

A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS OCORRIDOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL

THE INAPPLICABILITY OF THE THEORY OF CONTROL OF THE ACT IN TAX CRIMES OCCURRING IN THE BUSINESS SPHERE

Recebido: 08/01/2025

Aceito: 1º/09/2025

Matheus França Souza
Mestre em Direito pelo IDP - Instituto
de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Advogado

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo examinar a aplicabilidade da teoria do domínio do fato de Claus Roxin aos crimes contra a ordem tributária ocorridos no âmbito das pessoas jurídicas. A análise parte dos fundamentos originais desenvolvidos por Claus Roxin para avaliar a adequação da teoria – concebida para atuar em um sistema jurídico específico, com objetivos claros e delineados – ao contexto normativo do ordenamento jurídico brasileiro. A adoção acrítica de teorias estrangeiras como forma de conferir soluções a casos concretos exige uma análise criteriosa e fundamentada, a fim de compreender plenamente os conceitos e pressupostos que estão sendo importados, sob pena de haver não apenas uma descaracterização da teoria original para ajustá-la a contextos que não lhe são próprios, mas também violações a princípios e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Domínio do fato – Autoria – Posição societária – Pessoa jurídica – Crime contra a ordem tributária.

ABSTRACT: This article aims to examine the applicability of Claus Roxin's

theory of dominion of fact to crimes against the tax system occurring within the scope of legal entities. The analysis is based on the original foundations developed by Claus Roxin to evaluate the adequacy of the theory – designed to operate in a specific legal system, with clear and outlined objectives – to the normative context of the Brazilian legal system. The uncritical adoption of foreign theories as a way of providing solutions to concrete cases requires a careful and well-founded analysis, in order to fully understand the concepts and assumptions that are being imported, otherwise there will be a mischaracterization of the original theory to adjust it to contexts that are not specific to it, but also violations of fundamental principles and guarantees guaranteed by the Federal Constitution.

Keywords: *Mastery of fact. Authorship – Corporate position – Legal entity – Crime counts the tax order.*

INTRODUÇÃO

A complexidade das obrigações fiscais no âmbito empresarial decorrentes do emaranhado sistema tributário nacional, tem gerado intensos debates no campo jurisprudencial e doutrinário, sobretudo especialmente no que se refere à responsabilização penal dos representantes legais de pessoas jurídicas, sócios, gestores e administradores por violações às normas tributárias.

Essa discussão ganha maior relevância em casos que envolvem grandes empresas, com quadros funcionais extensos e que frequentemente acabam por terceirizar determinados serviços, a exemplo das questões contábeis, fiscais e previdenciárias.

Nesse contexto, a identificação do agente responsável pela emissão ou pelo cumprimento de uma ordem torna-se uma tarefa ainda mais complexa, especialmente porque a apuração da responsabilidade criminal, que ocorre após o procedimento fiscal, é iniciada anos, senão décadas, após o seu fato gerador.

Diante dos obstáculos intensificados pelo tempo transcorrido, é comum que as organizações passem por significativas mudanças estruturais e administrativas. Reformulações internas, como demissões, novas contratações e reorganizações hierárquicas, são eventos absolutamente comuns nesse período.

Essa rotatividade de cargos e funções, característica ao longo dos anos, não apenas dificulta a obtenção de informações precisas sobre os acontecimentos da época, mas também compromete a integridade de registros e evidências necessárias para o correto esclarecimento do contexto administrativo original.

Ante a dificuldade em identificar com precisão a autoria nos casos envolvendo responsabilidades corporativas e penais, parte da doutrina e dos tribunais tem recorrido à importação de teorias jurídicas na tentativa de conferir respostas para “um problema concreto”¹.

Contudo, salvo raras exceções, essa importação tem sido conduzida de forma pouco criteriosa e sem o devido aprofundamento sobre os fundamentos e a essência das teorias incorporadas. Esse movimento, longe de resolver os impasses, tem frequentemente gerado novos problemas, ao desvirtuar as ideias originais e aplicar conceitos desenvolvidos para contextos jurídicos distintos.

¹ GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22.

Entre as teorias importadas que ganharam destaque nos últimos anos nos tribunais e na doutrina nacionais, sobressai-se a teoria do domínio do fato de Claus Roxin, especialmente após o julgamento da ação penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal.

Em termos históricos, a teoria roxiniana foi desenvolvida em um contexto social e político bastante conturbado na Alemanha, marcado pelo avanço do nacional-socialismo, entre cujas consequências se encontra a morte de milhões de pessoas, executadas em nome de algo e por ordem de alguém. O principal objetivo de Roxin era elaborar uma teoria capaz de “abrir as constelações em que delitos são praticados no âmbito de Estados totalitários”². O autor alemão buscava a responsabilização dos agentes estatais pelos crimes praticados no regime nazista, e o processo contra Adolf Eichmann serviu de paradigma e inspiração para Roxin formular sua teoria do domínio do fato. Isso porque, apesar de Eichmann não ter, por mão própria, praticado nenhum ato de execução, foi um dos principais responsáveis por arquitetar o massacre de milhares de judeus nos campos de extermínio durante a Segunda Guerra Mundial³.

