

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

ANTONELLA PORTILLO FIORINI

**(IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SEU REFLEXO NO
ÂMBITO EMPRESARIAL**

ANTONELLA PORTILLO FIORINI

Porto Alegre

2020

**(IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SEU REFLEXO
NO ÂMBITO EMPRESARIAL**

Dissertação de Mestrado acadêmico apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2020

Resumo:

O presente estudo aborda se a teoria do domínio do fato de Roxin constitui os critérios suficientes por si só para delimitar as formas de autoria nela contidas, além de demonstrar o reflexo da responsabilidade penal por autoria mediata dirigentes em organizações empresariais, bem como, sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro e internacional, baseando-se na jurisprudência e doutrinas a respeito. Inicialmente, o estudo perpassa pela base teórica da teoria do domínio do fato de Claus Roxin e suas críticas a fim de compreender se sua teoria possui critérios suficientes para caracterizar uma doutrina. Demonstrando que não há como basear o conceito de autoria apenas pela figura central de Roxin, é exposta alternativas dogmáticas de autoria, sendo Jakobs, Kindhäuser e Gimbernat, entendendo que o último seria mais adequado ao sistema brasileiro. Por último, é demonstrado como é aplicada a teoria do domínio do fato no ordenamento brasileiro, além da implicação empresarial, e suas excentricidades como uma organização, para concluir o entendimento, aplicando-o em um caso concreto da jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: domínio do fato; aparatos de poder; crime empresarial; autoria mediata.

Abstract:

The present study addresses whether Roxin's theory of fact domain will include the permissible requirements for delimiting the forms of authorship contained, as well as showing or reflecting the criminal responsibility for authorship of mediators directed at the activities studied, as well as their applicability without Brazilian order. and international, based on jurisprudence and doctrines about it. Initially, the study went through the theoretical basis of Claus Roxin's theory of fact mastery and his critiques in order to understand whether his theory has criteria used to characterize a doctrine. Demonstrating that there is no concept of basic authorship only in the central figure of Roxin, dogmatic alternatives of authorship are exposed, being Jakobs, Kindhäuser and Gimbernat, understanding which is the last item most seriously available in the Brazilian system. Finally, it is demonstrated how to apply a theory of de facto domain in the Brazilian order, beyond the business implication, and its eccentricities as an organization, to conclude the understanding, applying it in a concrete case of the Brazilian jurisprudence.

Keywords: mastery of fact; apparatuses of power; corporate crime; mediate authorship.

AGRADECIMENTOS:

Eu agradeço a CAPES pela oportunidade de concessão de bolsa, não seria possível desenvolver tanto conhecimento, didática e ambiente produtivo, e tantas oportunidades adicionais sem este reconhecimento, se tornando essencial para a produção científica brasileira, assim como, a meu orientador Dr. Pablo, que sempre mostrou-se entusiasmado e comprometido com seus alunos e todos seus projetos de pesquisa científica.

Sumário:

INTRODUÇÃO	p. 5
1. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO DE CLAUS ROXIN	p. 8
1.1. Autoria imediata	p. 13
1.2. Coautoria	p. 14
1.3. Autoria mediata	p. 16
1.3.1. Domínio da vontade em virtude de coação	p. 17
1.3.2. Domínio da vontade em virtude de erro	p. 18
1.3.3. Domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder	p. 21
1.4. Críticas à teoria de Roxin	p.27
1.5. Delitos de infração de dever	p.31
2. DOUTRINAS ALTERNATIVAS	p.36
2.1. Günther Jakobs	p.36
2.1.1. Tipos de autoria nos delitos de domínio	p.40
2.1.2. Autoria mediata	p.44
2.2. Urs Kindhäuser	p.48
2.2.1. Considerações	p.50
2.2.2. Sobre a autoria mediata e crítica à teoria do domínio do fato	p.52
2.3. Enrique Gimbernat Ordeig	p.60
3. APLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO ÀS EMPRESAS E CASO CONCRETO	p.66
3.1. Teoria do Domínio do Fato no ordenamento brasileiro	p.66
3.2. Aplicabilidade às empresas	p.76
3.3. Sociedades Empresárias como organizações	p.81
3.4. Caso concreto	p.90
CONCLUSÃO	p.92
REFERENCIAS	p.93

INTRODUÇÃO

Pretende-se com essa pesquisa desenvolver um estudo sobre a base teórica do domínio do fato de Roxin, para compreender se a teoria por si só é suficiente para caracterizar o autor mediato, além da (im)possibilidade de aplicação dos tipos de autoria pela teoria do domínio do fato ao âmbito empresarial, e de qual modo a responsabilização se verifica nos casos concretos.

A problemática parte de que o próprio Roxin rechaça a aplicação da sua teoria do domínio por organização aos fatos praticados por meio de organizações empresariais em razão da distinta natureza dos fatos puníveis. Contudo, a atual doutrina alemã possui o entendimento de que seria possível tal transposição e tece críticas ao uso inadequado dessa teoria pelo tribunal alemão. Além de que, a teoria do domínio do fato de Roxin possui suas próprias incongruências se aplicadas no ordenamento brasileiro, tendo em vista sua incompatibilidade com o sistema unitário (sistema adotado pelo legislador brasileiro).

Todavia, Claus Roxin acabou por revisar sua teoria dos aparatos organizados de poder, permitindo sua adoção em casos envolvendo instituições estatais lícitas, sendo suficiente que a contrariedade ao Direito se limite, apenas, aos delitos praticados. Entretanto, o doutrinador apresenta uma alternativa para a responsabilização individual na criminalidade empresarial, tal qual o alcance do dirigente da organização, não por domínio da organização, mas por sua posição de garante dos bens jurídicos violados, e conseqüentemente, sua condição de autor imediato de um delito de infração de um dever.

Isto posto, nessa nova posição, Roxin não resolve o critério de identificação de um autor mediato, tendo em vista que, a responsabilidade penal subjetiva acaba cedendo espaço à efetivação da indesejada responsabilidade penal objetiva, desprezando-se o menor vínculo de subjetividade entre conduta e resultado.

O primeiro capítulo abordará o que Roxin compreende pelas formas de autoria, instruídas na sua teoria do domínio do fato, além da denominada infração de dever, tal como as eventuais críticas doutrinárias de sua teoria pode ser considerada insuficiente por si só. Já no segundo capítulo, é explicitado outros entendimentos da autoria, considerando que a teoria de Roxin não é mais unanimidade na Alemanha e em outros países, observando a doutrina de Jakobs, Kindhäuser e Gimbernat, grandes críticos da posição de autoria por domínio da vontade.

Por fim, no último capítulo, abordar-se-á como se desenvolveu a teoria do domínio do fato na doutrina brasileira, bem como, o âmbito empresarial especificamente, como ocorre na jurisprudência e doutrina, considerando empresa é complexa e possui características próprias, sendo necessário que se entenda o fenômeno das organizações empresárias, e o mais importante, sua relação com a sociedade, com as pessoas que integram a organização.

