortear o Direito Processual Penal na regulação da obtenção da prova. No caso, a prova deixa de ser falseável e, em boa medida, institui a prova diabólica da obrigação de o réu provar um fato negativo.

É nesse ponto que se encontra a hipótese do estudo: estaria a teoria do domínio do fato à brasileira sendo utilizada como outra face da moeda da denúncia genérica, de modo a viabilizar condenações em sede de ações penais estereis, nas quais a instrução probatória não logrou minudenciar o que foi descrito imprecisamente na inicial acusatória? Em caso positivo, como se desenvolve essa dinâmica?

5. A teoria do domínio do fato à brasileira e a denúncia genérica em crimes societários, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O caminho escolhido para a verificação da hipótese foi a análise dos processos que chegaram ao STJ envolvendo o tema. Tendo como recorte temporal os anos de 2019 e 2020, realizou-se uma busca pelas expressões “*domínio do fato*” e “*domínio de organização*”, na base de dados de processos públicos do Tribunal, disponível na internet.

A primeira constatação foi que nenhuma ementa de acórdão fazia referência ao termo “*domínio da organização*”. Mesmo quando alargado o contorno temporal da busca, não houve menção à teoria⁴². Por outro lado, restaram catalogados 15 julgados com referência ao “*domínio do fato*”, cenário que indica marcante preferência pelo uso dessa nomenclatura e, talvez, um esquecimento ou desconhecimento da origem da tese aplicada no Brasil.

⁴² Logrou-se apenas um resultado, mas sem relação com a teoria do domínio da organização, pois a ementa se referia ao espaço físico em que atuava organização criminosa: “*na área de domínio da organização*”. (HC 232451/RJ).

Foram identificadas 5 ementas de julgamentos da Sexta Turma, todos envolvendo crimes societários, sendo 4 crimes contra a ordem tributária e 1 crime contra a economia e as relações de consumo. Com relação à Quinta Turma, a pesquisa localizou 10 ementas (duas relativas ao mesmo caso) e a metade abordava a criminalidade empresarial. Com uma diversidade maior de temas, foram localizados 2 acórdãos tratando de crimes contra a ordem tributária e 4 de crimes ambientais, os demais tinham como objeto delitos de corrupção, homicídio, latrocínio e associação criminosa armada⁴³. Diante desse resultado preliminar, foram foco de análise os 10 acórdãos⁴⁴ cuja matéria envolvia a crimes societários.

A partir da leitura do inteiro teor dos julgados, verificou-se que o termo “*domínio final do fato*” foi utilizado em alguns votos com a mesma semântica objeto do estudo, uma variação de nomenclatura para traduzir a mesma ideia. Assim, mantendo o recorte temporal de 2 anos, realizou-se outra busca na base de dados pública do STJ por essa terceira expressão, para identificar eventual escape de decisão. Foram apresentadas 4 ementas como resultado da pesquisa, sendo que 2 já haviam aparecido na busca do termo “*domínio do fato*”. Restaram 2 acórdãos⁴⁵, um de cada Turma com competência criminal, ambos tratando de crimes contra a ordem tributária praticados através de pessoas jurídicas. Acrescentado o terceiro termo à pesquisa, foram colhidos, no acervo de 17 julgados, 12 acórdãos tratando de crimes societários (2 se referem ao mesmo caso)⁴⁶. Eles constituem cerca de 70% do resultado da busca, o que denota uma prevalência do uso da teoria do domínio do fato dentro da temática da criminalidade societária, pelo STJ, nos anos de 2019 e 2020.

Quanto ao momento processual em que teoria do domínio do fato foi abordada, constatou-se que 5 acórdãos se referiam a processos cuja instrução probatória já estava encerrada⁴⁷. Os outros 7 enfrentaram a teoria na fase incipiente da ação penal, em discussões

⁴³ Os seguintes os julgados não guardam relação com o objeto da pesquisa: AgRg no AREsp 1619918 / SP , RHC 118591 / PR, HC 542739 / SC, HC 532021 / ES, AgRg no AREsp 1425424 / SP.

⁴⁴ RHC 128050/PR, AgRg no REsp 1858911/ PR, EDcl no AgRg no AREsp 1527212/DF, AgRg no AREsp 1527212/DF, RHC 111023/BA, AgRg no REsp 1874619/ PE, AgRg no AREsp 1390932/PR, REsp 1854893/SP, RHC 97488/PR e RHC 113447/RN.