Roxin buscou, portanto, desenvolver um modelo capaz de punir aqueles que, servindo-se de uma organização hierarquicamente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emitiam ordens a serem cumpridas por executores fungíveis. É o exemplo dos representantes dos Estados totalitários, chefes dos grupos terroristas e líderes de organizações criminosas.

Assim, Claus Roxin definiu critérios claros para diferenciar, na prática, as figuras de autor e partícipe, considerando que, no ordenamento jurídico alemão, a participação e a cumplicidade eram historicamente tratadas com maior leniência, sendo punidas com penas mais brandas. A premissa básica era a de que o autor é a figura central do acontecer típico.

Com isso, a importância dessa teoria para conferir uma solução a um problema concreto pelos tribunais brasileiros exige atenção e observância não apenas aos seus requisitos, mas também ao contexto no qual foi desenvolvida.

2 GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 101.

3 UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. **Adolf Eichmann (Artigo Resumido).** [s.d.]. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content-pt-br/article/adolf-eichmann-abridged-article>. Acesso em: 13 ago. 2024.

O objetivo central deste artigo é avaliar a compatibilidade da teoria do domínio do fato de Claus Roxin com o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no contexto da responsabilização penal de sócios, gestores e administradores de pessoas jurídicas. Busca-se examinar, de forma crítica, a possibilidade de atribuir a esses agentes a autoria mediata de delitos tributários relacionados às atividades empresariais, considerando os limites e pressupostos estabelecidos pela teoria em sua concepção original.

O tema é relevante por várias razões: primeiro, por ser atual, conforme se infere das discussões teóricas que vêm sendo promovidas, visando à responsabilização de organizações empresariais por ações contrárias às respectivas obrigações tributárias e sociais; segundo, por ser oportunamente, na medida em que a atuação dos tribunais brasileiros nesse sentido tem apresentado soluções, ao que indica, nem sempre condizentes com as circunstâncias factuais dos casos, mas sim, baseadas em pressupostos de outras realidades; terceiro, porque essa última questão é indicativa de lacunas legislativas, o que leva à referida importância de teorias para se alcançar respostas; finalmente, porque no contexto desse problema, subjaz a cultura da impunidade. O artigo foi elaborado na perspectiva do método hipotético-dedutivo, que “pressupõe a [...] presença de lacunas no conhecimento, que seriam solucionáveis mediante tentativas explicativas – formuladas em termos de teorias, hipóteses, conjecturas [...]”⁴. A análise proposta se insere nesse contexto.

Como procedimento metodológico, o estudo foi elaborado por meio de uma pesquisa bibliográfica, para o que foram consultadas publicações nacionais e internacionais que versam sobre o tema. A finalidade foi construir o lastro teórico que serve de exame ao que se busca verificar.

1. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO MODELO DE CLAUS ROXIN

As expressões “domínio do fato” e “domínio sobre o fato” foram empregadas inicialmente no direito penal por Hegler em 1915, em sua dissertação intitulada “Os elementos do delito”⁵. Entretanto, suas concepções foram definidas com contornos

4 RECIO, Encarnación Moya; NASCIMENTO, Paulo Roberto. Os métodos em Ciência Política. In: RECIO, Encarnación Moya; NASCIMENTO, Paulo Roberto. **Introdução ao uso de métodos de pesquisa científica em Ciências Políticas**. [S. l.]: USP, 2012. p. 12-20. Disponível em: https://midia.atp.usp.br/impressos/redefor/Sociologia/IntroducaoUsoMetodosPesquisaCienciaPolitica/IntroducaoUsoMetodologiaPesquisaCienciasPoliticas_Tema2.pdf. Acesso em: 29 out. 2024. p. 13.

5 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução: Joaquín Cuello Con-

bastante distintos da noção que atualmente se concebe. Sua conceituação foi erigida sobre o pilar da culpabilidade do agente, relacionada às causas de imputabilidade e às suas excludentes, partindo-se da premissa de que somente agiria com o domínio do fato o agente que pudesse ser considerado culpável⁶.

Em 1933, Lôbo aprofundou as discussões nesse sentido, conceituando a autoria com base no domínio do fato, no entendimento de que autor do crime é o agente que utiliza os elementos objetivos e concretiza os elementos subjetivos, bem como aquele que possui a vontade de domínio e, concomitantemente, tem o efetivo controle da ação delitiva⁷.