Isto porque, a funcionalidade da empresa, seu modelo de organização descentralizado ou hierárquico e linear podem desencadear processos por instruções de superiores, e essa identificação só é possível em atenção à empresa como estudo sociológico. Tal identificação também é fundamental para compreensão de crimes como atos isolados, ou se é um fenômeno que acompanha as políticas e estratégias de mercado pelo grupo empresarial.

Além de que, será exposto um caso específico da jurisprudência e qual alternativa para o caso poderia existir.

A metodologia da presente pesquisa será desenvolvida com base no procedimento normativo-dogmático. Para fins de comparação, a legislação vigente e a respectiva jurisprudência nacional e internacional serão analisadas, bem como serão considerados os posicionamentos doutrinários.

A elaboração deste trabalho terá como técnica a pesquisa documental, caracterizada pela revisão e crítica bibliográfica, desenvolvimento científico e jurisprudencial do referencial teórico.

Portanto, o ponto central do presente estudo, parte de uma hipótese, em relação aos crimes comissivos, na qual intentar-se-á responder. Concluindo que, se a teoria de Roxin não for considerada aplicável às organizações empresariais, será necessário identificar outros critérios que possibilitem a

imputação do resultado ao autor, não apenas por sua posição social na empresa.

1. Teoria do Domínio do Fato de Claus Roxin

Partindo de sua teoria finalista da ação, Welzel rechaça a dogmática causalista e conceitua ação como um acontecer final e não apenas causal, sendo a atividade final uma atividade dirigida conscientemente em função de um fim específico.¹

Sua doutrina da ação foi desenvolvida a partir do princípio estrutural geral das ações humanas, ou seja, sua direção a um fim antecipado mentalmente e sua realização de fato, demonstrando que a ação, também em seu curso externo, é um acontecer em virtude da vontade interna. Além de que, só seria ação típica, relevante ao Direito penal, quando presente o dolo do tipo.²

Em relação à autoria mediata, rechaça a possibilidade de existência de um autor atrás de outro autor, pois quem determinaria um fato a um autor seria um indutor, não tendo vontade de autor. Por isto, quando alguém se aproveita do erro de proibição de outro, não reconheceria a autoria mediata, segundo critério objetivo.³

Welzel elabora a coautoria como uma divisão de papéis, na qual todos são codetentores da decisão de realizar o tipo, por isto, todos têm o domínio do fato, sendo imprescindível a decisão e execução conjunta do fato.⁴

Ademais, em sua teoria da participação, configura a acessoriedade limitada, podendo haver participação somente em um fato principal doloso, pois, se o domínio finalista do fato caracterizava o autor, no caso de que não haja dolo não existe o domínio finalista do fato, não podendo se transformar em mera participação.⁵

Posteriormente, a teoria finalista de Welzel desenvolveu-se o critério do domínio final do fato de deter nas mãos o curso do acontecimento típico, por meio de Maurach. Como Roxin ressalta, Maurach, apesar de partir da teoria finalista, discorda de Welzel e considera que também há domínio do fato e

¹ WELZEL, Hans. *El nuevo Sistema del Derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial BdF, 2004. p. 41.

² WELZEL, Hans. La doctrina de la acción finalista hoy. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 21, Fasc/Mes 2, 1968, p. 223.

³ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. p. 81.

⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91.

⁵ FRITZ, Loos. Hans Welzel. *La búsqueda del suprapositivo en el Derecho*. *ibid.* p. 228.

autoria mediata no sujeito de trás quando o executor atua dolosa e culposamente. Outrossim, reconhece a possibilidade de coautoria intelectual.⁶

Em vista disso, percebe-se uma concepção mais flexível e autônoma que a de Welzel, pois não deslumbra os elementos autônomos de autoria objetivos e subjetivos de Welzel.⁷

Uma das principais críticas à teoria do domínio final da ação, tanto de Welzel, como de Maurach, é que seriam amplas porque os partícipes necessários podem, negando sua contribuição, impedir o fato. Conseqüentemente, como salienta Jakobs, quanto à autoria mediata, ter nas mãos o curso fático ampliaria até o infinito as ações executivas, dependendo da dinâmica de grupos.⁸

Quanto à posição de Roxin sobre a teoria do domínio do fato finalista, considera a mesma, em virtude de seu conteúdo material, uma evolução posterior da teoria do dolo, alegando que o próprio Welzel assim reconheceu ao denominar sua concepção de teoria subjetiva ampla.⁹

Assim, o normativismo de Roxin, oposto ao finalismo de Welzel, desvinculou o fundamento da dogmática sobre critérios ontológicos, passando a adotar decisões político-criminais, como por exemplo, a atribuição de penas e medidas de segurança em razão de uma proteção aos bens jurídicos, por meio da prevenção de delitos.¹⁰

E como a teoria do domínio do fato (*Tatherrschaftslehre*) surgiu como fruto do sistema finalista do delito, que baseia seu conceito de ação na capacidade humana de sobredeterminação do curso causal em virtude de uma finalidade. Em 1963, Roxin apresentou à comunidade científica seu trabalho de

⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. p. 81.

⁷ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. p. 82. Diferentemente de Welzel e Maurach, Gallas parte da teoria objetiva-formal relacionada à doutrina final da ação, com a ideia de adequação, semelhante à Bruns e Richard Lange. e com um conceito normativo de domínio a fim de apresentar uma teoria original do domínio do fato. p. 83.

⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*. Trad. Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcia Pons, 1997. p. 741.

⁹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. p. 81.

¹⁰ MIR PIUG, Santiago. Límites del Normativismo en Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N. 07-18, 2005. p. 6.

habilitação catedrática acerca da autoria e domínio do fato, concepção dominante na doutrina e jurisprudência contemporâneas.¹¹

Considerando que Welzel teria criado uma concepção intangível de domínio final do fato, levaram Roxin a propor a delimitação do conceito de domínio do fato, partindo de três diretrizes que direcionam o conteúdo teórico, sendo a ideia de domínio do fato como conceito indeterminado, o conceito fixo e conceito aberto.