⁴⁵ AgRg no RHC 118630/RJ e AgRg no RHC 103206/PR.

⁴⁶ RHC 128050/PR, AgRg no REsp 1858911/ PR, EDcl no AgRg no AREsp 1527212/DF, AgRg no AREsp 1527212 /DF, RHC 111023/BA, AgRg no REsp 1874619/ PE, AgRg no AREsp 1390932/PR, REsp 1854893/SP, RHC 97488/PR, RHC 113447/RN, AgRg no RHC 118630/RJ, AgRg no RHC 103206/PR.

⁴⁷ AgRg no REsp 1858911/ PR, EDcl no AgRg no AREsp 1527212/DF, AgRg no AREsp 1527212/DF, AgRg no REsp 1874619/ PE e REsp 1854893/SP.

relativas à individualização, pela acusação, da conduta dos denunciados⁴⁸. Considerando o quantitativo similar, conclui-se, provisoriamente, que a referida teoria tem sido utilizada como argumento em duas frentes, tanto para reforçar a possibilidade de recebimento da denúncia genérica, quanto para fundamentar a condenação em crimes societários.

Dos 5 acórdãos que ingressaram no objeto da ação penal, todos requestravam o descontentamento com uma denúncia pouco descritiva, que desaguava em éditos condenatórios sem grande substância a respeito do liame entre a conduta do réu e a prática delitiva. Há, portanto, uma ligação entre a denúncia genérica/geral e a utilização da teoria do domínio do fato pelo menos como uma tese para a condenação.

Traço marcante que afasta a teoria do domínio do fato à brasileira daquela que lhe serviu de inspiração (teoria do domínio da organização) é que, além de não se dirigir a hipóteses de autoria mediata, ela é aplicada a narrativas que imputam a conduta delitiva a um único agente, ou seja, um uso completamente descolado das razões que serviram ao desenvolvimento da citada teoria. De fato, conforme ressaltado anteriormente, cuidou-se de uma técnica utilizada para a responsabilização penal daquele que ocupa posição elevada em uma hierarquia que não se encontra totalmente fora do direito, pouco importando se o delito imputado foi praticado coletivamente.

Fragmento do voto condutor do AgRg no AREsp 1.527.212/DF, que tramitou perante a Quinta Turma do STJ, reproduziu trecho do acórdão recorrido, cujo teor constitui uma honesta explicação dos motivos que levaram a jurisprudência a delinear e a adotar a teoria. Nele é reconhecido que a complexidade para a comprovação da autoria em crime societário, "*em especial quando se trata de grandes corporações, as quais possuem, em regra, grande descentralização de responsabilidades*", foi o mote para a criação da teoria do domínio do fato, "*por meio da qual as pessoas físicas podem ser responsabilizadas criminalmente, por crimes cometidos no âmbito das entidades corporativas*"⁴⁹.

Nessa mesma frequência e complementando a ideia, outra passagem de decisão colegiada proferida na instância inferior, colacionada no AgRg no REsp 1.874.619/PE, julgando

⁴⁸ RHC 128050/PR, RHC 111023/BA, AgRg no AREsp 1390932/PR, RHC 97488/PR, RHC 113447/RN, AgRg no RHC 118630/RJ e AgRg no RHC 103206/PR.

⁴⁹ "*Contudo, revela-se bastante complexa a obtenção da comprovação da autoria dos crimes cometidos no âmbito da pessoa jurídica, em especial quando se trata de grandes corporações, as quais possuem, em regra, grande descentralização de responsabilidades. Diante desse quadro, criou-se a Teoria do Domínio do Fato, por meio da qual as pessoas físicas podem ser responsabilizadas criminalmente, por crimes cometidos no âmbito das entidades corporativas.*"(p. 7-8)

pela Sexta Turma do STJ, denota como o conceito de posição de comando, abordado na teoria do domínio da organização, inspirou a teoria domínio do fato aplicada pelos Tribunais brasileiros. Assim, quem exerce “*poder de mando*” na empresa, mesmo que sem execução direta da conduta típica, “*controla a atividade de outrem, em muitos casos, funcionário qualificado, v. g., o contador, que realiza a parte fiscal.*”⁵⁰

Assim, o que se verifica, na verdade, é a utilização da teoria do domínio da organização esvaziada de seu escopo e de quase todos seus requisitos originais. Se por um lado a finalidade da teoria do domínio da organização alemã é diferenciar autoria e participação, tendo como norte a autoria mediata, a teoria do domínio do fato à brasileira está dirigida a resolver um problema de índole prática, de ordem processual, que é a produção da prova no curso da persecução criminal de delitos societários, ou seja, um completo desvirtuamento do que em termos científicos se entende como teoria do domínio do fato.