Em 1939, Welzel sagrou-se o primeiro doutrinador a apresentar uma teoria do domínio do fato como critério para definição de autoria, a qual depende de dois pressupostos: o primeiro se refere aos requisitos pessoais, decorrentes da estrutura do tipo, subdivididos em objetivos e subjetivos. Os objetivos relacionam-se à qualidade especial de dever do autor, como sua condição de funcionário público, por exemplo. Os subjetivos dizem respeito aos desígnios especiais, tendências ou tipos de sentimentos⁸. O segundo pressuposto concerne à questão fática, na qual o autor é senhor da decisão e da execução de sua vontade final. Nesse sentido, Alflen argumenta que o domínio final do fato não é critério único para definição da autoria, sendo tão somente seu pressuposto material⁹.

Não obstante essas referências pretéritas, principalmente Welzel e sua teoria do domínio do fato como critério para delimitação da autoria, Claus Roxin é tido como o “verdadeiro revolucionário” no tratamento dado ao concurso de pessoas¹⁰. Isso porque, sem buscar um aprimoramento ou aperfeiçoamento da teoria de Welzel¹¹, a

treras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 73.

- 6 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 74.
- 7 LÔBO, Henrick. **Teoria do domínio do fato**: uma análise à luz do concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 18.
- 8 ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato: Incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v.1, n.1, 2013. p. 67.
- 9 ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato: Incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v.1, n.1, 2013. p. 67.
- 10 GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 25.
- 11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1874619/PE**, Rel. Ministro Rogério Schieiti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe 02/12/2020.

teoria elaborada por Roxin, de 1963, baseou-se na “vagueza e da intangibilidade da concepção welziniana”. Para tanto, desconsiderou sua concepção finalista do domínio do fato, segundo a qual “senhor sobre o fato é quem o realiza finalisticamente com base na sua decisão de vontade”¹².

Roxin, ao elaborar sua teoria do domínio do fato, visava delimitar a figura do agente na prática delitiva, tendo em vista que o ordenamento jurídico alemão à época punia a participação e a cumplicidade com penas mais moderadas do que as previstas para o autor do crime. Tal fato evidenciava a necessidade de novos critérios para distinguir as figuras de autor e de partícipe.

Em termos históricos, ele almejava a responsabilização dos agentes estatais pelos crimes praticados nos regimes nazistas e totalitários, por meio de organizações criminosas e terroristas. A finalidade era permitir a imputação dos crimes aos que se encontravam em posição de comando, o que ele posteriormente denominou, após o caso Adolf Eichmann¹³, “aparatos organizados de poder”.

Na conceituação roxiniana, considera-se autor aquele que possui o controle sobre o fato delituoso, ou seja, quem determina seu curso e seu resultado. Em outras palavras, autor é a figura central, a figura chave do acontecimento mediado pela conduta¹⁴, enquanto partícipe é a pessoa que contribui para a prática do delito, mas não exerce o controle decisivo sobre a ação criminosa.

Ressalte-se, outrossim, não se tratar de uma teoria desenvolvida visando expandir as hipóteses de responsabilização criminal. Diferentemente, foi edificada com base em um conceito mais restritivo de autoria, de modo a servir como “*un principio orientador para determinar el concepto de autor, podríamos decir: el autor es la figura central del acontecer la acción*”¹⁵.

Em vista disso e dos respectivos desdobramentos nocionais, no dizer de Díaz y García Collendo, a ideia construída por Roxin representa “a mais ampla, mais ela-

12 ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato: Incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, v.1, n.1, 2013. p. 66-67 (nota de rodapé).

13 GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 28.

14 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 42.

15 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 42.

borada e mais influente que se viu entre todos os defensores da teoria do domínio do fato, e, também, entre o tema de autoria”¹⁶.

Também para Alflen, na mesma linha, a “teoria (roxiniana) representou um marco no desenvolvimento do instituto da autoria e tem sido apontada como o caminho mais seguro para a caracterização da autoria em matéria penal”¹⁷.

A teoria do domínio do fato de Roxin, como marco teórico deste artigo, será vista em seus critérios e elementos, a fim de se buscar atender o objetivo proposto, no que tange à sua compatibilidade em relação ao ordenamento nacional.

1.1 As três vertentes da teoria do domínio do fato

No entendimento da teoria elaborada por Roxin, como ideia central do acontecer típico, o domínio do fato se materializaria em três vertentes, detalhadas nos subtópicos a seguir, a saber: a) domínio da ação, b) domínio da vontade e c) domínio funcional do fato.

1.1.1 Domínio da ação: autoria imediata

Para Roxin, a primeira forma de manifestação do fato dá-se por meio do domínio da ação, também conhecida como “autoria imediata”¹⁸. Aqui, encontra-se inserida a ideia de que quem executa o ato de forma livre e direta, por mão própria, é considerado autor do delito¹⁹.