Quanto à perspectiva do domínio do fato como conceito indeterminado, oferece a ideia de renunciar completamente aos elementos determináveis e estabelece a questão sobre quem tem o domínio do fato em cada caso, em razão da visão dominante de todas as circunstâncias do fato concreto.¹²

Baseando-se em Henkel, Roxin demonstra a individualização do Direito estendido a outros âmbitos jurídicos, de tal modo que os esforços para a aplicação da justiça no caso concreto devem ser priorizados, ao invés de regulamentação sobre conceitos taxativos, embora possam conduzir a casos atípicos e demasiadamente rígidos. Ademais, Roxin ressalta que Henkel não trabalha a problemática da teoria, o faz mediante sua exposição histórica sobre as teorias de participação defendidas até a teoria do domínio do fato, demonstrando tratar-se de critérios unilaterais concebíveis logicamente e sua incapacidade de fornecer uma resposta frente a todas manifestações cotidianas, reconhecendo a falta de conhecimento geral destas teorias.¹³

Logo, resta evidente que em todos os âmbitos jurídicos, em grande quantidade, são utilizados conceitos indeterminados, sendo, para Roxin, admissível apenas quando tratar-se de conceitos de conteúdo fluídos, conceitos formados pré-juridicamente e os princípios regulativos. Ainda assim, segundo o autor, o conceito indeterminado não soluciona a questão pois não serve como modelo conceitual científico.¹⁴

A segunda perspectiva sobre o domínio do fato como conceito fixo, consiste na definição relacionada a elementos individuais determinados, obtidos por meio de um ato de subsunção que seja objetivamente verificável,

¹¹ MOURA, Bruno. Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual. *Revista CEPPG*, Centro de Ensino Superior de Catalão. Ano XIV, nº 25, 2º Semestre/2011. p. 54-70.

¹² ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. ibid. p. 116.

¹³ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. ibid. p. 120.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. ibid. p. 121.

podendo solucionar sem nenhuma suposição concreta mediante um procedimento dedutivo. Além de que, para Roxin, não há como determinar um conceito de precisão matemática do domínio do fato.¹⁵

Destarte, as teorias objetivo-formais e objetivo-materiais se tornaram insuficientes quanto ao seu fim de delimitar as distintas formas de participação, por meio de critérios claramente compreendidos e rigidamente fixados. Ademais, não haveria como conduzir a um resultado se formadas novas teorias por combinação dos pontos de vista determinados e de contornos precisos.¹⁶

A terceira perspectiva do domínio do fato como conceito aberto, além de ser a mais adequada para Roxin, deve ser um procedimento no qual o conceito se ajuste ao seu conteúdo, juntamente ao êxito em relação a fenômenos em mudanças o tempo todo, e uma maior medida de determinação. Ainda, deve permitir a submissão de uma regulamentação generalizadora às formas básicas que surgem na multiplicidade dos grupos de casos, de mesmo modo que, deve oferecer uma valoração justa dos casos concretos que não se enquadram à normas abstratas.¹⁷

Por isto, para alcançar tais fins somente seria possível se entender-se o domínio do fato como conceito aberto, possuindo duas características principais para tanto, que são o procedimento descritivo como primeiro elemento do conceito aberto, assim como, o estabelecimento de regulações. O procedimento descritivo como primeiro elemento do conceito aberto, traz a descrição como uma definição exata, tendo facilidade em ajustar-se aos diferentes casos concretos. Evidentemente, a descrição poderia ser bem mais realista do que uma definição abstrata, evitando assim todos os déficits de um conceito fixo de autor.¹⁸

Quanto à segunda possibilidade de conceito aberto de domínio do fato pela inclusão de princípios regulatórios, parte-se do entendimento que a descrição, de uma parte delimita precisamente os casos típicos na intervenção de vários no delito, gerando um ajuizamento generalizador, de outro lado, a imprevisibilidade dos possíveis relacionamentos proíbe qualquer solução

¹⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. ibid. p. 126.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. ibid. p. 127.

¹⁷ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. ibid. p. 129.

¹⁸ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. ibid. p. 130.

generalizadora, mediante o uso de princípios regulatórios, os quais deixam lacunas abertas para a valoração judicial.¹⁹

Portanto, Roxin parte de situações empíricas que respaldam a delimitação do domínio do fato, embora não conceitue, utiliza de elementos que direcionam o conceito de domínio do fato.

Assim, a teoria do domínio do fato não seria apenas uma síntese da teoria subjetiva e da objetivo-formal, e sim pressuporia alternativamente os elementos subjetivos e objetivos, como Roxin aponta, embora as ideias básicas de ambas se manifestariam de forma limitada no princípio do domínio do fato. Para determinar o domínio do fato não caberiam considerações apenas da ótica subjetiva ou objetivo-formal, mas estariam prefigurados em teorias mais antigas.²⁰

Na Alemanha, duas concepções divergentes acerca da determinação da autoria têm sido discutidas, sendo a teoria subjetiva e a teoria material-objetiva. De acordo com a teoria subjetiva, aceita desde o Tribunal do Império, o autor é quem tem “vontade do autor”, com fato como próprio, ao passo que, é partícipe quem possui uma “vontade de partícipe”, com fato como alheio. Tal posição vai de encontro à ciência penal que aceita a teoria do domínio do fato.²¹

Segundo Roxin, sua teoria do domínio do fato pode ser denominada como material-objetiva, pois é norteadada pelas relações objetivas de poder, não delimitando a autoria à realização do tipo por mão própria, além da inclusão de outras formas de domínio. Neste desiderato, a jurisprudência do Tribunal Federal alemão, quanto à autoria mediata, fundamenta tal autoria pela teoria do domínio do fato, enquanto para diferenciar coautoria e cumplicidade relaciona a teoria subjetiva e a teoria do domínio do fato.²²

¹⁹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. ibid. p. 131.

²⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. ibid. p. 315 .

²¹ ROXIN, Claus. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 297.

²² ROXIN, Claus. *O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto*. p. 298. Roxin propõe uma proteção do bem jurídico, sendo que, aquele que atuar conscientemente contra o bem jurídico protegido, merecerá uma pena maior do que aquele que viola um bem jurídico por falta de diligência ou culpa e tal situação permite configurar o dolo. “Uma decisão a favor de uma lesão possível a um bem jurídico deve ser considerada quando o autor, para a consecução de um fim transcendente, calcula com que se produza resultados colaterais, em si não desejados, de maneira que os aceita no seu próprio plano”. Ibid., p. 293.

Por conseguinte, Roxin parte da figura do autor como personagem central na realização do delito. Assim, existem três tipos de domínio do fato quando a própria pessoa executa o delito possui o domínio da ação, ou ainda, pode-se dominar o acontecimento sem necessariamente se envolver no momento da realização do tipo, colaborando de outra maneira, possui o domínio da vontade. Ademais, é possível a divisão de trabalho em conjunto, desempenhando um papel especial para o êxito delitivo, tendo, então, a coautoria pelo domínio funcional, ressaltando a aceitação da tripartição exposta pela doutrina alemã.²³

1.1. Autoria imediata

É autor imediato quem realiza o tipo global por si próprio, e por isso, possui o domínio da ação. Tal autoria é facilmente confirmada pela lei alemã, que atribui a autoria a quem cometer por si próprio o fato.²⁴

Deve-se partir da ideia de que a realização de própria mão do tipo sempre conduz à autoria e que eventuais casos extremos não poderiam modificar isto, embora uma opinião contrária considere tal possibilidade não excluída legalmente.²⁵

Outrossim, Roxin reconhece o critério objetivo do dispositivo de lei delimitado. Citando a observação de Gropp, Alflen expõe que o preceito legal do artigo 25 do Código penal alemão utiliza da teoria objetiva, ocasionando a autoria pelo executor direto e pelo instrumento na autoria mediata, desde que preencha os elementos do tipo.²⁶

Em decorrência, Roxin inclui as hipóteses de quando alguém comete um delito sob coação ou em erro de proibição inexcusável, cujos domínios do ato típico e autoria não são afetados. Ou seja, será um autor, mesmo não sendo um autor culpável. Ademais, afirma que aquele que não realiza de mãos próprias todo o tipo, e sim alguns de seus elementos, ainda não seria autor

²³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 75.

