

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

ADRIANA FASOLO PILATI

ALESSANDRA VANESSA TEIXEIRA

MARIA RAFAELA JUNQUEIRA BRUNO RODRIGUES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati; Alessandra Vanessa Teixeira; Maria Rafaela Junqueira Bruno Rodrigues. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-844-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. Política criminal. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

Muito nos alegrou a coordenação do Grupo de Trabalho 'Criminologias e Política Criminal', que – em grande sinergia entre os presentes – consignou expressivas pesquisas científicas com senso crítico apurado. As pesquisas vislumbraram harmonia com o próprio evento que tinha como mote 'Acesso à Justiça, Solução de Litígios e Desenvolvimento', no XXX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 15, 16 e 17 de novembro de 2023. Isso significava trazer a temática criminal sob novos olhares e desafios, aspecto que se concretizou em brilhantes apresentações.

De plano, tivemos a abordagem sobre 'Perigo Amarelo, Crimigração e Indesejáveis Contemporâneos', na qual se evidenciou os perigos da intersecção entre a política criminal e a migratória, denominada crimigração; apontando paralelos históricos e internacionais com o intuito de compreender a realidade dos imigrantes no Brasil. Abordou o contexto da imigração japonesa, nomeada perigo amarelo, durante o governo de Getúlio Vargas, Estado Novo.

Em 'Segurança Pública como Dever, Direito e Responsabilidade: a Densificação Jurídica em um Campo em Disputa' a preocupação foi em densificar conceitos com base em uma leitura constitucional amparada nos princípios de interpretação constitucional e nos estudos sociológicos que tratam do conceito de segurança pública e políticas de segurança pública. O texto constitucional concebe, portanto, a segurança pública sob três dimensões: i) dever estatal; ii) direito e iii) responsabilidade de todos.

A terceira apresentação, dita 'A Discriminação Indireta na Repressão Policial e o Dever de Adaptação Razoável no Auto de Resistência pelo Juiz', analisou a questão da discriminação indireta nas ações policiais no Brasil, com ênfase na análise do "auto de resistência" enquanto instrumento jurídico. Revelou-se uma preocupante tendência de aumento nas mortes violentas resultantes de intervenções policiais, com uma marcante desproporcionalidade racial: 79% das vítimas são de origem negra. A pesquisa vai além do princípio clássico da igualdade, focando nos prejuízos reais sofridos por grupos discriminados, e destaca a necessidade de uma "adaptação razoável" no contexto jurídico, especialmente em relação aos direitos fundamentais.

Na continuidade, tivemos o artigo ‘A Teoria da Racionalidade Penal Moderna e o Adolescente Infrator: as Vulnerabilidades do Infrator e uma Análise de Dados no Âmbito da Justiça Juvenil na Comarca de São Luís’, no qual o objetivo central foi investigar as vulnerabilidades de adolescentes esquecidos pelas famílias, pela sociedade e pelo Estado, dada a carência de políticas públicas eficazes e baixa integração entre aquelas existentes, o que dificulta o acesso à educação de qualidade, provoca evasão escolar e escassez do controle social informal e formal, permitindo a inserção deles no mundo do crime. Ao final, foram apresentadas sugestões de políticas integralizadoras no tratamento do infrator.

A quinta apresentação tratou da ‘Medida de (In)Segurança: a Inconstitucionalidade da Medida de Segurança Penal no Direito Brasileiro’, na qual se expôs acerca dos elementos e natureza da Medida de Segurança aplicada aos inimputáveis acometidos de doenças mentais, fazendo uma distinção entre os que acreditam que este teria um caráter punitivo ou não na atual legislação penal brasileira, em conformidade com a Lei de Execução Penal e a Lei da Reforma Psiquiátrica. O trabalho critica a forma como a Medida de Segurança penal atropela os princípios basilares da aplicação da lei penal, sob a égide de prevenção especial, em desrespeito aos indivíduos já vitimizados pela sua condição médica e social.

Na sequência, o artigo ‘Iure et Insania: Uma Breve História do Tratamento da Loucura da Sociedade Ocidental Clássica à Moderna’ trouxe o debate sobre os principais pontos dos períodos clássico ao moderno onde a interpretação do conceito de loucura e os tratamentos dos doentes mentais sofreu mudanças significativas, principalmente para o Direito, que hoje é responsável por assegurar um tratamento digno ao doente psíquico, independente da sua condição ou do cometimento de eventuais delitos.

Outra importante discussão, denominada ‘Imputação de Crimes ao Dirigente Praticados pelos Subordinados’, analisou a responsabilidade criminal dos/as dirigentes nas organizações públicas e privadas sobre os atos realizados pelos seus subordinados no âmbito do Direito Penal. Os resultados da pesquisa evidenciaram que, na esfera do Direito Penal, a imputação da responsabilidade criminal é restrita ao concurso do agente na forma omissiva ou comissiva e somente pode ocorrer nos marcos da norma legal, que no presente caso, apresenta lacunas e ambiguidades que dificultam o tratamento da matéria na esfera jurídica.

A oitava apresentação, intitulada ‘Os Estudos Pioneiros sobre Criminologia, Negritude, Racismo e Direito no Brasil: 1971-2000’ abordou uma possível invisibilidade das/os autoras/es negras/os e das temáticas relativas a negritude e racismo na produção científica na área do direito como forma de prevalência de possíveis estruturas do racismo institucional na pós-graduação brasileira. O trabalho buscou desmistificar as nuances que permeiam a presença

/ausência da negritude, seja na qualidade de sujeito histórico e ator do campo científico, seja na forma de temáticas relevantes e inviabilizadas.

Após, o artigo ‘Política Criminal sob a Ótica da Brevidade e Eficiência’ discutiu, dentro do âmbito da política criminal local, os fatores influenciadores de sua eficiência em decorrência do caráter limitado dos recursos públicos, assim como a busca da efetividade do direito penal em seu sentido amplo, qual seja o da paz social. Destacou que é necessário o manejo entre a celeridade e eficiência administrativa conjuntamente com a proteção das garantias constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, a fim de que o processo não perca as bases da criminologia em prol de um gerencialismo puro, negligenciando o cidadão à um mero objeto de administração.

Outro tema, muito atual e relevante, foi abordado em ‘Cultura do Medo e Criminologia Radical: o Proletariado como Protagonista do Temor’ que analisou a seletividade do sistema punitivo, com foco no impacto sobre o proletariado e sua influência pela cultura do medo. Isso reforça o poder das classes dominantes, gerando um constante temor nas classes subalternas. O artigo explora como a sociedade, cada vez mais amedrontada e controlada por estruturas claustrofóbicas, segurança privada e políticas de isolamento, o que reflete num verdadeiro apartheid social que exclui a classe dominada. Concluem que essa construção do sistema punitivo baseada na cultura do medo, sem correspondência com a realidade, é uma ferramenta de poder das classes dominantes para manter seu domínio.