No entender roxiniano, o domínio da ação, nessa hipótese, manifestar-se-ia da maneira mais pura e evidente possível, posto que não existiria melhor meio de se dominar um fato com mais clareza do que quando o autor o executa com as próprias mãos.

En este grupo de casos relativamente fácil, anticipemos el resultado: quien, no estando coaccionado y sin ser dependiente

¹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **La autoría em derecho penal**. Barcelona: PPU, 1991. p. 583.

¹⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato: Incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v.1, n.1, 2013. p. 67.

¹⁸ GRECO, Luis *et al.* **Autoría como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 25.

¹⁹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 135.

de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables, tiene el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la «concepción natural de la vida» y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano. La obviedad de esta idea se basa no solo en la evidencia no reflexiva de un aserto así, sino que cabe fundamentarla también, en términos puramente dogmáticos, por la seguridad con la que se puede encontrar la naturaleza de la autoría individual a partir de la ley. Pues teniendo en mente al autor individual, no cabe discutir que el legislador, en sus descripciones típicas, describe también al autor. Solo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto ahí establecidos es autor; y cuando los realiza lo es sin excepción. Si uno se mantiene firme en este fundamento incontestable, no hay argumento de peso en favor de que hubiera que modificar algo en este resultado cuando también han cooperado otras personas en el hecho. La aportación de estas puede valorarse como se quiera, pero en cualquier caso el que realiza el tipo de propia mano no deja por eso de coincidir con la descripción legal del autor en un ápice.²⁰

Todavia, o executor de mão própria não necessariamente será o maior recebedor da reprovação criminal, sobretudo nos casos em que uma terceira pessoa planeja a trama criminosa, mas a execução fica a cargo de outrem. Assim, isso lhe acarretará uma maior reprimenda²¹.

Pues ciertamente es verdad que el que actúa de propia mano puede no ser el principal responsable en sentido moral o crímino-lógico. Puede haber otro, que le ha instigado y ha ocasionado que cometa el delito, que quizá urdió el plan entero y recabó todo el provecho, y que puede merecer una pena superior. Pero de esto no se trata –

20 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 133.

21 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 133-134.

como sabemos – en la determinación de la autoría: para el hecho, tal como aparece en forma de acción, el que ejecuta por completo, libremente y de propia mano, no deja de ser la figura central dominante. Ahí reside el contenido de verdad imperecedero de la teoría objetivo-formal. Por eso, el concepto de dominio del hecho solo puede formularse de manera que comprenda estos casos en cualquier forma imaginable que presenten²².

Em síntese, o agente que, tendo domínio sobre a própria ação e atuando em obediência a uma ordem de terceiro ou em erro de proibição inevitável provocado por outrem, também será considerado autor direto do delito. Pode ser considerado, ainda, não o único autor, com a ressalva da possibilidade de ser exculpado²³.

1.1.2 Domínio da vontade: autoria mediata

A manifestação do domínio do fato também se dá no chamado “domínio da vontade”. Nesse, o autor mediato exerce o controle sobre um terceiro, que é reduzido a mero instrumento. Dito de outra maneira, o autor mediato se utiliza da outra pessoa como meio para a prática do crime.

Em complemento, Roxin destaca que essa hipótese de autoria pode ocorrer em três formas distintas: a primeira, por meio de coação, exercida sobre o homem da frente, ou seja, sobre o instrumento utilizado pelo ordenador para a prática do crime. Nessa hipótese, o jurista defende a utilização do princípio da responsabilidade como método adequado para determinar a autoria, “haja vista que o domínio exercido por alguém sobre outra pessoa plenamente capaz deve ser considerado em casos excepcionais e devidamente disciplinados pelo legislador”²⁴; a segunda, por meio da indução da pessoa interposta em erro. O homem por trás do delito se vale de um terceiro como instrumento que atua sem dolo. Esse é o caso mais clássico de domínio do fato; a terceira diz respeito à existência de um aparato organizado de poder. Roxin justifica essa modalidade de autoria para quem, valendo-se de uma organização estruturalmente verticalizada e apartada/dissociada da

22 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 133-134.

23 GRECO, Luis et al. **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 27.

24 LÔBO, Henrick. **Teoria do domínio do fato:** uma análise à luz do concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 53-54.

legalidade, emite uma ordem a ser cumprida por um executor fungível. Esse, por sua vez, opera como uma engrenagem dentro da máquina organizacional. Nessa modalidade, há três requisitos fundamentais: 1) emissão de uma ordem advinda de uma posição de poder dentro de uma organização verticalmente estruturada; 2) dissociada do direito; 3) condição de fungibilidade de executores²⁵. Nessa terceira forma, para Roxin, a coletividade criminosa desenvolve sua atuação autonomamente, prescindindo da mudança de identidade de seus membros. Em outros termos, ela funciona de modo automático, independentemente da pessoa física do executor, que pode ser substituído a qualquer momento²⁶.