No que respeita aos requisitos para a configuração do domínio da organização, resta à tese jurisprudencial brasileira apenas a ideia de que o ocupante de posição de comando em uma estrutura hierarquizada deve ser responsabilizado pelos crimes praticados por meio dela, pouco importando se realizou a conduta material. São desconsideradas a ressalva de que essa estrutura deve estar fora do direito, além da necessidade de que exista a figura do executor e que ele seja fungível. Há apenas o domínio da posição a se perquirir, como alertado por Leite⁵¹.

De fato, em metade dos acórdãos⁵², não houve menção à ideia de autoria mediata ou à pluralidade de agentes⁵³, no máximo, foi possível identificar a atribuição, pela defesa, de responsabilidade a terceiro (contador) que não figurava sequer como denunciado⁵⁴. Na outra metade⁵⁵, a pluralidade de acusados se fundamentava apenas na divisão das posições de comando dentro da pessoa jurídica, sem menção à atuação de subordinados, sendo que em um

⁵⁰ “*Ademais, cuidando-se de crime contra a Ordem Tributária, o autor do ilícito é quem comanda a empresa, pela administração, e na mesma exerce o poder de mando, de decisão; essa pessoa determina o que pode acontecer, inclusive, a evitar a prática do ato que configura o tipo penal. Consoante a teoria do domínio do fato, neste específico pertinente, a conduta é atribuída ao sujeito ativo, o verdadeiro administrador, sócio-gerente, que, muitas vezes, ainda sem diretamente executar tal conduta típica, controla a atividade de outrem, em muitos casos, funcionário qualificado, v. g., o contador, que realiza a parte fiscal.*” (p. 8)

⁵¹ Op. cit.

⁵² RHC 128050/PR, AgRg no REsp 1858911/ PR, EDcl no AgRg no AREsp 1527212/DF, AgRg no AREsp, 1527212/DF, RHC 111023/BA e AgRg no REsp 1874619/ PE.

⁵³ Houve apenas inclusão de pessoa jurídica no polo passivo da demanda por crime ambiental (RHC 111023/BA).

⁵⁴ AgRg no REsp 1858911/ PR

⁵⁵ AgRg no AREsp 1390932/PR, REsp 1854893/SP, RHC 97488/PR, RHC 113447/RN, AgRg no RHC 118630/RJ, AgRg no RHC 103206/PR.

dos recursos apenas a defesa, com o fito de afastar o dolo, referia-se à prática da conduta por empregados e profissionais contratados⁵⁶.

Eventual responsabilização de subordinado executor da conduta típica não foi abordada na amostra. Os debates são travados numa perspectiva binária, que pode ser reduzida na seguinte pergunta: a posição de comando ocupada pelo denunciado em uma pessoa jurídica é suficiente para a sua responsabilização por crimes societários? A análise de como tem sido respondida essa pergunta pelo STJ é o passo seguinte do estudo. Pouco mais de 30% dos feitos estudados, 4 acórdãos da Sexta Turma⁵⁷, rechaçaram de modo expresso o emprego da teoria do domínio do fato⁵⁸, sendo que o objeto de metade era o recebimento da denúncia⁵⁹ e a outra parte a análise do mérito da ação penal, com a consequente absolvição⁶⁰.

Apesar da firme argumentação, existe um certo pudor, nessas decisões colegiadas, em reconhecer *ipsis litteris* que a teoria do domínio do fato, como vem sendo aplicada na jurisprudência brasileira, é fruto de sua própria inventividade. É desfeito o equívoco na utilização da tese e sequer se reconhece a possibilidade científica da via do domínio da posição.

⁵⁶ REsp 1854893/SP.

⁵⁷ AgRg no REsp 1874619/ PE, AgRg no AREsp 1390932/PR, REsp 1854893/SP e RHC 113447/RN.