O artigo intitulado ‘Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e Criminal Compliance: Elementos Jurídicos e de Política Pública Criminal’ analisou o atual estado da arte acerca do assunto, buscando respostas para as seguintes indagações: Como essas empresas deverão sofrer sanções? O que o Estado realiza com suas políticas públicas criminais é capaz de solucionar tal celeuma? Atualmente qual o melhor caminho para a composição destes litígios? Destacou que o que se tem hoje em dia como um caminho a ser seguido é o criminal compliance. De acordo com esta política, o Estado transfere às empresas, através do desenvolvimento de programa de compliance (autorregulação), que é submetido ao controle estatal, o dever de esta promover sua auto-organização.

Em seguida, ‘Cárcere, Isolamento e Maternidade: Uma Análise das Medidas Adotadas pelo Poder Público para Enfrentamento do Coronavírus a partir do Estado do Maranhão’ analisou as estratégias jurídicas e políticas adotadas pelo Poder Público do Estado do Maranhão para a contenção da propagação do coronavírus (COVID-19) no interior das unidades carcerárias e

seus impactos, diretos e indiretos, nos direitos das mulheres privadas de liberdade, no que tange ao convívio com os filhos menores, a partir de uma abordagem de perspectiva de gênero e da criminologia feminista.

Após, a apresentação do artigo ‘A Aversão ao Pobre no Sistema Judiciário Brasileiro: Análise da Decisão Monocrática Proferida no Julgamento do Habeas Corpus n. 225.706’ trouxe a discussão sobre a interseção entre dignidade humana, perspectiva de gênero e legislação penal no Brasil, abordando a tipificação do delito de furto, os critérios para considerar presentes a exclusão da tipicidade pela insignificância da lesão ao bem jurídico protegido pela norma e a busca pela igualdade material de gênero conforme a Constituição Federal de 1988. O estudo destaca o julgamento do Habeas Corpus nº 225.706 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que abordou o tratamento desumanizado a uma mulher acusada de furto, com a prevalência de aspecto puramente legais em detrimento de vieses socioeconômicos, embora também previstos constitucionalmente.

O artigo intitulado ‘A Segurança Nacional e a Instrumentalização do Direito: Lawfare e o Sequestro de Movimentos Sociais’ abordou a incriminação de movimentos sociais, cujas propostas vêm crescendo de maneira exponencial após os movimentos de junho de 2013. O trabalho faz uma análise do movimento do Lawfare que instrumentaliza o Direito como arma de guerra de maneira limpa, mas com uma força repressiva importante sobre o território de países alvos, utilizando-se para a construção do presente texto a obra Andrew Korybko que trabalha com as revoluções coloridas e o caminhar para situações de golpes, colapsando territórios em que o fenômeno ocorre.

A apresentação de ‘Combate às Drogas no Brasil: Ausência de Políticas Públicas e o Prejuízo para a Saúde e Segurança’ trouxe a reflexão sobre a relação entre políticas públicas e direitos fundamentais, destacando o enfoque de prevenção e combate às drogas. Discutiu a problemática entre o orçamento e as políticas públicas, elaboradas e executadas sem parâmetros concretos acerca de dados e sobre as reais demandas da sociedade. Enfatizou a necessidade de adotar políticas de redução de danos e de prevenção eficazes em vez de uma abordagem estritamente repressiva.

O artigo ‘Ainda a (Des) Militarização como Paradigma e Paradoxo da Violência/Letalidade Policial no Brasil’ analisou questões fundamentais relacionadas ao paradigma da (des) militarização das Polícias, especialmente a Polícia Militar dos estados, e de que forma tal perfil (não apenas militar, como também belicista) repercute no cenário geral de violência.

Ao final, conclui que o perfil militar das PM's catalisa a violência policial, uma vez que resta aos policiais militares, impedidos de procederem a investigação, apenas realizarem prisões - estas cobradas como inadvertido resultado de sua atuação.

Por fim, a última apresentação, 'Política de Encarceramento e Preconceito Racial: É Possível Falar em um Sistema Jim Crow Brasileiro?' problematizou o preconceito racial e os seus reflexos no encarceramento em massa, por meio da análise da representatividade da população negra no sistema penitenciário brasileiro. Partindo da obra de Michelle Alexander, refletiu sobre a analogia apresentada pela autora em torno do novo sistema Jim Crow de controle social por meio da segregação racial no sistema prisional. Concluiu que, ainda que a seletividade racial seja manifesta no sistema prisional, não se pode aplicar completamente a analogia proposta por Michelle Alexander.

Desejamos frutífera leitura do material que ora se apresenta, resultado dos estudos nas pós-graduações em Direito por vários lugares do Brasil, nas quais docentes e discentes trazem a lume os mais elaborados estudos da Academia Jurídica.

IMPUTAÇÃO DE CRIMES AO DIRIGENTE PRATICADOS PELOS SUBORDINADOS

IMPUTATION OF CRIMES TO THE MANAGER COMMITTED BY SUBORDINATES

**Benjamin Xavier de Paula
Jorge Luliwei**

Resumo

O foco deste estudo é a responsabilidade criminal dos/as dirigentes nas organizações públicas e privadas sobre os atos realizados pelos seus subordinados no âmbito do Direito Penal. Trata-se de uma investigação qualitativa, do tipo estado da arte que analisa os limites e possibilidades da responsabilidade criminal do dirigente na administração pública e na esfera privada em função de atos que sejam tipificados como crime pela lei penal, e que tenham sido praticados pelos subordinados, a partir da perspectiva metodológica da pesquisa mista (Creswell e Creswell, 2021) em diálogo com a perspectiva da pesquisa bibliográfica (Gil, 2022; Lima e Mito, 2007), documental (Cellard, 2008; Gil, 2022) e de campo (Gil, 2022), e nos estudos de Claus Roxin (2009; 2022), Adolf Merkel (2021) Bottini (2018), Von Liszt (2003), Karl Binding (2002), Hans Welzel (1956) Kai Ambos (2000), Zen (2012), Santos (2000), Tavares (1996), Nelson Hungria (2018). Os resultados da pesquisa evidenciam que, a doutrina jurídica, e neste contexto, a literatura científica, a norma jurídica e a jurisprudência dos tribunais dispõem que, na esfera do Direito Penal, a imputação da responsabilidade criminal nos termos disposto neste estudo, é restrita ao concurso do agente na forma omissiva ou comissiva, e somente pode ocorrer nos marcos da norma legal, que no presente caso, apresenta lacunas e ambiguidades que dificultam o tratamento da matéria na esfera jurídica.