Ao fixar essas noções, Roxin almejava alcançar os indivíduos que ocupavam posições hierárquicas superiores e de comando em Estados Totalitários, em organizações criminosas e, ainda, em grupos terroristas, atribuindo-lhes a qualidade de autores mediatos.²⁷

Com isso, ele propõe a responsabilização daqueles que, mesmo sem executar crimes com as próprias mãos, utilizam-se de aparato organizado de poder para a prática de ilícitos. Assim, é possível assegurar que os líderes e mentores intelectuais sejam considerados autores dos delitos cometidos sob seu comando.

Portanto, para que se tenha uma autoria mediata, é necessária a efetiva expedição de uma ordem a partir de uma posição de poder – em uma organização estruturada verticalmente e contrária ao ordenamento jurídico – que possua uma fungibilidade de executores.

Contudo, para uma parte da doutrina, a teoria mediata corresponderia a uma modalidade de coautoria, sob o argumento de que haveria uma colaboração conjunta dos intervenientes para a operacionalização do fato e para a execução do delito. Destaca-se, entre outros doutrinadores, o posicionamento de Frister e de Jescheck, para os quais, quem gerencia o painel de controle, justamente porque domina a organização, seria coautor²⁸.

25 GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 28.

26 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 240.

27 LÔBO, Henrick. **Teoria do domínio do fato:** uma análise à luz do concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 54-55.

28 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 696-697.

Roxin se contrapõe a essa tese, sob o argumento de que o autor mediato, emissor da ordem, não executa propriamente a ação, mas se vale de pessoa interposta para tanto. Além disso, destaca que a coautoria ocorre em modelos estruturados de forma horizontal, ao passo que a autoria mediata tem por pressuposto uma organização estruturada verticalmente.

1.1.3 Domínio funcional do fato: coautoria

A terceira forma de manifestação do domínio do fato se dá pela coautoria. De acordo com Roxin²⁹, essa modalidade se desenvolve quando a realização do ato típico é compartilhada com outro agente, por meio de uma ação coordenada, com divisão de tarefas e de funções. Cada um, dessa maneira, pratica o crime conjuntamente, agindo como autor direto³⁰.

Em outras palavras, Luís Greco *et al.* esclarecem que a coautoria advém do concurso de vários autores. Assim, quando duas ou mais pessoas tomam uma decisão conjunta de praticar o delito e contribuem de modo relevante para a sua consumação, elas terão o domínio funcional do fato, o que fará de cada uma coautora do crime da outra³¹.

Desta forma, os autores advertem que a consequência jurídica do reconhecimento da coautoria é demasiadamente gravosa. Isso porque ocorrerá a chamada imputação recíproca, em que “ambos respondem pelo fato como um todo, não obstante cada um tenha praticado parte da conduta típica”³².

1.2 Crimes que não comportam a teoria do domínio do fato

Apresentadas as hipóteses gerais de manifestação do domínio do fato, Claus Roxin identificou determinados tipos de delitos que não comportam a aplicação dessa teoria, cuja autoria, necessariamente, deve ser aferida por meio de outras meto-

²⁹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 270.

³⁰ LÔBO, Henrick. **Teoria do domínio do fato**: uma análise à luz do concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 60.

³¹ GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 30-31.

³² GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 30-31.

dologias. Como exemplo, citam-se os crimes de infração de dever, delitos de mão própria e os delitos culposos.

Conforme assinalam Luís Greco *et al.*, o preceito reitor do domínio do fato não foi concebido com uma visão de universalidade em relação a todas as espécies de infração penal, não obstante permanecer “a ideia de que autor é a figura central do acontecer típico”³³.

De acordo com Roxin, o motivo da inaplicabilidade para essas espécies de delitos advém do fato de que a tipificação e a responsabilização penal nesses casos dependem de características que não se referem ao controle nem à divisão de tarefas na execução do crime.

1.2.1 Delitos de dever

Os delitos de infração de dever, como a própria nomenclatura declara, caracterizam-se justamente pela violação de um dever específico imposto ao agente. Segundo Claus Roxin, nesse tipo de crime, considera-se autor aquele que preenche uma qualidade especial prevista no tipo penal, pouco importando o domínio que ele tenha sobre o fato:

En todos estos casos, el criterio determinante para la autoría reside en una infracción de deber, cuya naturaleza aún requiere aclararse. Para lo cual de todos modos en este contexto no es necesario abordar en profundidad la teoría de los deberes en Derecho penal, desde antiguo controvertida. Baste aquí lo siguiente: No se alude a aquel deber surgido de la norma penal cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo. Este deber existe en todo delito. Sobre todo, se extiende a los inductores y cómplices no cualificados, pues si los partícipes no estuvieran comprendidos, como destinatarios de la norma, por el efecto de obligación, no cabría fundamentar su punibilidad hasta hoy casi indiscutida. El propio NAGLER, que propugnaba considerar en principio como destinataria de la norma penal solo a la persona cualificada, se vio forzado a incluir al extraneus partíciipe, a efectos prácticos, en el ámbito de la norma penal mediante la

³³ GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 30-31.