⁵⁸ Por todos, o seguinte trecho do voto condutor do REsp 1854893/SP, proferido pelo Min. Rogério Schietti Cruz: “*Observa-se, portanto, que a referida teoria opera em um plano de abstração e funciona como uma ratio, a qual é insuficiente, por si mesma e se conceitualmente considerada, para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É insuficiente e equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado aos fatos, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo (comprovação da existência de um plano delituoso comum ou a contribuição relevante para a ocorrência do fato criminoso). Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva.*”

O mesmo equívoco ocorre quando se considera o domínio do fato para imputar a responsabilidade penal nas hipóteses em que o gestor determina que alguém, como por exemplo, o contador, faça a manipulação dos dados contábeis com a finalidade de sonegar tributo. Haverá, em tal hipótese, mera coautoria delitiva, o que impossibilita a invocação da teoria do domínio do fato. Com efeito, sob o ponto de vista de Welzel acerca do domínio final do fato na autoria mediata, faltaria o domínio pleno sobre o fato integral, na medida em que a conduta do contador depende da não só de sua aquiescência (ele é livre), mas dos seus conhecimentos técnicos que possibilitam a sonegação (sua conduta se agrega à vontade do gestor). De igual forma, também não haverá o domínio do fato de que trata Roxin, o qual pressupõe um aparato organizado de poder, este concebido à margem da lei. Por isso, é possível constatar que a teoria do domínio do fato, seja sob a concepção de Welzel, seja sob a Roxin, não permite, isoladamente, que se faça uma acusação pela prática de crime tributário – aliás, de qualquer crime –, eis que a imputação deve ser acompanhada da devida descrição, no plano fático, do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado delituoso.” (p.12-13)

⁵⁹ AgRg no AREsp 1390932/PR e RHC 113447/RN.

⁶⁰ AgRg no REsp 1874619/ PE e REsp 1854893/SP.

Os 2 julgados da Sexta Turma que trataram do mérito da ação penal reformaram decisões condenatórias em segunda instância que aplicavam a teoria do domínio do fato, o que indica, embora não seja objeto do estudo, a aplicação da tese nas instâncias inferiores.

Quanto aos demais acórdãos, eles admitem de algum modo a aplicação da teoria do domínio do fato: 2 decisões colegiadas da Sexta Turma e todas as 6 proferidas pela Quinta Turma (66% da amostra). É possível reconhecer, portanto, no período analisado, uma tendência do STJ a admitir a teoria do domínio do fato, não obstante a Sexta Turma oscile seu posicionamento.

Embora seja arriscado afirmar, diante da diminuta quantidade de acórdãos da pesquisa, pode-se sugerir que a plasticidade do entendimento da Sexta Turma está direcionada ao tema regularidade da denúncia, de modo a admitir o domínio do fato como um argumento de reforço da possibilidade da acusação inicial não individualizar completamente condutas em crimes societários, mas não como instrumento para fundamentar a condenação.

Com efeito, no RHC 97.488/PR, apesar do voto condutor do julgamento não enfrentar diretamente a aplicação da teoria do domínio do fato, reproduzindo apenas a cultura de, em delitos societários, *“não ser necessário que a denúncia apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada”* (p. 9), a questão foi posta em debate no voto vencido, que destacou a ilegalidade da denúncia ao deixar de indicar como os réus, sócios-proprietários e administradores, teriam contribuído para a prática do delito.

Cenário similar foi reproduzido no AgRg no RHC 103.206/PR, que afastou a tese defensiva de inépcia da denúncia em virtude da ausência individualização das condutas e atribuição de responsabilidade objetiva, ao fundamento de que a denúncia não se baseou apenas na qualidade de sócio dos acusados, mas na circunstância de que *“na condição de administradores, detinham o poder de gerência, o que lhes davam (sic) domínio final do fato delituoso”* (p. 7).

Nesse julgado, sem dissenso, foi firmado o entendimento de que a descrição do poder de gerência dos sócios, na inicial acusatória, é suficiente para que reste caracterizada a individualização das condutas dos denunciados e afastada a responsabilização objetiva, já que tal posição, dentro da empresa, implica o domínio do fato delituoso. Prosseguindo a leitura do voto condutor do julgamento, no entanto, essa conclusão parece se limitar à autorização para a

deflagração da ação penal, como uma espécie de presunção relativa e indiciária que poderá ser desfeita (se não provada) no curso da instrução probatória⁶¹.