Palavras-chave: Direito, Responsabilidade criminal, Gestão empresarial, Direito penal, Crime

Abstract/Resumen/Résumé

The focus of this study is the criminal liability of managers in public and private organizations for acts carried out by their subordinates under criminal law. This is a qualitative, state-of-the-art investigation that analyzes the limits and possibilities of the criminal liability of managers in the public administration and in the private sphere in relation to acts that are typified as a crime by criminal law, and which have been committed by subordinates, from the methodological perspective of mixed research (Creswell and Creswell, 2021) in dialogue with the perspective of bibliographical research (Gil, 2022; Lima and Mito, 2007), documentary (Cellard, 2008; Gil, 2022) and campo (Gil, 2022) research, and the studies of Claus Roxin (2009; 2022), Adolf Merkel (2021) Bottini (2018), Von Liszt (2003), Karl Binding (2002), Hans Welzel (1956) Kai Ambos (2000), Zen (2012), Santos

(2000), Tavares (1996), Nelson Hungria (2018). The results of the research show that the legal doctrine, and in this context, the scientific literature, the legal norm and the case law of the courts provide that, in the sphere of Criminal Law, the imputation of criminal liability in the terms set out in this study, is restricted to the concurrence of the agent in the omissive or commissive form, and can only occur within the framework of the legal norm, which in this case, presents gaps and ambiguities that make it difficult to deal with the matter in the legal sphere.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Criminal liability, Business management, Criminal law, Crime

1. INTRODUÇÃO

A imputação de crimes ao dirigente praticado pelos subordinados é objeto de estudos do direito penal com interfaces com outras áreas do direito, dentre as quais, a sociologia do direito, a filosofia do direito, o direito constitucional, o direito público, o direito administrativo, o direito privado, dentre outras.

Para o tratamento do tema, é necessário um recorte específico, e nesse sentido, elegemos duas dimensões, a saber: a imputação de crimes ao dirigente praticado pelos subordinados na administração pública e na empresa privada. Este recorte implica uma análise do objeto de estudo na esfera da administração pública em geral, e na esfera da administração privada, e como estas duas dimensões são (ou não) tratadas na teoria clássica do direito penal, ou, da criminologia, nos estudos recentes do Direito Penal e da criminologia, na legislação constitucional e infraconstitucional e na doutrina dos tribunais.

Esta abordagem contará ainda com a análise de dois estudos de caso, o primeiro tem como objeto a responsabilidade criminal do dirigente em função de ato tipificado como crime realizado na esfera da administração pública; e, o segundo tem como objeto a responsabilidade criminal do dirigente em função de ato realizado pelo subordinado, tipificado pela lei penal como crime.

A abordagem eleita tem como objetivo responder a seguinte pergunta: quais são os limites e possibilidades da responsabilidade criminal do dirigente na administração pública e na esfera privada em função de atos que sejam tipificados como crime pela lei penal, e que tenham sido praticados pelos subordinados?

Decorrentes da questão eleita neste estudo outras se mostram como desdobramento lógico - ou necessário - dentre as quais: a) Como a criminologia clássica e contemporânea enfrentam a questão da imputação de crimes ao dirigente praticado pelos subordinados na administração pública e na esfera privada?; b) Como a norma constitucional e infraconstitucional enfrentam a questão da imputação ao dirigente por crimes praticados pelos subordinados na administração pública e na esfera privada?; c) Como os tribunais superiores e inferiores têm tratado a questão da imputação de crimes ao dirigente praticados pelos subordinados na administração pública e na esfera privada?; d) Nos casos concretos de repercussão pública - estudo de caso - quais são as possibilidades da imputação de crimes ao dirigente praticado pelos subordinados na administração pública e na esfera privada?

As respostas a estas perguntas serão tratadas neste artigo a partir da realização de uma pesquisa de natureza qualitativa do tipo estudo de caso em diálogo com a pesquisa bibliográfica, pesquisa documental e pesquisa de campo.

Essas abordagens metodológicas são desenvolvidas por meio dos seguintes procedimentos : a) pesquisa bibliográfica em bases bibliográficas físicas (biblioteca universitária) e digitais (repositórios online) em diferentes instituições de ensino jurídico no Brasil e no exterior, por meio dos procedimentos de levantamento bibliográfico, seleção de obras teóricas e de referência, leitura e registro por meio de fichamentos e resenhas, análise da bibliografia e redação do texto; b) pesquisa documental em repositórios institucionais físicos (biblioteca universitária) e digitais (repositórios online) por meio da seleção, leitura, registro e análise da legislação constitucional e infraconstitucional disponível no sítio do Congresso Nacional e do Governo Federal e produção textual fundamentada; c) pesquisa de campo ou experimental por meio: (i) da investigação *in loco* na bases de dados da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD), da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP e da *Scientific Electronic Library Online Brazil* (SciELO - Brazil), organização e análise dos dados coletados a partir da exposição e análise crítica dos mesmos; (ii) investigação *in loco* na bases de dados dos tribunais superiores - Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) organização e análise dos dados coletados a partir da exposição e análise crítica dos mesmos.

O estudo, que está dividido em cinco partes, a saber: (i) uma introdução, com as questões iniciais; (ii) uma segunda sessão, no qual realizamos um diálogo com a produção clássica e recente sobre o tema por meio de estudos realizados no Brasil e no Exterior, com a norma constitucional e infraconstitucional e com a jurisprudência dos tribunais superiores selecionados para este estudo; (iii) uma terceira sessão, em que analisamos as possibilidades de aplicabilidade da análise realizada na administração pública e na esfera privada; (iv) uma quarta seção, que analisa a situação da aplicação dos conceitos, normas e julgamentos (precedentes jurídicos), objetos deste estudo, à dois casos concretos, um com foco na administração pública e outro, na empresa privada; (v) uma quinta seção com as considerações gerais sobre o estudo realizado; e por fim, (vi) as principais referências utilizadas no estudo realizado.

A partir desses elementos, oferecemos ao/à leitor/a um texto que almeja contribuir com os estudos da área, na formação de conteúdo crítico e reflexivo.

2. OS ESTUDOS SOBRE RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS DIRIGENTES PRATICADOS PELOS SEUS SUBORDINADOS

Nesta seção abordaremos quatro dimensões da responsabilidade criminal dos dirigentes por atos praticados pelos seus subordinados a saber: a) o que dizem os estudos clássicos na área de direito penal, aqui compreendendo os principais autores/doutrinadores

nacionais e internacionais; b) o que dizem os estudos recentes na área de direito penal, aqui compreendendo os teses de doutorado, dissertação de mestrado, artigos científicos e livros (literatura jurídica); c) o que diz a norma constitucional e infraconstitucional na área de direito penal, de forma particular os estatutos e as convenções internacionais, a Constituição Federal do Brasil, os Decretos e as Leis Federais selecionados por este estudo, aqui denominados de “arcabouço jurídico normativo”; d) o que diz a jurisprudência dos tribunais superiores e inferiores, de forma destacada, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ); e) o por fim, trazemos alguns comentários a partir de uma análise crítica destas quatro dimensões.