²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 80.

²⁵ ROXIN, Claus. *ibid.*, p. 83. Segundo Roxin, a opinião contrária: JESCHECK; WEIGEND; BAUMANN; WEBER; MITSCH.

²⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. *Ibid.* p. 114.

imediatamente, considerando que a execução de algumas ações do fato não é uma realização típica que domina todo o acontecimento de maneira imediata.²⁷

Entretanto, por mais que tal argumento esteja em conformidade com o Código penal alemão, não seria possível auferir o domínio do acontecimento típico a aquele que o comete por si mesmo. Realizar por si mesmo não significa o mesmo que dominar o fato.²⁸ Para determinar a autoria, deve-se priorizar o fato típico projetando o domínio nos crimes dolosos.²⁹

Então, a observação deve ser feita sob a perspectiva do tipo penal, e não da autoria. O entendimento da figura central na realização do delito implicaria em um conceito teórico mais amplo do que o legislador alemão adotou.³⁰

1.2. Coautoria

O domínio do fato funcional, que determina a coautoria, é recepcionado por Roxin como um conceito aberto, e não indeterminado, pois seus elementos podem ser verificados por subsunção desde que se permita certa generalização pelo caráter típico dos grupos de casos repetidos. Da mesma forma, não se trata de um conceito fixo em razão de que nem todas as modalidades de suposições serão sujeitas à descrição abstrata do conceito, mas permanecem vazias para a apreciação judicial. Em decorrência, seria uma síntese de ambas formas conceituais, frente a figura à que a legislação complementa através de regras e diretrizes, flexibilizando uma estrutura rígida mediante um elemento de indeterminação.³¹

Presente no artigo 25, II, do Código penal alemão, a coautoria é descrita como uma forma independente de autoria, se difere pela realização do tipo por meio da execução com divisão do trabalho. Logo, seu domínio é caracterizado como um domínio funcional do fato, conforme desenvolvimento

²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 83.

²⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoría do domínio do fato*. p. 114.

²⁹ MÁRQUEZ CÁRDENAS. Alvaro E. Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del domínio del hecho. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, nº. 22, 2005, p. 108.

³⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoría do domínio do fato*. p. 115.

³¹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. p. 278.

de Roxin, desempenhando um papel importante para que o plano do delito seja executado.³²

A partir disto, desenvolveu-se três requisitos centrais da coautoria, sendo o plano conjunto ou comum do fato, além da execução conjunta, colaboração ou atuação conjunta na fase executiva, e também, uma contribuição essencial na fase executiva.³³

O planejamento comum do fato, de acordo com a teoria de Roxin e com o Código penal alemão, pressupõe o acordo de vontade dos coautores adicionado ao elemento da divisão do trabalho, mediante o qual é estabelecido ao sujeito individual sua função no conjunto vitorioso. Assim, não há como haver coautoria quando as pessoas que colaboraram com o mesmo fim não têm conhecimento uma das outras.³⁴

Destarte, não é imprescindível que o planejamento do fato seja elaborado e decidido em comum, bastando que o acordo seja produzido somente durante ou depois do início do delito e se realize tacitamente. Ao passo que, o excesso cometido por algum coautor após a realização do plano combinado não será imputado aos outros coautores do delito.³⁵

Outrossim, o segundo requisito da execução conjunta do fato, primeiramente pela colaboração na fase executiva, com divisão de trabalho, se deriva do princípio do domínio do fato. Apenas quem atua mediante um papel configurador na execução poderia dominá-la. Aqueles que contribuem ao fato na fase preparatória, por mais essencial que seja, posteriormente, se confia a outrem a execução, renunciaria seu domínio, excetuando os casos de autoria mediata.³⁶

Aliás, para caracterizar a autoria não é necessário a presença no lugar da produção do resultado, como no caso do crime de fraude exposto por Roxin, pois considera-se que contribuições fundamentais podem ser fornecidas à distância. Entretanto, se a ação do mesmo sujeito não influi em absoluto sobre

³² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 146.

³³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 147.

³⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Ibid.

³⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Pena* p. 148.

³⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 151.

o curso da execução, jamais será coautor, apenas em algumas circunstâncias poderia ser autor mediato.³⁷

Roxin ressalva que tal concepção é oposta à jurisprudência que considera suficiente para delimitar a coautoria uma colaboração mínima ou insignificante na fase preparatória. No caso da jurisprudência do *Reichsgerichts*, o mesmo fundamentou a teoria subjetiva, a qual possibilita que qualquer contribuição constitua fundamentação para a coautoria, considerando a vontade de autor.³⁸

O terceiro e último pressuposto da coautoria é a essencialidade da contribuição para o fato na fase de execução, também deriva da estrutura da coautoria como domínio funcional do fato e apenas possui o condomínio do êxito delitivo quem exerce uma função na fase executiva da qual dependerá do planejamento exitoso. Isto posto, uma colaboração relevante caracterizará a coautoria quando várias pessoas repartem entre si atos executivos relevantes para o delito, embora também admita a possibilidade de ações executivas não típicas, a partir do momento que são essenciais para a realização do tipo.³⁹

Márquez Cardenas observa que a problemática é delimitar concretamente o que se entende por necessário ou essencial à realização do fato. Citando Gómez Benítez, deve-se entender o necessário ou essencial aquilo que condiciona a própria possibilidade de realizar o fato ou reduzir o risco de sua realização essencialmente, tendo em vista que uma contribuição essencial ou necessária não equivale a contribuição causal do resultado.⁴⁰

Contudo, a teoria de Roxin levou a algumas críticas, como aponta Sanchez Lazaro, a concepção da autoria sendo um problema de tipo, de quanto um comportamento pode ser incluído nas descrições do delito, assim fundamentando a autoria mais evidente na teoria objetivo-formal.⁴¹

³⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 152.

³⁸ Tal jurisprudência teve início na antiga Corte Suprema do Reich alemão, "*Reichsgerichts*" (RG) e estendeu-se sem muitas modificações pelo Supremo Tribunal Federal alemão. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Ibid.

³⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 157.

⁴⁰ MÁRQUEZ CÁRDENAS. Alvaro E. *Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho*. p. 114.