Quanto aos 6 acórdãos da Quinta Turma, todos admitiram a aplicação da teoria do domínio do fato. Metade desses julgados não aplicou a tese *tout court*: um caso envolvendo condenação, outro o recebimento da denúncia e um terceiro que enfrentou a irresignação da ré quanto a medidas cautelares aplicadas. No AgRg no REsp 1.858.911/PR, não foi a simples condição de gestor que levou à manutenção da condenação do réu. Além da teoria do domínio do fato, a fundamentação do voto condutor do julgamento fazia alusão à existência de provas que indicariam o liame entre o acusado e a prática delitiva⁶², já que, em seu interrogatório, “atribuiu a ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias às dificuldades financeiras de ordem pessoal, bem como à crise que atingiu a empresa a partir de 2012.” (p. 12).

Nessa mesma toada, no julgamento do RHC 111.023/BA, que tratou da inépcia da denúncia, paralelamente à ideia de domínio do fato foi apontada a existência de elementos indiciários de que os atos ilícitos “foram cometidos com inteira aquiescência e autorização” (p. 11) do denunciado, na medida em que ele foi o responsável por receber a fiscalização ambiental e prestar informações, além de ter deixado de apresentar documentos requeridos pela autoridade administrativa.

Quanto ao AgRg no RHC 118.630/RJ, que analisou a regularidade da imposição de medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, o julgado refere-se a uma conduta concreta atribuída à denunciada, a transferência fraudulenta de quotas sociais a interposta pessoa (laranja), e não apenas à sua posição de gestora. Demais disso, menciona que as circunstâncias do caso concreto, laços de parentesco e vínculo conjugal com os demais integrantes da organização criminosa, indicariam sua ciência e adesão aos crimes objeto da ação penal.

⁶¹ “Não se tratando de empresa de grande porte, com multiplicidade de tarefas bem definidas entre seus gestores, a sonogação de relevante valor pode ser admitida como indiciariamente realizada pelos administradores da empresa, assim admitindo-se a persecução criminal, em que a prova determinará a efetiva colaboração para o crime.” (p. 8).

⁶² O julgamento não ingressou na análise do acervo fático-probatório, com fundamento no óbice do enunciado n.º 7 da Súmula do STJ, mas tratou do reconhecimento, pelas instâncias inferiores, de provas de autoria para refutar a tese de responsabilização penal objetiva do recorrente.

Ao traçar raciocínio que liga o gestor à prática criminosa com fundamento em elementos de prova⁶³ e sem se valer meramente de sua posição ocupada na hierarquia social, os 3 acórdãos parecem fazer referência ao domínio do fato muito mais como um jargão contemporâneo para a atribuição de responsabilidade do que como método científico (sic) para o reconhecimento da autoria. Com efeito, se a premissa para a aplicação (criação) da teoria na jurisprudência brasileira é a dificuldade probatória em crimes societários, uma vez identificadas provas do liame entre acusado e fatos apurados, o manejo da tese é esvaziado. Mais uma vez, o uso do domínio do fato parece estar associado a uma ideia de argumento de reforço.

Apenas 2 acórdãos⁶⁴, ambos da Quinta Turma, tratando do mesmo caso, fundamentaram a condenação somente na teoria do domínio do fato. Dito de outro modo, no recorte temporal analisado, a tese fundamentou sozinha apenas uma condenação no STJ. Diante disso, é possível afirmar que segunda parte da hipótese, o acolhimento da teoria do domínio do fato como argumento para fundamentar condenações em sede de instrução probatória pouco frutífera, foi igualmente confirmada na jurisprudência do STJ, mas de modo isolado e não como uma tendência.

Por fim, em 3 acórdãos da Quinta Turma e em 1 julgado da Sexta Turma, notou-se o que parece ser a criação de um novo requisito para a aplicação da teoria do domínio do fato: a diminuta estrutura organizacional da sociedade. Como forma de refutar as teses defensivas de ausência de individualização das condutas e atribuição de responsabilidade objetiva, as decisões colegiadas recorreram a uma outra presunção para legitimar o domínio do fato: pessoas jurídicas de pequeno e médio porte possuem estrutura mais simples, sem significativa divisão de tarefas de gestão, o que conduziria à conclusão de que o administrador/gestor, nesses casos, estaria ciente e atuaria de algum modo para a prática do crime, devendo ser responsabilizado.

A argumentação nesse sentido é sempre muito direta, sem espaço para maiores discussões: *“tratando-se empresa de pequeno porte, centralizadas as decisões em sua figura, bem caracterizados, assim, os indícios de autoria”*⁶⁵ ou, ainda, *“não se tratando de empresa de grande porte, com multiplicidade de tarefas bem definidas entre seus gestores, a songação de*

⁶³ A qualidade da prova e seu conteúdo não são objeto – e nem poderiam ser – de discussão neste prosaico estudo de acórdãos.