2.1 OS ESTUDOS CLÁSSICOS SOBRE O TEMA

Segundo os principais estudiosos da área de direito penal a teoria do domínio do fato foi cunhada inicialmente pelo jurista e filósofo do direito alemão Hans Welzel em 1939 no livro “Studien zur: System des Strafrechts” traduzido para o português com o título “O Novo Sistema Jurídico Penal”, e foi desenvolvida pelo jurista alemão Claus Roxin (2000; 2009; 2022). Segundo Zen (2012, p. 248) a teoria do domínio do fato, elaborada por Hans Welzel e Claus Roxin e trabalhada no Brasil por Juarez Cirino dos Santos (2000), pode ser considerada a mais adequada para se tratar das formas de prática de um crime.

O jurista alemão Claus Roxin (200; 2009; 2022) é um dos mais importantes e influentes e importantes estudiosos do direito penal, responsável pela introdução de importantes conceitos como o princípio da bagatela, a teoria do domínio do fato e também no âmbito do qual trata do concurso de agentes para a responsabilidade criminal do ato jurídico tipificado como crime. Na teoria de Claus Roxin o mesmo defende que, que na definição dos pressupostos para a configuração do concurso de agente na teoria do crime, é necessário que todos os agentes estejam subordinados ao mesmo critério - e a mesma norma - de imputação da culpa, o que não se vislumbra quando se trata de delitos comissivos e omissivos. No caso particular em análise neste estudo, aplica-se então o princípio da individualização da conduta com a imputação da responsabilidade de cada um dos envolvidos, o agente que cometeu o crime (o subordinado), e o omitente que não impediu que o crime acontecesse (dirigente) serão igualmente atores do fato - o primeiro por crime comissivo, e o segundo por crime omissivo.

Santos (2000, p. 276) afirma que a ideia básica da teoria do domínio do fato consiste em linhas gerais na situação em que “o autor domina a realização do fato típico, controlando a continuidade ou a paralisação da ação típica” ou seja, ele possui as condições para que o ato

criminoso ocorra, ou mesmo que não ocorra - e em ambas as situações pode-se atribuir a responsabilidade criminal ao dirigente por um ato realizado pelo seu subordinado.

Ainda nas palavras de Santos (2000, p. 276)

A teoria do domínio do fato parece adequada para definir todas as formas de realização ou de contribuição para realização do fato típico, compreendidas sob as categorias de autoria e de participação: 1) autoria (a) direta, como realização pessoal do fato típico, (b) mediata, como utilização de outrem para realizar o fato típico e (c) coletiva, como decisão comum e realização comum do fato típico; 2) participação como contribuição acessória em fato principal doloso de outrem, sob as formas (a) de instigação, como determinação dolosa a fato principal e doloso de outrem e (b) de cumplicidade, como ajuda dolosa a fato principal doloso de outrem

Verifica-se que no excerto o autor tem a preocupação de situar as diversas situações em que é possível atribuir a responsabilidade criminal de um fato ao agente causador do delito, incluindo aqui, as situações em que seria possível a atribuição da responsabilidade criminal ao dirigente em função de ato realizado pelo seu subordinado sob a forma de **Autoria direta, autoria mediata, autoria coletiva, participação sob a forma de instigação e a participação sob a forma de cumplicidade.**

Contudo a teoria do domínio do fato não é o objeto do nosso estudo, nos carece portanto, compreender como esta pode ser utilizada ou não para a responsabilização criminal do dirigente por atos praticados pelos subordinados.

Kai Ambos (2000, p. 35), ao analisar os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma, principal norma jurídica que orienta o direito internacional, defende que a pessoa que ordena o crime usando um subordinado para a execução do fato figura na tipificação que denomina de “autor mediato”. O autor fundamenta a sua tese no que dispõe o artigo nº 28 do “Estatuto de Roma”, afirmando que nesta situação específica o superior (dirigente) é responsável por omissão.

Destarte as teorias apresentadas até aqui evidenciam que a responsabilidade criminal do dirigente em função de ato jurídico praticado pelo subordinado, não se restringe a forma omissiva, mas, compreende também a forma comissiva. Igualmente, a forma omissiva, não se reduz ao tipo de crime de omissão imprópria.

Para Tavares (1996, p. 08-11) “a doutrina brasileira, desde Nelson Hungria, vem admitindo, que o delito possa ser praticado por ação ou por omissão” ou seja, trata-se de crime omissivo próprio ou impróprio - se próprio, deve-se indicar onde a lei se refere à omissão (materialidade do fato); se omissivo impróprio, deve-se esclarecer os fundamentos do dever de garantidor, e neste caso, a tipificação como crime omissivo próprio ou impróprio, não é produto de mera especulação doutrinária, mas, decorre dos limites do dever de impedir o resultado. O crime omissivo - deve-se demonstrar a violação do dever de agir e a sua

relação com o dolo, pois, o dolo deve orientar-se pela decisão acerca da inação, com a consciência de que o sujeito poderia agir para evitar o resultado.

Adolf Merkel, jurista pertencente à corrente do direito penal de orientação positivista-naturalista - discípulo de Hans Kelsen - em sua obra, conceitua que a omissão imprópria é causa de um resultado por ser efeito de uma ação positiva precedente, posicionando o nexos causal entre a omissão imprópria e a conduta anterior à inatividade em si. O dono de um cachorro que observa, sem ação, seu animal morder alguém é omissor porque adquiriu o cão bravo e o levou até aquele local, causa do resultado sob a *conditio sine qua non* (Bottini, 2018).

Armin Kaufmann (1976) , como teórico do finalismo, apresentava a necessidade da diferenciação ontológica entre omissão e comissão, anteriormente possível a qualquer normatização, o que implicaria na facilitação das definições valorativas dadas no âmbito jurídico com fins de delimitar mais precisamente as fronteiras conceituais. Entretanto, Armin Kaufmann também defendia que, no texto das normas penais incriminadoras dos atos comissivos, havia a presença paralela e elíptica de um tipo penal acerca da omissão imprópria, como esclarece Pierpaolo Cruz Bottini (2018, p.38).

No entanto, essa interpretação exige a aceitação do dolo subsequente, surgida após a realização da conduta tipificada penalmente, uma contradição com a teoria da culpa, em que a culpabilidade está restrita ao momento do movimento corpóreo (Von Liszt, 2003). Dessa forma, estando dolo e culpa inscritos no campo da culpabilidade para os pensadores positivistas- naturalistas, esse dolo subsequente seria a constatação, posterior ao agir, da vontade e do conhecimento, o que é pouco provável no instante da ocorrência da compra e do transporte do cachorro. Esse mesmo entendimento, contudo, não imputa criminalmente os comportamentos verificados somente no momento da omissão, como no dever de cuidado dos pais para com os filhos que, pelo atuar precedente, apenas por si só, podem estar em total conformidade com o direito, não sendo possível qualquer condenação por ato prévio.