⁴¹ SANCHEZ LAZARO, Fernando Guanarteme. ¿Qué es la autoría? *Revista Penal*, nº 20, jul. 2007. p. 171. Alflen expõe que para Lesch, o critério de Roxin sobre o domínio do fato é insuficiente para caracterizar o sujeito participante como coautor. ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoría do domínio do fato*. p. 122.

Na visão de Muñoz Conde, o instituto da coautoria se adapta melhor à algumas formas de realização do delito, do que outras figuras de autoria e participação, em que o principal responsável não está presente na execução, embora mantenha controle e decida sobre sua realização. Ainda, em sua opinião, o requisito da execução em conjunto seria apenas a consequência de uma insatisfatória teoria objetivo-formal, que não explica o conceito próprio de autoria.⁴²

A fim de caracterizar a autoria ou coautoria, para o doutrinador espanhol, a teoria de Roxin seria perfeitamente aplicável aos casos de criminalidade pelos aparatos de poder organizados estatais e restaria infrutífera para os casos de criminalidade organizada não-estatais, visto que não estão estreitamente baseadas na hierarquia rígida, obediência cega e de disciplina.⁴³

1.3. Autoria mediata

Se trata de uma das questões dogmáticas mais controvertidas a conceituação da autoria mediata. Para os adeptos da teoria objetivo-formal, a comissão mediata do delito não seria nada além de uma autoria impropria ou fictícia, com a introdução da acessoriedade limitada reconhecida como uma instigação. Diferentemente, a teoria extensiva poderia reconhecer estes casos ao seu conceito de autor, embora, de acordo com o Roxin, só tenha tido êxito em decorrência da nivelção das formas de participação, e isto conduziria a um conceito unitário de autor. Neste caso, antecedida pela teoria da supremacia de Hegler, a teoria domínio do fato já se trata de um avanço decisivo, pois poderia se conceber casos autênticos de autoria pelas suposições típicas de autoria mediata, no entanto, sem prejudicar a delimitação com a participação, nem reduzir a autoria a uma mera causalidade. Por isto, juristas como Engisch e Schröder, os quais são críticos céticos à teoria do domínio do fato, reconhecem tal utilidade neste ponto especificamente.⁴⁴

⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, nº 9, 2002. p. 66.

⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico...*, p. 66.

⁴⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. p. 147.

O entendimento da teoria de Roxin, se debruça pela possibilidade de um homem que se serve de outro (alguém que atua como intermediário no fato), utilizando-o como instrumento para próprios fins, e que possui o domínio do acontecimento típico por ser o homem de trás. Esta comissão delituosa através de outro, se denomina autoria mediata, pelo domínio da vontade. Em um caso normal, o instigador do fato ou alguém que possua influencia sobre tal, sem que esteja obrigado imediatamente na realização do tipo, é tratado como instigador ou cúmplice, tendo em vista que quem incita outro a cometer o fato delituoso, ou ainda, lhe fornece conselhos ou instrumentos especificamente não domina a realização do tipo.⁴⁵

Conseqüentemente, pode-se dominar o fato quando o homem de trás forçando o executor à realização do tipo, possui o domínio da vontade em virtude de coação, ou ainda, comandar o acontecimento desde para que induza em erro o executor, sem compartilhar de seu plano delitivo, tendo o domínio da vontade em virtude erro. A última possibilidade trata do homem de trás tendo o domínio do acontecimento de forma incisiva, podendo utilizar-se de instrumentos substituíveis, constituindo a pessoa que imite ordens em um aparato organizado de poder.⁴⁶

1.3.1. Domínio da vontade em virtude de coação

No caso do domínio da vontade por meio de coação, no qual aquele que coage domina diretamente apenas o coagido, em razão da atuação do coagido terá em suas mãos o curso do fato, dominando o sujeito de trás o próprio fato. Assim, o domínio do fato é fundamentado pelo domínio da vontade sobre o titular do domínio da ação. Não se trata de uma autoria compartilhada, como na coautoria, e sim uma autoria dupla, na qual ambos intervenientes se encontram no centro, baseando-se em critérios de imputação contrapostos.⁴⁷

Em concordância com o artigo 35 do Código penal alemão, a modalidade de domínio se baseia em uma intervenção com força. A autoria mediata estará presente quando o fato for cometido por um autor através de outro autor. Nesse sentido, não seria correto presumir, como é com frequência,

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 84.

⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 85.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. p. 149.

que a autoria do executor imediato exclua a autoria mediata de um autor de trás. Diferentemente, a coação é caracterizada pelo domínio da vontade do sujeito de trás, desde que haja o domínio da ação pelo executor.⁴⁸

Um dos pontos controvertidos tratado por Roxin, se refere a intensidade que deve ser a pressão exercida pelo sujeito de trás para fundamentar a autoria mediata, pois mesmo o indutor exerce uma influência motivadora sobre o autor, sem que por isto tenha o domínio do fato. A opinião dominante, desenvolvida pelo jurista alemão, segue o princípio da responsabilidade, considerando a pressão exercida pelo autor de trás que fundamenta o domínio no momento em que cumpre os requisitos legais, a fim de eximir o executor de responsabilidade penal. Tal ideia se baseia na imputação ao autor de trás da realização do tipo, ao passo que o executor se encontra livre de responsabilidade em razão da pressão exercida sobre ele, correspondendo com a valoração existente na lei.⁴⁹

Por fim, existe também a autoria mediata quando o autor de trás provoca um estado de necessidade no autor imediato, não o fazendo por meio de uma ameaça, e sim, em razão da criação de uma situação externa que corresponda ao estado de necessidade exculpante contido no art. 35 do Código penal alemão.⁵⁰

1.3.2. Domínio da vontade em virtude de erro

A outra forma de autoria mediata, após varias adaptações de Roxin, o domínio da vontade em virtude de erro supõe quatro níveis possíveis, a saber, (a) o executor atua sem dolo; (b) o executor com dolo típico embora o autor mediato o induza em um erro de proibição; (c) autor imediato que atua típica e antijuridicamente, mas executor erra sobre os pressupostos do estado de

⁴⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 85.

⁴⁹ Há um entendimento minoritário que intenta delimitar a autoria mediata e a instigação nos casos de coação com independência da responsabilidade do executor e segundo o caso concreto. Para Roxin, tal tipo de delimitação de autoria mediata e instigação deve ser rechaçada, pois conduziria a uma insegurança jurídica e decisionismo judiciário. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Ibid., p. 86. Roxin refere-se à SCHROEDER; MAURACH; GÖSSEL; ZIPF.