⁶⁴ EDcl no AgRg no AREsp 1527212/DF e AgRg no AREsp 1527212/DF.

⁶⁵ RHC 111023/BA, p. 11.

*relevante valor pode ser admitida como indiciariamente realizada pelos administradores da empresa(...)*⁶⁶

Curiosa foi a fundamentação do AgRg no AREsp 1.527.212/DF. Apesar de reproduzir trecho do acórdão recorrido que trouxe como essência da criação da teoria do domínio do fato a dificuldade probatória em relação a crimes cometidos “*no âmbito da pessoa jurídica, em especial quando se trata de grandes corporações, as quais possuem, em regra, grande descentralização de responsabilidades.*” (p. 7-8), chega a uma conclusão que parece contraditória, ao excluir a pessoa jurídica de grande porte da presunção de que aquele que detém poder de comando na hierarquia deve ser responsabilizado pelos crimes praticados através de sua estrutura⁶⁷.

O desenho da exigência do pequeno ou médio porte da pessoa jurídica como requisito para a aplicação da teoria do domínio do fato é identificado pela sintomática referência, nos acórdãos analisados, a julgados de anos anteriores tratando do tema, bem assim por sua abordagem como tópico de defesa. Ilustrativamente, como se extrai do relatório do AgRg no AREsp 1.527.212/DF, uma das alegações defensivas foi no sentido de “*que a empresa a (sic) qual o acusado é sócio-administrador é de grande porte, não podendo ser responsabilizado*” (p. 4).

Tal constatação conduz a um questionamento importante: estariam os crimes praticados no bojo de grandes empresas excluídos da aplicação da teoria do domínio do fato? Não há segurança para responder à pergunta e isso se deve à plasticidade dessa construção nacional, elaborada na prática e conforme a demanda forense, por mais incongruente que essa afirmação possa soar, essa é a nossa realidade.

Ademais, como a pesquisa se limitou à leitura dos acórdãos do STJ, sem acesso aos autos, existe um óbice para a análise empírica do porte das pessoas jurídicas envolvidas na amostra remanescente que não enfrentou a discussão referente ao tamanho de sua estrutura. De todo modo, o julgamento dos EDcl no AgRg no AREsp 1.527.212/DF é uma pista interessante. Instada a Quinta Turma a se manifestar sobre a omissão a respeito do tamanho da empresa,

⁶⁶ AgRg no RHC 103206/PR, p. 8.

⁶⁷ “*Assim, não se trata de pessoa jurídica de grande porte, mas de uma empresa familiar, cujos cargos de direção e administração são exercidos pelos próprios sócios. Segundo o acórdão recorrido, à época dos fatos, o envolvido exercia a gestão centralizada e pessoal, tendo plenos poderes de gerência sobre as atividades nela desenvolvidas. Dessa forma, o réu detinha o domínio dos fatos delitivos ora analisados, devendo responder por eles.*” (p. 8)

ressaltou que sua análise implicaria reexame de prova vedado em sede de Recurso Especial, no entanto, em comentário lateral (*obiter dictum*) reconheceu que o grande porte da sociedade não autorizaria a aplicação da teoria do domínio do fato⁶⁸.

Diante desse cenário, a argumentação baseada no porte da pessoa jurídica mostra-se como uma armadilha para a sustentação da teoria do domínio do fato, nos Tribunais brasileiros. A ideia de que a estrutura menos complexa de pessoas jurídicas de pequeno e médio porte autorizaria a dedução de que seus administradores estariam a par e contribuiriam de algum modo para a consecução dos crimes praticados no ambiente corporativo, simplesmente em decorrência de sua posição, tem um contraponto, reconhecido na própria fundamentação dos julgados que a acolhem. Seguindo essa linha de raciocínio, a estrutura mais complexa de sociedade de grande porte, cuja gestão é descentralizada em várias pessoas, impediria a presunção de conhecimento e poder dos gestores sobre os ilícitos, circunstância que obstaría a aplicação da teoria do domínio do fato, nesses casos.