A perspectiva destes diferentes autores é importante para a compreensão do objeto de estudo na medida em que definem os limites e responsabilidades da imputação do crime ao dirigente por atos de seus subordinados, conforme anuncia o título deste estudo.

2.2 OS ESTUDOS RECENTES SOBRE O TEMA

Nesta seção deste trabalho buscamos realizar uma cartografia dos estudos recentes com como foco a imputação de crimes ao dirigente praticados pelos subordinados a partir de três fontes a saber: a) publicações forma de livros; b) teses de doutorado e dissertações de mestrado; c) artigos científicos.

No que se refere às publicações recentes em forma de livros, este estudo evidencia as contribuições de Silva (2021), Estellita (2017) e Bottini (2018).

No contexto internacional o livro de Germano Marques da Silva (2021) “Responsabilidade Penal dos Dirigentes das Sociedades” parte da coleção “Manuais do Direito” é uma das principais publicações recentes sobre o tema no contexto português. Este livro tem como foco a gestão da empresa privada frente às complexidades das funções dos gestores empresariais, de forma mais específica, as questões gerais referentes ao estatuto do gestor e à responsabilidade penal das sociedades, os vários tipos de crimes, sua gravidade e uma eventual conexão com a atividade empresarial, dentre as quais, as sociedades comerciais.

O livro de Heloisa Estellita (2017) “Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão” publicado pela editora Marcial Pons faz parte da coleção “Direito Penal & Criminologia” e foi prefaciado pelo ilustre jurista alemão Luís Greco, uma das principais referências dos estudos sobre direito penal no mundo ocidental. Neste livro a autora trata da responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas e limitadas por crimes praticados por membros da empresa. Este é sem dúvida a principal e mais citada referência recente sobre o objeto de estudo deste trabalho, contudo, cabe-nos ressaltar que, as diversas nuances que envolvem tanto a definição do conceito de “omissão imprópria” quanto a tarefa de definição dos marcos jurídicos que permeiam a responsabilidade dos dirigentes por atos praticados pelos subordinados, deve ser analisada em diálogo e também em confronto com outras publicações da área.

O livro de José Ourismar Barros (2016) “Criminalidade de Empresa: A Responsabilidade Penal dos Diretores Empresariais” publicado pela editora Lumen Juris, é outra importante publicação recente que se dedica ao estudo da temática abordada neste estudo, e, embora não se vislumbre a mesma repercussão das obras de Heloisa Estellita (2017) e de Germano Marques da Silva (2021), exerce o papel de contribuir o estudo do tema que conforme já citado, possui ainda pouquíssimas contribuições

O livro escrito por Pierpaolo Cruz Bottini (2018), “Crimes de omissão imprópria”, lançado pela editora Marcial Pons, resultado do aprimoramento da tese de livre docência junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), é outra importante referência sobre o tema. Nessa obra, Bottini (2018) trata das distinções entre ação e omissão na realização do fato e entre ontologia e normativismo, bem como, sobre o conceito de bem jurídico, destacando as discussões em torno da diferenciação entre omissão imprópria e omissão própria. Amparado

nas principais teorias relativas à imputação por crime omissivo impróprio, chega na formulação de um modelo autoral destinado à aplicação nesse grupo de delitos.

Numa pesquisa *in loco* realizada junto ao BTB/IBICT/MCT, identificamos um universo de 210 (duzentos e dez) resultados, dos quais, na análise específica do conteúdo, somente cinco deles estavam diretamente vinculados à responsabilidade penal dos dirigentes empresariais devido a ações realizadas pelos subordinados; são eles: Fiorini (2020), Saraiva Filho (2020), Oliveira (2015), Eduardo Zen (2012) e Grazioli(2011).

A dissertação de mestrado de Antonella Portillo Fiorini (2020) “(In)aplicabilidade da teoria do domínio do fato e seu reflexo no âmbito empresarial” realizada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - PPGD/FD/UFRS, aborda a teoria do domínio do fato de Roxin e como esta se constitui como critérios suficientes por si só para delimitar as formas de autoria nela contidas, tendo como foco a responsabilidade penal por autoria mediata dirigentes em organizações empresariais.

A dissertação de mestrado de Rômulo Pedrosa Saraiva Filho (2020) “A vulnerabilidade dos ativos das Entidades Fechadas de Previdência Complementar nos casos de Fundo de Investimento em Participações sobre precificado e suas consequências jurídicas”, realizada junto ao Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da PUC-SP e localizada no REPOSITÓRIO PUCSP Teses e Dissertações dos Programas de Pós-Graduação da PUC-SP, no qual o autor detalha as particularidades das entidades fechadas de previdência complementar, ou “fundos de pensão”, originadas a partir da existência de uma legislação própria, com o intuito de indicar a responsabilidade jurídica administrativa, penal e civil da pessoa que motivou o cometimento do dano em decorrência de fraude no fundo de pensão.

A dissertação de mestrado de Cássio Eduardo Zen (2012) intitulada “As companhias militares privadas e o direito internacional criminal: o reconhecimento da responsabilidade criminal e da personalidade jurídica dos dirigentes corporativos segundo o Estatuto de Roma” realizada no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, trata de um estudo de natureza histórico e conceitual das Companhias Militares e de Segurança Privadas a luz do direito internacional, bem como, a aplicação de institutos do direito criminal/penal internacional a tais organizações. O estudo dedica-se portanto

Além da dissertação de mestrado de Airton Grazioli (2011) nomeada “Fundações privadas: do poder à responsabilidade dos dirigentes” realizada no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, com

foco na responsabilidade civil e penal dos administradores das Fundações privadas na Capital do Estado de São Paulo.

Este assunto também está presente nas pesquisas realizadas em forma de Teses e Dissertações na USP pelos trabalhos de Magri (2021), Oliveira (2019), Oliveira (2019), Costa (2018), Souza (2015), Grandis (2014), Bernier (2014), Mota (2013), Sacramone (2012) e Schoenmaker (2010).

Na pesquisa exploratória *in loco* realizada na base de dados geral da SCIELO identificamos dois trabalhos: Miranda (2022) e Klaus Günther (2017).

Marine Carrière Miranda (2022) em recente artigo publicado no Volume 10 da Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal intitulado “A teoria do domínio do facto e a responsabilidade penal do dirigente empresarial no caso português” analisa a responsabilidade penal dos dirigentes em ato realizado pelos seus subordinados.