⁵⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Ibid., p. 87.

necessidade exculpante; (d) executor tem responsabilidade penal plena, mas o autor mediato possui maior compreensão do delito do que o executor.⁵¹

(a) Executor atua sem dolo

Ocorre a autoria mediata pelo autor de trás quando da provocação de uma situação de erro, de erro de tipo que exclui o dolo do executor, o qual age sem culpa ou com culpa consciente. Outra possibilidade desta autoria mediata trata de quando o autor de trás, mesmo não ocasionando o erro do executor, apenas se beneficia do mesmo, considerando que no caso do sujeito que age como intermediário e atua dolosamente, configuraria apenas uma cumplicidade.⁵²

Da mesma forma, cabe autoria mediata para quem provoca ou se beneficia de um erro excludente do dolo, tendo o executor atuando com culpa consciente. Neste caso, o maior conhecimento permite o domínio do resultado, no qual o executor confia na elaboração, todavia, mesmo que o autor de trás e o executor tenham a mesma noção, o autor de trás provoca ou se conforma com um resultado que o executor acredita poder evitar, é suficiente para a autoria mediata.⁵³

A autoria mediata também se dá quando o autor de trás simula uma situação justificante ou se beneficia de um erro de tipo permissivo já existente diante do autor imediato. Ademais, as regras do domínio da vontade por erro, similarmente ao domínio da vontade por coação, serão aplicadas de forma análoga à autolesão ou autoagressão provocado por engano.⁵⁴

(b) Executor age em erro de proibição

Já é consenso que a autoria mediata se concretiza pelo sujeito de trás, mediante a indução ao erro de proibição inevitável, possuindo uma orientação jurídica correta. Sendo assim, neste caso, o executor age sem culpabilidade.⁵⁵

A teoria da autoria, expressa por Roxin e outros juristas, por apreciar a autoria mediata, se baseia, principalmente, na alegação de que a estrutura

⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 91.

⁵² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 92.

⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 93.

⁵⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 94.

⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 98.

psicológica da relação de domínio seria a mesma, tanto no erro de proibição inevitável, quanto no erro de proibição evitável, causando a não aplicabilidade do princípio de responsabilidade aos casos de erros.⁵⁶

Mesmo com razão tal teoria, deve-se observar a concordância com o Supremo Tribunal Federal alemão de que o erro de proibição do executor não converte o autor detrás que compreende a ocorrência jurídica em autor mediato, incluindo as exceções nos casos em que o erro do executor se deve a aversão ao Direito, bem como, quando o autor de trás não estabelece, nem a resolução a cometer o fato, nem o erro de proibição que age de forma imediata e os apoia.⁵⁷

(c) Executor erra sobre os requisitos do estado de necessidade exculpante

Tal requisito não tivera um resultado prático, mesmo sendo muito próximo da realidade. A autoria mediata do autor externo ou terceiro se explica também em virtude da estrutura psíquica do domínio do fato não se diferenciar da hipótese de estado de necessidade real ou simulada.⁵⁸

Igualmente, quando o sujeito atua de forma imediata e o autor externo ou terceiro acreditam, equivocadamente, na simultaneidade de uma situação exculpante, é concebível a determinação de uma participação em caso de erro de exculpante.⁵⁹

(d) Executor age de forma plenamente delitiva

O executor atua de forma delitiva quando age de forma típica, antijurídica e culpavelmente, assim como, sem a incidência das atenuantes da culpabilidade. Então, o domínio do fato consiste no executor, que compreende a realização do tipo em aspectos jurídicos relevantes e preenche a comissão do fato sob sua própria responsabilidade.⁶⁰

Entretanto, no caso de auferir a autoria mediata quando o executor age dolosamente, Roxin destacou três situações, nas quais tal autoria é possível,

⁵⁶ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 99. Para Roxin, em concordância: BAUMANN; WEBER; MITSCH; GROPP; KÜHL.

⁵⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 102.

⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 104.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 105.

⁶⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 105.

sendo, primeiramente, o erro no tocante à medida do injusto. Nesse aspecto, o erro sobre a medida do injusto deve ser notável o suficiente para parecer como outro o fato causado pelo autor de trás em relação ao qual o executor imagine.⁶¹

Quanto a esse tópico, Alflen observa que a teoria de Roxin seria falha em explicar no que consiste o domínio do fato para que se denomine de autoria mediata, citando o entendimento de Schild de que o fato de o homem de trás possuir o acontecimento da conduta em razão da medida do seu conhecimento lhe possibilitaria, apenas, o domínio sobre o conhecimento idealizado. Todavia, o sujeito realmente exercerá o domínio da vontade por meio do induzido em erro, se ele efetivamente possuir essa possibilidade. Em decorrência, resta necessário uma conduta do autor que leve o induzido em erro como instrumento, cuja atividade seja a realização da vontade do autor, não sendo suficiente o mero uso do instrumento.⁶³

Por conseguinte, a última e terceira hipótese trata do erro sobre a identidade da vítima, ou seja, *error in persona*, na qual o redirecionamento do fato não ocorre baseado no domínio das decisões do intermediário.⁶⁴

1.3.3. Domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder

Em relação ao domínio da vontade (*Willensherrschaft*), o autor mediato, além de ser o homem de trás, pode utilizar de terceiros para que executem a sua vontade, por meio de erro, atuando sob coação ou até um inimputável, e ainda, por meio de um aparato de poder (*Machtapparat*) que assegure o resultado típico, independe da pessoa do executor. Por conseguinte, esse autor mediato possui o domínio da organização, a qual será demonstrada no próximo ponto.⁶⁵

Como uma das modalidades de autoria mediata por domínio da vontade, fora desenvolvida por Roxin em 1963, especificamente para oferecer um aporte jurídico ao julgamento em Jerusalém contra Adolf Eichmann, responsável por ordenar assassinatos na fronteira do Estado alemão, que foi

⁶¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 106.

⁶³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. p. 135.

⁶⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 110.

⁶⁵ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio por organização” (Organisationsherrschaft)*. In: AMBOS, Kai, BÖHM, Maria Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 311.

condenado junto aos executores dos homicídios, identificado como autor mediato, quando do julgamento já em 1994. Essa teoria é baseada na organização delitiva de homens de trás que ordenam fatos delitivos, e por isto, será considerado como autor mediato, considerando que os executores do delito sejam da mesma forma punidos.⁶⁷

Destarte, a teoria do domínio por organização tem sido aplicada em processos da Alemanha, como no caso de Adolf Eichmann, tal como, contra os generais na Argentina, no fato dos disparos no Muro de Berlim, e até pelo Tribunal Penal Internacional, no caso de *Katanga/Ngudolo Chui*.⁶⁸

Domínio por organização

Assim, como seria possível delimitar a autoria mediata daquele que emite ordens sem a presença de coação ou erro? Roxin parte da concordância com a teoria do *animus auctoris* quanto a observação de que em tais organizações, pelo aparato do poder, o homem de trás não se subordina internamente ao executor, sem necessidade de deixar a critério deste o êxito delitivo. Entretanto, diverge porque seu fundamento não pode se basear na tomada de posição anímica especial daquele que emite ordens, e sim, apenas no mecanismo do funcionamento do aparato, cuja estrutura ele atua.⁶⁹

Em decorrência, tal organização mobiliza uma vida independente da identidade mutável de seus membros, funcionando, automaticamente, sem importar a pessoa individual do executor.⁷⁰

O fator crucial para fundamentar o domínio da vontade, nestes determinados casos, consiste na fungibilidade do executor, na qual tal autoria é

⁶⁷ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Alflen da Silva. *Panótica Law E-Journal*. n.4. 2009. p. 70. Disponível em <https://document.onl/documents/roxin-aparatos-organizados-de-poder.html>.