*construcción posterior del «deber de obediencia secundario». No se va a abordar aquí todo este ámbito de problemas, que nada tiene que ver directamente con la delimitación entre autoría y participación*³⁴.

Já quem concorre para a execução da ação, sem possuir a qualidade exigida, será considerado mero partícipe³⁵. Assim, a condição de autor ou partícipe está interligada à subordinação ao dever e não à contribuição propriamente dita para o delito.

Nesse sentido, Luís Greco *et al.*³⁶ assinalam que o essencial para se determinar a autoria nessa espécie de delito é a relevância da descrição típica, o que se dá por meio da conjugação entre os elementos referentes à vedação da conduta pelo tipo penal e a qualidade especial do agente.

Transportando essa conceituação para o contexto do direito penal brasileiro, verifica-se a existência de significativa incompatibilidade com o ordenamento, na medida em que esse prevê a responsabilização daquele que, sem deter a qualidade especial, por atuar como *extraneos*, é considerado autor da mesma forma que o *intraneos*.³⁷

1.2.2 Delitos de mão própria

O segundo grupo de delitos que não comporta a aplicação da teoria do domínio do fato é o das infrações cometidas por mão própria, as quais devem ser julgadas por outros critérios autônomos de definição de autoria. Nessa espécie, considera-se autor o agente que pratica pessoalmente as ações do tipo penal. Portanto, não acomoda as noções de autoria mediata e de coautoria.

Roxin³⁸ projeta a divisão dos delitos de mão própria em três categorias: a primeira se refere aos delitos de comportamento vinculado, os quais tornam desnecessá-

34 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 344.

35 GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 32.

36 GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 32.

37 GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.32

38 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução: Joaquín Cuello Con-

sária a comprovação de lesão do bem jurídico, bastando só a demonstração da reprovabilidade do comportamento; a segunda diz respeito aos delitos do direito penal do autor, em que se pune determinada forma de ser do agente; a terceira é relativa aos delitos de infração de dever personalíssimo, a exemplo do crime de falso testemunho. Segundo Greco *et al.*, esse é o de maior relevância.³⁹

1.2.3 Delitos culposos

Para Roxin, os delitos culposos também devem seguir regras próprias para definição da autoria, notadamente por meio do sistema unitário de autor, com renúncia às premissas para distinção entre as formas de participação do delito.

Conforme destaca Avelar, “não seria possível imaginar, nos termos acima expostos, uma participação em delito culposo, já que a autoria pressupõe o domínio do fato e a participação, por conseguinte, é uma cooperação sem domínio”⁴⁰.

Da mesma forma, não seria cabível a coautoria, já que essa espécie tem por pressuposto a existência de um plano comum, com base em divisão de tarefas, com uma contribuição relevante para o acontecer típico. Tal pressuposto se revela em franca incompatibilidade lógica com a teoria proposta.

2. A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NOS CRIMES MATERIAIS PREVISTOS NO ART. 1º DA LEI Nº 8.437/90

A partir da delimitação e abordagem teórica realizadas, pode-se concluir que a teoria do domínio do fato, fiel à conceituação de Claus Roxin, revela-se não somente inaplicável aos crimes tributários, ocorridos no contexto empresarial, mas, sobre tudo, incompatível com o atual ordenamento jurídico penal brasileiro. Vários aspectos permitem essa conclusão, conforme será explicitado. O primeiro ponto é o fato de a teoria roxiniana ter sido elaborada para operar, especificamente, sob um aspecto

treras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 386-387.

- 39 GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 32.
- 40 AVELAR, Michael Procopio. **Teoria do domínio do fato:** o concurso de pessoas na legislação brasileira. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 198.

do sistema diferenciador, enquanto o Código Penal brasileiro adota, desde sua vigência, um sistema unitário e extensivo do conceito de autor.

Na exposição de motivos do Código Penal de 1940, submetida ao Congresso Nacional, o então Ministro Francisco Campos esclareceu que o projeto abolia a distinção entre autores e cúmplices, adotando a teoria monista. Essa definia o crime, do ponto de vista material e jurídico, como único e indivisível, dispendo, no então art. 25 que “quem, de qualquer modo, concorrer para o crime, incide nas penas a este cominadas”⁴¹.