Klaus Günther (2017) no artigo publicado no Volume 13 da Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), “O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade”, trata da forma pela qual, no Direito Penal, diversos juristas tem postulando a abolição do juízo de culpabilidade e a substituição das penas nele fundadas por medidas de segurança e por intervenções e terapias neuromédicas, na medida em que as nossas decisões e ações são predeterminadas por processos neurológicos onde não há espaço para o livre-arbítrio - não sendo livre nossa vontade -, e portanto, ninguém poderia ser responsabilizado pela ocorrência de um delito.

2.3 O ARCABOUÇO JURÍDICO NORMATIVO

Uma análise documental do conjunto de normas jurídicas consolidadas em forma de leis, decretos e outros instrumentos - que denominamos de arcabouço jurídico normativo - que buscam regulamentar a responsabilidade criminal dos dirigentes por atos praticados pelos seus subordinados a partir das esferas públicas (instituições do estado) e privadas (empresas e demais corporações comerciais, industriais e do terceiro setor), é instrumento indispensável á um estudo desta natureza.

Nesta perspectiva realizamos uma análise das normas institucionais e locais que tratam do tema.

Normas internacionais

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional - TPI ratificado pelo Congresso Nacional Brasileiro por meio do Decreto Federal nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, é um dos principais documentos do direito internacional, em matéria de direito penal. Ao ser

acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir do referido decreto a este estatuto passa a ter validade de texto constitucional nos termos disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988. As disposições específicas do referido documento que pode nos auxiliar na análise da responsabilidade criminal do dirigente por atos dos subordinados em matéria de direito internacional, encontram-se nos artigos 25 e 28.

O artigo nº 25 do referido estatuto dispõe sobre os crimes individuais que, serão julgados pelo Tribunal Internacional Penal (TIP) quando de tratar de delitos cuja competência para o julgamento seja de competência deste tribunal nos termos que segue,

Artigo 25 Responsabilidade Criminal Individual

3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso: i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime; e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática; f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.

É possível abstrair do excerto que a imputação da responsabilidade criminal individual no âmbito do tribunal internacional ocorrerá em diferentes situações discriminadas nos incisos “a” à “f” do artigo 25, dentre as quais as situações em que; a) um crime de competência deste tribunal for cometido seja individualmente ou por intermédio de outra pessoa, ainda que esta outra pessoa não seja criminalmente responsável, como é o caso por exemplo de utilização de menor ou incapaz para realização de um crime; b) ocorrer o ato individual de ordenar, solicitar ou instigar a prática do crime ainda que o mesma não seja consumado; c) houver a cumplicidade, encobrimento ou colaboração com a prática ou tentativa de crime; d) contribuir para a ação coletiva por meio do concurso de pessoas para prática tipificada como crime, mediante e propósito e conhecimento sobre a intenção criminosa do coletivo; e) incitar o crime de genocídio; f) o crime for tentado ainda que frustrado.

Faculta o artigo contudo que, aquele que desistir ou impedir um crime de competência do TIP não será punido. Mas quais são os crimes que podem ser imputados na esfera individual, ao dirigente em função de um ato cometido pelo seu subordinado?

A artigo nº 28 do Estatuto de Roma responde a esta questão nos termos que segue,

Artigo 28 - Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos () Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal: a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando: i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e, ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal () b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando: a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes; b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e, c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

O artigo nº 28 do Estatuto de Roma estabelece duas categorias de dirigentes que podem ser responsabilizados por crimes cometidos pelos seus subordinados no âmbito daquele estatuto jurídico : a) os dirigentes militares; e, b) os dirigentes não militares. Em relação aos dirigentes militares adotou-se que podem responder por crimes cometidos pelos seus subordinados em função de uma dupla relação, seja ela em função da ordem direta no âmbito da cadeia de comando da hierarquia militar; seja ela, pelas ações que ocorre sob a jurisdição da sua autoridade.

Verifica-se neste caso que a primeira situação - ordem direta para a cadeia de comando - figura-se na esfera da ação comissiva e não omissiva; e na segunda situação, figura-se a responsabilidade tipificada como omissão imprópria. Esta distinção é importante na medida em que, evidencia-se que, ao contrário do que é defendido por alguns autores no Brasil, nem todo crime de responsabilidade criminal do dirigente por atos cometidos pelo subordinado figura-se como crime de omissão imprópria, pois, em geral, verifica-se tanto a participação direta (comissiva) na execução da ação - o fazer -; quanto a ação indireta (omissiva) na execução da ação - o não fazer.

Em relação ao dirigente não militar - civil ou mesmo paramilitar (como é o caso das empresas privadas de segurança que operam nas esferas nacionais e internacionais) - a

imputação da responsabilidade criminal dos dirigentes por crimes cometidos pelo seus subordinados no âmbito do TIP o Estatuto Jurídico de Roma adota como o vínculo de autoridade e responsabilidade sobre o controle efetivo e apropriado sobre os atos dos seus subordinados. Entende-se o referido estatuto jurídico que o vínculo de autoridade gera um vínculo também de responsabilidade que opera diretamente na esfera do dever-fazer - ou seja, do dever de exercer o controle efetivo e apropriado sobre os atos dos seus subordinados com vistas a evitar a prática tipificada como crime na esfera penal internacional.

A despeito de todo o debate sobre a imprecisão do conceito de crime de omissão imprópria na literatura jurídica nacional e internacional, a sua aplicação automática e acrítica aos casos específicos de imputação da responsabilidade criminal ao dirigente por ato cometido pelo subordinado, pode levar a erros de análise e de aplicação em termos de matéria do direito penal.

Normas nacionais

No texto da Constituição Federal de 1988, a questão da responsabilidade criminal individual e a possibilidade de sua imputação aos dirigentes por atos praticados pelos seus subordinados são tratados nos artigos nº 173 e 225.

O art. 173, § 5º, da Constituição Federal de 1988, dispõe que “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. Neste caso somente para as matérias relativas aos crimes praticados contra a ordem comercial e financeira e contra a economia popular - um duplo grau de responsabilidade configurada por um lado, na responsabilidade individual do dirigente da empresa; e, por outra, na responsabilidade jurídica da empresa.

O art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, fornece uma redação mais precisa nos termos que segue “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Nesse caso, amplia a possibilidade de responsabilidade criminal dos dirigentes por atos cometidos pelos seus subordinados para a área do direito ambiental, para a esfera do direito penal e administrativo.

O texto do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro) em seus artigos nº 13, 317 e 320 estabelecem uma norma jurídica mais precisa que, combinada com os artigos nº 171 e 225 da Constituição Federal de 1988, possibilitam uma melhor compreensão dos limites e possibilidades de imputação da responsabilidade

criminal ao dirigente na administração pública e na esfera privada por atos cometidos pelos seus subordinados.