⁶⁸ AMBOS, Kai. *Ensaio de Direito Penal e Processual Penal*. Trad. Alexey C. Caruncho et al. 1ª ed. São Paulo: Marcia Pons, 2016. p. 52. O Tribunal Penal Internacional condenou Katanga por crimes de guerra e contra a humanidade, inicialmente como sendo o principal perpetrador, entretanto, mudaram o entendimento, no qual ele seria um instrumento da milícia de Ngiti, pois era o intermediário entre os fornecedores de armas e aqueles que diretamente usavam das armas para cometer crimes, e não havia provas de que o mesmo possuísse tanto poder a ponto de punir comandantes dissidentes. Ainda assim, Katanga agia com conhecimento do plano comum da milícia de atacar a população de Bogoro. Ver mais em <https://www.icc-cpi.int/CasInformationSheets/KatangaEng.pdf> Acesso em 13/06/2019 Quanto ao julgamento de Ngudolo Chui disponível em <https://www.icc-cpi.int/CasInformationSheets/ChuiEng.pdf> Acesso em 13/06/2019.

⁶⁹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. Ibid. p. 239.

⁷⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. Ibid. p. 240.

delimitada em relação ao domínio por coerção e erro. Portanto, a estrutura dessa forma de domínio, como também as outras duas formas básicas do domínio da vontade, podem ser antecipadas, realizando uma generalização em tipos ideais, partindo da pluralidade de casos reais.⁷¹

Assim, o executor, embora não perca seu domínio da ação, ao mesmo tempo, serve de engrenagem, totalmente substituível, no aparato de poder, e por ambas razões, impulsiona ao homem de trás, junto a ele, ao centro do acontecimento típico.⁷²

O conceito de domínio da organização (*Organisationsherrschaft*), baseia na concepção de que a autoria se dá mediante o domínio da realização do tipo, ou seja, do domínio do fato (*Tatherrschaft*). Nessa perspectiva, esse domínio se realiza pela realização pessoal do fato (domínio por ação), ou pela execução conjunta do fato (domínio funcional do fato), bem como, quando da realização do fato por outro indivíduo.⁷³

A teoria do domínio por organização fora transportada para a construção da dogmática jurídica alemã, na qual os homens de trás eram chamados de “autores de escritório” (*Schreibtischtäter*).⁷⁴

Roxin parte de algumas circunstâncias detectadas para justificar a autoria mediata nos casos de domínio por organização. O primeiro é de que o verdadeiro instrumento é o próprio aparato, e não quem possibilita ao homem de trás executar as suas ordens, nem aquele que de fato executou o delito que tirou a vida da vítima. Esse aparato se refere a uma diversidade de pessoas, em diferentes funções, que agem conjuntamente, estando em estruturas já determinadas que dispõem de vários executores, e o homem de trás possui todo o domínio sobre o resultado.⁷⁵

Ademais, o segundo ponto é de que o domínio do fato do executor do delito e do homem de trás necessariamente deve se dar de maneira diferente, de tal maneira que, quem mata a vítima pessoalmente, possui o domínio por ação, e assim, garante ao homem de trás a produção do resultado. Essa

⁷¹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. Ibid. p. 240.

⁷² ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. Ibid. p. 240.

⁷³ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio por organização”*. p. 310.

⁷⁴ ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. p. 70.

⁷⁵ Roxin afirma que ROTSCH concorda para com o entendimento de domínio do resultado típico, só difere, pois, aquele adere à instigação, rechaçada por Roxin. ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. p. 78.

garantia consiste no domínio por organização, embora possa existir conjuntamente com o domínio da ação do executor.⁷⁶

Por último, o domínio do fato do homem de trás independe se o instrumento for por domínio por erro e por coação, tendo que, por meio de sua ordem, utilizando da estrutura do aparato de poder, causa o resultado.⁷⁷

Existem alguns trabalhos, que defendem que a teoria de Roxin está orientada a organizações burocrática-estatais, pois não consegue se adaptar a outras formas organizacionais de violência, como as organizações terroristas e guerras tribais africanas. Para tal exposição, Roxin aponta Osiel, Manacorde e Meloni, no qual concordam que o conceito para esse tipo de autoria de controle exercido por indivíduo sobre organização hierárquica funciona apenas com a cooperação criminal hierárquica de relações estruturadas, como no caso dos crimes da Alemanha Nazista.⁷⁸

No entanto, para estes seria menos apropriada essa autoria para crimes com estruturas informais de poder, como conflitos julgados pelo Tribunal Penal Internacional, o qual já aderiu nos seus julgados o domínio por organização.⁷⁹

Além disso, Roxin desenvolve quatro pressupostos que definem a autoria mediata de domínio por organização. Primeiramente, o autor mediato se relaciona com um poder de comando dentro da organização e que busca por uma realização típica através dela, de tal modo que, é possível que haja vários autores mediatos, um atrás do outro e se encontram em diferentes níveis de hierarquia de comando.⁸⁰

O segundo requisito é a desvinculação do direito pelo aparato de poder, este entendido pela desvinculação específica quanto aos tipos penais realizados, de modo que, para a desvinculação o que importa é a avaliação

⁷⁶ ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. p. 79.

⁷⁷ ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. p. 80.

⁷⁸ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio por organização”*. p. 330.

⁷⁹ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio por organização”*. p. 331.

⁸⁰ ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. p. 81. Dessa mesma ideia, Alflen cita Jakobs de que apenas demonstra não ser favorável ao conceito de autor mediato, utilizando da coautoria, afirmando que no caso dos militares que executam sob comando, nem todos são substituíveis. Em ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. p. 144.

jurídica atual.⁸¹ Nesse sentido, Roxin reafirmou que no caso Eichmann, as execuções no muro eram ações desvinculadas do direito.⁸²

Roxin desenvolve duas manifestações típicas para determinar se os aparatos de poder agem à margem da lei, que são, primeiramente, aqueles nos quais os mesmos que possuem o poder estatal, tendo à sua disposição organizações subordinada a eles, cometem delitos, como os casos de Eichmann e Staschynski.⁸³

Já a segunda manifestação de autoria mediata nestes grupos se refere a fatos cometidos sob a perspectiva de movimentos clandestinos, organizações secretas, grupos criminosos. O que caracterizará o domínio da vontade, neste caso, pelos os homens de trás na execução de crimes nessas formações coletivas, além de, uma organização rígida, independente da fungibilidade dos membros concretos, como também uma orientação do aparato como um todo contrário à ordem legal do Estado e que viola as normas penais positivas.⁸⁴

Em relação as organizações não-estatais, que são os movimentos terroristas, genocidas, máfias, etc., é evidente perceber que agem fora do Direito, embora quando se trate de crimes estatais sistemáticos, se faz necessária essa desvinculação do Direito por parte do sistema somente quanto as suas atividades penais e relevantes. Isto posto, a organização que opera fora do Direito é contribuída pela falta de resistência à execução de suas ordens, considerando que os executores podem crer que nunca sofreriam consequências jurídico-penais.⁸⁵

Além de que, Roxin observa que, exatamente por estes motivos, não seria possível a autoria mediata quando, por exemplo, no âmbito empresarial, um empregado executa a ordem de cometer um fato punível, pois se a empresa opera dentro do Direito, o individuo sempre espera que sua conduta seja descoberta e investigada, ao mesmo tempo, Roxin cita a decisão da Corte

⁸¹ ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. Ibid. 80.