No entanto, em virtude da prolação de decisões desarrazoadas, foi promulgada a Lei nº 7.209/84, com a finalidade de corrigir as distorções práticas na aplicação da norma referente à coautoria. Nessa ocasião, acrescentou-se, à parte final do revogado art. 25 (atual art. 29 do CP) a expressão “na medida da sua culpabilidade”.

Embora considerável parte da doutrina perfilhe o entendimento de que a partir dessa alteração legislativa o Código Penal passou a adotar um sistema unitário temperado⁴², Alaor Leite se posiciona de modo contrário a essa possibilidade, declarando que “um tal sistema misto – que acende uma vela a deus, outra ao diabo – não mereceria o nome de sistema”⁴³.

Não obstante alguns doutrinadores sustentem a compatibilidade da teoria com o direito penal brasileiro, a exemplo de Nilo Batista, Paulo Cesar Busato e Juarez Cirino dos Santos, é possível afirmar que a teoria, na concepção roxiniana, é incompatível com modelo pátrio atualmente vigente.

O próprio Roxin rejeitou categoricamente a utilização de sua teoria em sistemas unitários, considerando-a inadequada a tais contextos. Nesse sentido, se o próprio cria-

41 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso: 23 jun. 2024.

42 Alguns autores, a exemplo de Nilo Batista sustentam que o Código Penal adotou um sistema misto ou temperado. Nas palavras de Paulo César Busato e Rodrigo Cavagnari, “o instituto do concurso de pessoas está subordinado à teoria da culpabilidade, e, com isso, distingue-se, ainda que tacitamente, entre autoria e participação, além de limitar a punição à contribuição pessoal de cada protagonista, quando se impôs, no final no caput do art. 29 e em seus parágrafos, distinções entre aqueles que concorrem para o delito”. BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o Código Penal brasileiro. **Delictae**, v. 2, n. 2, jan.-jun. 2017. p. 88. Disponível em: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i2.21>. Acesso: 26 jun. 2024.

43 LEITE, A. **Domínio do fato ou domínio da posição?** Autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016. p. 35.

dor rejeita sua aplicação no sistema adotado pelo legislador brasileiro, não parece adequada a posição de parte da doutrina nacional sustentar uma possível convergência entre aquela teoria e a ordem jurídica em vigor.

Eventual tentativa de adequação e de flexibilização dessa teoria ao sistema brasileiro resultaria na distorção de seus traços originais e dos princípios fundamentais sobre os quais ela foi edificada. Haveria não apenas uma perda da sua originalidade, mas também a aplicação de uma nova teoria que, embora inspirada na original, diverge dos conceitos e objetivos estabelecidos por seu criador.

O segundo ponto que permite chegar à conclusão pela inaplicabilidade da teoria do domínio do fato nos crimes tributários ocorridos no contexto empresarial diz respeito à ausência do pressuposto relacionado à estrutura verticalizada, dissociada do direito, e que possua executores fungíveis.

Roxin deixa claro que empresas, ao contrário de organizações paraestatais ou criminosas, são criadas conforme o direito, com base em um complexo de atos formais constitutivos previstos em lei⁴⁴. Assim, eventuais desvios ou práticas ilícitas no âmbito empresarial não configuram, por si só, estruturas dissociadas do direito capazes de sustentar a aplicação da teoria do domínio do fato.

Além disso, a teoria de Roxin pressupõe a existência de uma fungibilidade dos executores, característica frequentemente ausente no contexto empresarial. Na prática, muitas funções em empresas exigem conhecimentos específicos e intransferíveis, o que inviabiliza o conceito de “executor fungível”.

Ademais, não se pode perder de vista que o objetivo originário era determinar a autoria mediata de crimes em casos que envolviam organizações criminosas, grupos terroristas e aparelhamento estatal, isto é, o “Estado criminoso dentro do Estado”⁴⁵, não no âmbito empresarial⁴⁶.

Nesse sentido, o autor alemão ressalta que a estrutura do domínio da organização somente pode existir onde a estrutura, como um todo, se encontrar fora do sistema

44 FARIA, Thiago Rodrigues. **A teoria do domínio do fato de Claus Roxin e sua aplicabilidade ao Direito Penal Econômico**. São Paulo: Dialética, 2024. p. 118.

45 ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen. **Panóptica**, n. 4, n. 3, p. 69-94, 2009. p. 87.

46 RODRIGUES, Victor Trajano de Almeida. **Crimes empresariais e teoria do domínio do fato**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. p. 127.

jurídico. É que enquanto a gestão e os órgãos executivos permanecerem ligados a um sistema jurídico independente, eventual ordem para cometimento de crimes não é capaz de estabelecer um domínio, porquanto as leis, em posição suprema, excluem o cumprimento de ordens ilegais e, com isso, o poder do sujeito que está por trás delas⁴⁷.