O art. 13, § 2º, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, dispõe:

Art. 13 [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O caput deste artigo já estabelece que o barema é o respeito ao princípio da causalidade, ou seja, o nexa causal entre a ação ou omissão e o resultado pretendido. O parágrafo destacado do artigo, contudo, ratifica o entendimento de que a omissão é critério relevante frente aos efeitos da ação ou omissão no resultado do objeto tipificado como crime pela norma jurídica.

O art. 320 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, no título referente aos crimes contra a administração pública, tipifica como **condescendência criminosa** “Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente”. Essa disposição tipifica a forma omissiva na qual o dirigente ao tomar conhecimento de irregularidade cometida pelo subordinado no exercício do cargo público, tem a obrigação legal de responsabilizá-lo, e/ou, não sendo a pessoa competente para fazê-lo, levar ao conhecimento da pessoa competente.

Também os artigos 2º e 3º da Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 dispõe sobre a prática dos crimes do “diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”, bem como, que, “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Todas essas colocações relativas às disposições legais brasileiras e internacionais, calcadas no princípio da legalidade, todavia, em relação ao tema da imputação de crimes ao dirigente por atos praticados pelos seus subordinados, apresentam um significativo histórico de contraposições e relativizações encontradas na doutrina teórica e na jurisprudência dos tribunais.

2.4 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

No âmbito do Supremo Tribunal Federal - STF, e Inquérito nº 2245/2007 que deu origem a Ação Penal nº 470/2012 julgada pelo Plenário Pleno foi uma das mais emblemáticas

discussões no âmbito do Direito Penal sobre a responsabilidade criminal do dirigente por atos cometidos pelos subordinados.

Na referida Ação Penal, parte do núcleo central do Governo Federal foi denunciado por crime de responsabilidade, supostamente, por ação de diversos atores do serviço público e da iniciativa privada, e na presente ação, foi consignado ao Ministro Chefe da Casa Civil a condição de chefe da organização criminosa a partir da tese da “teoria do domínio do fato”. Tese esta que na época foi refutada pelo próprio Roxin. Na caso concreto em análise é evidente que a responsabilidade criminal do dirigente não é um fato pacificado, nem mesmo na jurisprudência dos tribunais superiores, haja vista que, até hoje, existem diversos questionamentos tanto ao referido processo, quanto a tese aprovada pela maioria dos ministros do STF que na época condenou boa parte dos denunciados.

No âmbito do Tribunal Superior de Justiça - STJ, a Ação Penal na Corte Especial nº 993/2020 trata-se da responsabilidade criminal do governador do Amazonas e dos dirigentes da administração pública frente à aquisição irregular (fraude de licitações) de respiradores frente diante da recente pandemia de COVID-19.

Na presente Ação Penal o STJ acolheu a denúncia com base na alegação de evidências de responsabilidade do Governador do Estado e demais dirigentes sob suposta fraude de licitação com vistas à aquisição de material com preços muito acima do mercado, e que em grande parte, foram pagos antecipadamente e sequer foram entregues ao governo. Esta Ação Penal teve desdobramentos fora do Brasil, tendo em vista que alguns contratos realizaram-se sobre a jurisdição de normas jurídicas do direito internacional, contudo, verifica-se que, no caso específico da atribuição da responsabilidade criminal ao dirigente por atos dos subordinados, os tribunais superiores têm adotado a premissa de análise de cada caso concreto para estabelecer-se uma posição.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS.

A imputação de crimes ao dirigente por atos praticados pelos subordinados é um tema “sob rasura” no âmbito do direito. Possui vicissitudes e ambiguidades que devem ser analisadas de acordo com o caso concreto e confrontadas com jurisprudência consolidada na teoria do direito (seja a partir dos estudos clássicos quanto dos estudos recentes), da norma jurídica consolidada na legislação constitucional e infraconstitucional, e, na doutrina dos tribunais.

Em relação aos estudos clássicos na área de direito penal, autores como Claus Roxin (2009; 2022), Adolf Merkel (2021) Bottini (2018), Von Liszt (2003), Karl Binding (2002), Hans Welzel (1956) Kai Ambos (2000), Zen (2012), Santos (2000), Tavares (1996), Nelson

Hungria (2018), dentre outros, empreenderam importantes estudos com vistas a tratar dos limites e possibilidades da imputação individual do crime de responsabilidade omissiva aos dirigentes por atos cometidos pelos seus subordinados; dentre elas, o domínio do fato, a teoria do crime omissivo e comissivo, dentre os quais, as teses sobre a omissão imprópria, são formulações que buscam elucidar o objeto deste estudo.

Também os estudos recentes de Heloisa Estellita (2017), José Ourismar Barros (2015), Germano Marques da Silva (2021), Pierpaolo Cruz Bottini (2018), buscam contribuir com o debate a partir do debate sobre os limites e possibilidades de aplicação dos conceitos de domínio do fato e da omissão/comissão para a definição de um campo teórico que possa desvendar as nuances acerca da imputação da responsabilidade criminal aos dirigentes (na esfera pública e privada) em função de atos cometidos pelos subordinados.

Em relação às pesquisas recentes (2012-2022) que tratam sobre a temática, citamos os trabalhos de Magri (2021), Fiorini (2020), Saraiva Filho (2020), Oliveira (2019), Costa (2018), Souza (2015), Grandis (2014), Bernier (2014), Mota (2013), Sacramone (2012), Eduardo Zen (2012), Miranda (2022), Klaus Günther (2017).

No que se refere ao arcabouço jurídico normativo, os artigos nº 25 e 28 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional - TPI ratificado pelo Congresso Nacional Brasileiro por meio do Decreto Federal nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, os artigos nº 173 e 225 da Constituição Federal de 1988, os artigos 13, 317 e 320 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro) e a lei federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 são normas jurídicas que buscam estabelecer as bases legais para a responsabilização do dirigente por atos do subordinado.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal - STF e do Tribunal Superior de Justiça - STJ, o Inquérito nº 2245/2007 que deu origem a Ação Penal nº 470/2012 julgada pelo Plenário Pleno e a Ação Penal na Corte Especial nº 993/2020, são instrumentos jurídicos que buscaram interpretar e aplicar as disposições contidas das referências teóricas e normativas que se dedicaram ao tratamento da temática deste estudo.

A doutrina jurídica, e neste contexto, a literatura científica, a norma jurídica e a jurisprudência dos tribunais dispõem que, na esfera do Direito Penal, a imputação da responsabilidade criminal ao dirigente das organizações públicas e privadas por atos cometidos pelos seus subordinados é restrita a ação do dirigente na forma omissiva ou comissiva, seja pelo crime de omissão própria ou imprópria. Contudo, esta responsabilização somente pode ocorrer nos marcos da norma legal, que no presente caso, apresenta lacunas e ambiguidades que dificultam o tratamento da matéria na esfera jurídica.