Então, se o manejo da teoria do domínio do fato em relação a crimes societários, nos tribunais brasileiros, é justificado pela dificuldade probatória decorrente da complexidade e do pouco acesso às decisões tomadas a portas fechadas no âmbito empresarial, como excluir de sua aplicação, sem violar sua lógica interna e a isonomia, as pessoas jurídicas de grande porte? Na verdade, a verificação da ocorrência de gestão concentrada em pessoas jurídicas de estruturas menores que conduziria à atribuição da responsabilidade penal àquele que ocupa posição de comando aproxima-se muito mais de um norte para a valoração da prova do que de um requisito para a aplicação da teoria do domínio do fato, cuja justificativa brasileira, repise-se, é exatamente a dificuldade de obtenção de elementos probatórios.

Ademais, considerando a intrínseca relação entre denúncia genérica e domínio do fato, o reconhecimento desse requisito poderia, inclusive, arrefecer o assentado entendimento jurisprudencial de que seria regular a chamada denúncia geral, nos casos de pessoas jurídicas de grande porte, já que incabível a correlação direta entre a posição de comando e as práticas delitivas em grandes estruturas organizacionais.

Como visto, a teoria do domínio do fato vem sendo moldada pelas Cortes brasileiras sem rigor científico e tem se mostrado muito mais associada à questão prática referente à

⁶⁸ “ que concluir que a empresa em questão é de grande porte, o que impediria o envolvido de responder pelo tipo penal, como requer a parte recorrente, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, por força da incidência da Súmula n. 7/STJ” (p. 6)

valoração da prova (ou da sua ausência) do que como um subsídio teórico para a atribuição de responsabilidade penal, conjuntura que enseja insegurança jurídica e concretiza o temor de Streck de que seu manejo corriqueiro a torne volátil e dúctil⁶⁹.

De outra banda, associada à denúncia genérica, a teoria do domínio do fato à brasileira também pode ser compreendida como um sintoma da obediência acrítica ao princípio constitucional da celeridade processual, consubstanciada na urgência da entrega da prestação jurisdicional com o fito de concretizar a efetividade do direito penal. É imprescindível denunciar, é necessário condenar e garantir que a pretensão punitiva não será fulminada pela prescrição. Diante disso, a corrida por provas precisa ser de curta distância e eficaz, ainda que presunções sejam utilizadas como atalhos.

Louvável luta contra a procrastinação, no entanto, deixa de considerar o princípio da duração razoável do processo, que não significa apenas a rapidez na entrega da prestação jurisdicional, mas é igualmente composto pela ideia de desaceleração como medida indispensável para a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.⁷⁰

Com efeito, não envelhece o escólio de Grinover, Fernandes e Gomes Filho de que o direito à prova é um aspecto de particular importância no contraditório, na medida em que o exercício da ação e da defesa “*fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes.*”⁷¹ Nesse aspecto, a utilização de atalhos probatórios pode, efetivamente, contaminar a prestação jurisdicional.

6. Conclusão

Um julgamento realizado pelo Plenário da mais alta Corte do país ganhou notoriedade por diversos aspectos, inclusive pelo emprego pouco ortodoxo da teoria do domínio do fato, formulada há mais de meio século por um penalista alemão ainda vivo. O questionamento a respeito de algumas consequências desse desvio de rota qualificado pela autoridade do emissor

⁶⁹ Op. cit., p. 101.

⁷⁰ SOUZA, José Augusto Garcia de. A tríade constitucional da tempestividade do processo (em sentido amplo): celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. Revista de Processo, vol. 280/2018. p. 95-142, Jun/2018.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p. 143.

da mensagem constituiu o estímulo para o desenvolvimento do estudo. Levantou-se a hipótese de que, em crimes societários, denúncia genérica e teoria do domínio do fato seriam utilizadas em dinâmica complementar. Essa como um instrumento para legitimar condenações, nos casos de instrução probatória pouco exitosa em ação penal deflagrada por aquela. O que se identificou, através da análise de 2 anos (2019 e 2020) de julgamentos do STJ, foi muito além disso. Todos julgados estudados enfrentaram o desconforto defensivo a respeito da frágil individualização das condutas dos acusados. Quanto ao momento processual do debate, houve um quantitativo muito similar envolvendo tanto situações anteriores à instrução probatória, quanto após sua conclusão, na análise do mérito da pretensão punitiva estatal. Nesse aspecto, a teoria tem sido utilizada como argumento em duas frentes, tanto para reforçar a possibilidade de recebimento da denúncia genérica, quanto para justificar o pedido de condenação.