Expandir sua aplicação para abarcar crimes tributários empresariais seria não apenas desviar de sua finalidade original, mas também criar uma distorção conceitual que não encontra respaldo no direito penal brasileiro nem no pensamento de Roxin.

Em suma, a teoria do domínio do fato, conforme concebida por Roxin, é incompatível tanto com a estrutura normativa do Código Penal brasileiro quanto com o contexto empresarial de crimes tributários. Sua aplicação nesses casos representaria uma ruptura com os fundamentos doutrinários e jurídicos que a sustentam, além de contrariar os pressupostos estabelecidos por seu próprio criador.

CONCLUSÃO

Com o aprofundamento dos estudos sobre a teoria do domínio do fato, constatou-se, inicialmente, que Claus Roxin tinha por objetivo desenvolver uma teoria restritiva de responsabilização criminal, com critérios bem definidos, para distinguir as figuras de autor e de partícipe na prática delituosa.

Porém, com o avanço da criminalidade econômico-empresarial, as discussões sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas ganharam espaço no campo acadêmico e jurisprudencial, embora prevalecendo o entendimento de que a responsabilidade prevista constitucionalmente se restringe aos crimes ambientais.

À vista desse panorama, diversas teorias jurídicas foram importadas para o ordenamento brasileiro, com o objetivo de oferecer soluções para os problemas concretos, principalmente em resposta ao crescente discurso popular de impunidade que contamou não apenas o Poder Judiciário, como também os demais Poderes da República.

Contudo, foi possível perceber que essa importação, realizada sem maiores critérios e conhecimentos sobre o que, de fato, estava sendo importado, longe de proporcionar a solução esperada, acabou gerando novas adversidades que agora demandam intervenção judicial.

47 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 244.

Um exemplo clássico é a própria importação da teoria do domínio do fato de Claus Roxin, importada da Alemanha, que ganhou destaque no Brasil com o julgamento da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal. Mas não se levou em consideração a incompatibilidade sistemática entre os países, os pressupostos e os critérios definidos por seu criador.

Entre os principais efeitos deletérios da aplicação distorcida da teoria do domínio do fato destaca-se o aumento expressivo da responsabilização penal nos ilícitos tributários envolvendo pessoas jurídicas. Na prática, atribui-se à autoria não em razão de indícios da participação do dirigente no contexto delitivo, mas pela presunção de que, diante de sua posição hierárquica, ele detinha o controle sobre a organização.

De todo modo, a principal conclusão que se chega neste artigo é a de que a teoria do domínio do fato de Claus Roxin é inaplicável ao ordenamento jurídico brasileiro e não tem espaço para atribuir a autoria mediata ao representante da pessoa jurídica. Isso porque sua aplicação no sistema unitário é rechaçada pelo próprio criador, assim como no âmbito das organizações empresariais, porquanto não são estruturas dissociadas do direito.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato: Incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v.1, n.1, 2013.

AVELAR, Michael Procópio. **Teoria do domínio do fato:** o concurso de pessoas na legislação brasileira. São Paulo: JusPodivm, 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso: 23 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1874619/PE**, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe 02/12/2020.

BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o Código Penal brasileiro. **Delictae**, v. 2, n. 2, jan.-jun. 2017. p. 88. Disponível em: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i2.21>. Acesso: 26 jun. 2024.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **La autoría en derecho penal**. Barcelona: PPU, 1991.

FARIA, Thiago Rodrigues. **A teoria do domínio do fato de Claus Roxin e sua aplicabilidade ao direito penal econômico.** São Paulo: Dialética, 2024.

GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição?** Autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016.

LÔBO, Henrick. **Teoria do domínio do fato:** uma análise à luz do concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

RECIO, Encarnación Moya; NASCIMENTO, Paulo Roberto. . In: RECIO, Encarnación Moya; NASCIMENTO, Paulo Roberto. **Introdução ao uso de métodos de pesquisa científica em Ciências Políticas.** [S. l.]: USP, 2012. p. 12-20. Disponível em: https://midia.atp.usp.br/impressos/redefor/Sociologia/IntroducaoUsoMetodos-PesquisaCienciaPolitica/IntroducaoUsoMetodologiaPesquisaCienciasPoliticas_Tema2.pdf. Acesso em: 29 out. 2024.

RODRIGUES, Victor Trajano de Almeida. **Crimes empresariais e teoria do domínio do fato.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen. **Panóptica**, n. 4, n. 3, p. 69-94, 2009. UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. **Adolf Eichmann (Artigo Resumido).** [s.d.]. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/adolf-eichmann-abridged-article>. Acesso em: 13 ago. 2024.