A ampliação e aperfeiçoamento da literatura científica sobre o tema é indispensável urgente e deve responder às lacunas e imprecisões da norma, a fim de que esta seja revista e aperfeiçoada, tendo como referência, a proteção do bem jurídico.

É neste sentido que se insere este artigo: fornecer uma base de estudos para o tratamento do tema, a partir da literatura científica, da norma jurídica e da jurisprudência dos tribunais, com vistas à melhoria e ao aperfeiçoamento das normas jurídicas e da proteção jurídica das relações sociais entre os/as cidadãos.

5. REFERÊNCIA

AMBOS, Kai. Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma, in: Fauzi Hassan Choukr/Kai Ambos (orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**. Uma valoração crítica e ulteriores contribuições. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 37, 2002. p. 43-72.

Armin Kaufmann. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. 375 p.

BARROS, José Ourismar. Criminalidade de Empresa. **A Responsabilidade Penal dos Diretores Empresariais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016.

BERNIER, Joice Ruiz. **O administrador judicial na recuperação judicial e na falência**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BIERRENBACH, Sheila. **Crimes Omissivos Impróprios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BINDING, Karl. **As normas e suas infrações**. tradução de Pedro Valls Feu Rosa. Imprensa: Vitória, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. 1. ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: DOU de 26.9.2002.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, DF: DOU de 31.12.1940. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acessado em 13/09/2023. (Versão atualizada).

BRASIL. Congresso Nacional. **LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998**. Mensagem de veto Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de

condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: DOU de 13.2.1998. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.605%2C%20DE%2012%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20penais,ambiente%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acessado em 13/09/2023. (Versão atualizada).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **Ação Penal nº 993 - DF**. Brasília/DF: STF, 2020. Disponível em <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=136080274&tipo=5&nreg=20200928826&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20211103&formato=PDF&salvar=fal.se>. Acessado em 13/09/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Ação Penal nº 470**. Brasília/DF: STF, 2012. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6542442>. Acessado em 13/09/2023.

CARRIÈRE DE MIRANDA, M. A teoria do domínio do facto e a responsabilidade penal do dirigente empresarial no caso português. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 67–87, 2022.

CAVALCANTI, Eduardo de Araújo. “A ampliação do conceito de autor mediato à luz da teoria de Claus Roxin como forma de combate à criminalidade organizada”. 2005. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005.

CELLARD, A. **A análise documental**. In: POUPART, J. et al. A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis, Vozes, 2008.

COSTA, Fernando Calix Coelho da. **O dirigente de empresa como garante de proteção** -- São Paulo, 2018. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

CRESWELL, John W. **Projeto de Pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**. Porto Alegre: Artmed, 2007. doi:10.11606/D.2.1980.tde-03032008-103152. Acesso em: 16 de jan. de 2022.

DORN, Walter. **Plausible Deniability or How Leaders May Try to Conceal Their Roles**. Den Haag, 18 de maio de 2010. Palestra Proferida Durante as ICC/OTP Guest Lectures, organizadas pelo Escritório do Promotor do Tribunal Penal Internacional.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão. 1ª edição. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2017. (Coleção Direito Penal & Criminologia).

FERREIRA, Norma Sandra de Almeida. As Pesquisas Denominadas “Estado da Arte”. Campinas/SP. **Educação e Sociedade**, ano XXIII, nº 79, agosto/2002. P. 257/272.

FIORINI, Antonella Portillo. **(In)aplicabilidade da teoria do domínio do fato e seu reflexo no âmbito empresarial**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - PPGD/UFRGS, 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRANDIS, Rodrigo De. **A imputação nas organizações empresariais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2017.tde-21082017-113636. Acesso em: 2023-09-14.

GRAZZIOLI, Airton. **Fundações Privadas: Do Poder à Responsabilidade dos Dirigentes**. 2011. 200p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -(PPGD;PUCSP), 2011.

GRECO, Luís Greco; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. (Direito Penal e Criminologia)

GÜNTHER, Klaus. **O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade**. Revista Direito GV [online], [S. l.], v. 13, n. 3, p.1052-1077, 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/vkMmjLynrXMm53MT6cy9CZs/?lang=pt#>>. doi: 10.1590/2317-6172201741. Acesso em: 09 de jan. 2023.

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. 375 p.

LIMA, T. C. S. de; MIOTO, R. C. T. **Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica**. **Katalysis**, v. 10, p. 35-45, 2007.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Campinas: Russell, 2003.

MAGRI, Fernando França. **Responsabilidade penal na cadeia executiva: a omissão imprópria na ambiência das sociedades anônimas e limitadas**. 2021. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

MERKEL, Adolf. **Derecho Penal: parte general**. (Espanha): Ediciones Olejnik, 2021.

MEZGER, Edmund. **Criminologia**. Santiago do Chile: **Ediciones Olejnik**, 2018, (Biblioteca de Criminologia).

MOTA, Fernando de Andrade. **O dever de divulgar fato relevante na companhia aberta**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

OLIVEIRA, Hermes Nereu da Silva Cardoso. **A responsabilidade do administrador por omissão na lei de defesa da concorrência: critérios para identificação do administrador e sua imputação por condução comissiva omissiva.** 2019. Dissertação (Mestrado) -. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

OLIVEIRA, José Ourismar Barros de. **Criminalidade de empresa: análise da situação penal dos superiores empresariais pelo cumprimento de suas ordens e pela omissão do dever de vigilância.** 2015. 157 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **Revista Panóptica, Law E-Journal.** Ano 3, vol. 17, 2009. p. 69-94.

ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft (German Edition).** 11ª edição. (Alemanha): Editora De Gruyter, 2022

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Ato de preenchimento de órgão de administração: natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade anônima.** 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. 370 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna teoria do fato punível.** 2ª edição. São Paulo/SP: Editora Freitas Bastos, 2000.

SARAIVA FILHO, Rômulo Pedrosa. **A vulnerabilidade dos ativos das Entidades Fechadas de Previdência Complementar nos casos de Fundo de Investimento em Participações sobreprecificado e suas consequências jurídicas.** 2020. 348 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

SCHOENMAKER, Janaina. **Controle das parcerias entre o Estado e o terceiro setor pelos Tribunais de Contas.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade penal dos dirigentes das sociedades.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021.

SOUZA, Silas Cardoso de. **As entidades fechadas de previdência complementar enquanto instrumentos de atuação do Estado na economia.** 2015. Dissertação (Mestrado em Direito

Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Brasil: Instituto Latino Americano de Cooperação Penal, 1996.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**: Monografias Jurídicas. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I**. Campinas: Russell, 2003.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Traduzido por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZEN, Cássio Eduardo. **As companhias militares privadas e o direito internacional criminal: o reconhecimento da responsabilidade criminal e da personalidade jurídica dos dirigentes corporativos segundo o Estatuto de Roma**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2012