Demais disso, o conteúdo dos acórdãos analisados conduz à afirmação de que a teoria do domínio do fato é aplicada através do simples exame da posição de comando, único resquício da teoria do domínio da organização alemã que a inspirou. São desconsideradas a ressalva de que a estrutura hierárquica deve estar fora do direito, além da necessidade de que exista a figura do executor e que ele seja fungível. No recorte temporal pesquisado, houve uma tendência do STJ⁷² a admitir a teoria do domínio do fato no bojo de processos deflagrados por denúncias genéricas/gerais, mas não se verificou uma propensão marcante de seu manejo como único fundamento da condenação. Na verdade, a sua menção aparecia, de modo prevalente, como um argumento de reforço em relação a outros elementos de prova.

Identificou-se, ainda, curiosa dinâmica na aplicação da teoria. Com o fito de reforçar a presunção da responsabilização penal pelo domínio da posição, alguns julgados passaram a justificá-la pela concentração de poderes nas mãos de um único gestor, em virtude da simplicidade da estrutura societária, e criaram um requisito obscuro e nem sempre mencionado para o emprego da tese, que é a verificação do pequeno ou médio porte da pessoa jurídica envolvida.

A consequência imediata dessa via argumentativa é afastar a aplicação da teoria às sociedades de grande porte, o que viola a isonomia e a própria lógica interna da teoria do domínio do fato aplicada à moda brasileira, cujo fundamento é a superação da dificuldade probatória relativa a crimes praticados no ambiente corporativo, mais acentuada,

⁷² Oscilante na Sexta Turma e uníssona na Quinta Turma.

evidentemente, em grandes empresas. A segunda consequência é o arrefecimento da fundamentação que autoriza a admissão da chamada denúncia geral em crimes cometidos através de sociedades de grande porte, já que implica a impossibilidade, nesses casos, do estabelecimento de liame seguro entre a posição ocupada e os fatos praticados através de complexas estruturas organizacionais. Por outro lado, o combo denúncia genérica e teoria do domínio do fato à brasileira também pode ser compreendido como um sintoma da obediência acrítica ao princípio constitucional da celeridade processual, consubstanciada na utilização de atalhos nem sempre hígidos para viabilizar a rápida entrega da prestação jurisdicional com o fito de garantir a efetividade do direito penal.

Em suma, a conjuntura extraída de dois anos de julgamentos do STJ possibilitou confirmar a relação de complementariedade, adunada a partir da dificuldade probatória em crimes societários, entre a denúncia genérica e a teoria do domínio do fato à brasileira, cuja origem é fruto da inventividade do julgador. Longe de se tratar de uma teoria fechada, elaborada cientificamente, a teoria do domínio do fato à brasileira apresenta marcante traço de plasticidade, variando de acordo com a necessidade do caso concreto, a depender dos elementos de prova que instruem os autos e da argumentação das partes, horizonte que dificulta o encontro de um padrão científico e acarreta insegurança jurídica.

7. Referências

ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín. *Doxa*. Alicante, v.23, p.197-230, 2000. Disponível em: [doxa23_08.pdf \(ua.es\)](#). Acesso em 20/07/2021.

DINIZ, Gustavo Saad; DINIZ, Laura Maniglia Puccinelli. Organizações societárias e as repercussões do julgamento da APN 470/MG pelo STF. In *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, Jul / 2013.

GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. In *Revista dos Tribunais*, vol. 906/2001, p. 231-252, Abr/2011.

_____ Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 11/1995, p. 245-261 Jul-Set/1995.

GRECO, Luís; 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*, vol. 933/2013, p. 61 - 92 , Jul / 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8ªed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APN 470 do STF. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 106/2014, p. 47-90, Jan-Mar/2014.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14 ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.12, p.27-36, 1996.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito Penal – Lições Fundamentais – Parte Geral*. 7a.ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad em virtude de aparatos de poder organizados em organizaciones “no desvinculadas al derecho”? In <<http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/09/16mconde.pdf>>, acesso em 18, jan, 2021.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. rev., atual, ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

ROXIN, Claus. Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). Temas de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 323-342.

ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SOUZA, José Augusto Garcia de. A tríade constitucional da tempestividade do processo (em sentido amplo): celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. *Revista de Processo*, vol. 280/2018, p. 95-102, Jun/2018.

STRECK, Lenio Luiz. As incongruências da doutrina: o caso da AP 470, a teoria do domínio do fato e as citações descontextualizadas. *In Revista de Estudos Criminais*, nº 56, p. 97-111, Jan-Mar/2015.