⁸² ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. Ibid. p. 81.

⁸³ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. Ibid. p. 244.

⁸⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. Ibid. p. 245.

⁸⁵ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do "domínio por organização"*. p 332. Segundo Roxin, Hezberg e Rotsch discordam que a desvinculação do Direito cumpra uma função autônoma, indicando apenas a punibilidade da conduta praticada através da organização.

de justiça peruana, na sentença de primeiro grau do caso “Fujimori” em que foi discutido e aceito a desvinculação do direito do aparato.⁸⁶

Durante a presidência de Alberto Fujimori, entre 1991 a 1992, o mesmo cometeu crimes de lesa-humanidade, e posteriormente, em 2009, foi condenado pela Corte Suprema de Justiça do Peru como autor mediato de tais crimes, baseado na teoria do domínio por organização.⁸⁷

A justiça peruana entendeu, no caso Fujimori, que o mesmo além de possuir poder político, seria a figura central do aparato de poder, pois as instruções repassadas não necessariamente são formais, podem se dar de maneira informal ou suposição, se os atos dos autores diretos são cometidos no contexto do objetivo estabelecido pela organização.⁸⁸

De mesmo modo, para caracterizar a autoria mediata e não coautoria, a justiça peruana assinalou que, baseado em Roxin, entre o autor direto e o nível estratégico superior que controla o aparato de poder organizado falta o plano criminal de mútuo acordo e distribuição do trabalho em razão de uma horizontalidade necessária, sem influir na responsabilidade penal do autor direto.⁸⁹

Outrossim, a fungibilidade do executor direto se trata do terceiro requisito, que se caracteriza pela fácil disponibilidade de sua substituição, ou seja, a perda ou recusa de um indivíduo não impede a realização do tipo. No entanto, esse requisito foi objeto de algumas críticas, especialmente pela conduta hipotética de terceiros, que aproveitaria outros executores, que para alguns, demonstraria que não há domínio efetivo sobre o comportamento, porém Roxin insiste que o instrumento é a própria organização e para que sua aplicação seja eficaz é imprescindível a possibilidade de vários executores.⁹⁰

Em razão disso, Ambos se reporta a um aspecto positivo da contribuição de Bloy de que uma conduta coordenada verticalmente seria mais

⁸⁶ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio por organização”*. p. 333.

⁸⁷ AMBOS, Kai. *Ensaio de Direito Penal e Processual Penal*. p. 51.

⁸⁸ AMBOS, Kai. *Ensaio de Direito Penal e Processual Penal*. p. 55.

⁸⁹ AMBOS, Kai. *Ensaio de Direito Penal e Processual Penal*. p. 53. Para mais informações em Federación Internacional de Derechos Humanos. El juicio a Fujimori el fin de la impunidad? n. 509. nov., 2008. Disponível em <https://www.fidh.org/IMG/pdf/fujimori509e2008-1.pdf> Acesso em 13/6/2019.

⁹⁰ ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. p. 82. Conforme Roxin, para críticas RENZIKOWSKI; HERZBERG; SCHROEDER, para esse autor, o executor não pode ser substituído. p. 83.

similar à autoria mediata, ao passo que, uma conduta coordenada horizontalmente corresponderia a coautoria, como Otto.⁹¹

Concordantemente, o autor mediato será assim considerado, além dos requisitos mencionados, por sua disposição essencialmente elevada dos executores ao fato. Para isto, Roxin demonstra sua posição, a qual é semelhante aos conceitos de Heinrich e Schroeder, de que o executor deve estar inclinado ao fato típico, ou determinação condicionado ao fato, embora isso não retire a responsabilidade do executor de agir livremente.⁹²

Destarte, quem age executando o último ato do fato típico em um aparato de poder se difere de um autor isolado, pois se encontra afetado pelas influências da organização, ainda responsável, mas mais disposto ao fato, aumentando a probabilidade do alcance do resultado.⁹³

Logo, espera-se que os indivíduos se adaptem à organização, pois mesmo que o executor não concorde, seu pensamento é de que se ele não o fizer, alguém o fará, o que de fato acontece, embora isto não exclua a responsabilidade do autor imediata.⁹⁴

Portanto, a partir de todos os requisitos elencados, para se caracterizar o a autoria mediata por domínio de organização, isto é, o domínio da realização do tipo, é necessária a disposição condicionada dos indivíduos dessa organização, da mesma forma que seja possível a substituição pelo homem de trás, e por essa garantia, esse autor mediato possui confiança de que o fato típico será realizado.

1.4. Críticas à teoria de Roxin

Outrossim, as corretas posições da teoria de Roxin não impede que existam críticas pontuais direcionadas a ele. No momento em que Roxin objetiva a delimitação de domínio do fato, a partir de seu conceito aberto de teoria, acaba por não estabelecer expressamente seu conceito de domínio do fato, apenas delimita os critérios circundantes para o domínio.

⁹¹ AMBOS, Kai. *Direito Penal: Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Trad. Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 51.

⁹² ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. p. 85. De acordo com Roxin, p. 85: HEINRICH.

⁹³ ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. Ibid. p. 86.

⁹⁴ ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. Ibid. p. 86.

De tal modo que, renuncia a moldar um conceito abstrato geral e superior das formas de participação, como Batista observa o conceito aberto, se afastando do conceito indeterminado ou fixo, admitindo elementos descritivos e a integração do regulativo, aqui entendido como indicador de direção.⁹⁵ Ou seja, não realiza a sua proposta de definição da autoria.

Ademais, a base de sua teoria que é a figura central no autor traz uma generalidade excessiva, pois não consegue conceituar a figura central. Quem realizaria a ação típica?⁹⁶

Para Bacigalupo, a problemática se dá quando o instrumento age com dolo, sendo que, aquele que age com domínio do fato, dolosamente, pode carecer de um elemento subjetivo da autoria, resultando na não autoria. Contudo, o homem de trás possuiria o elemento subjetivo de autoria, mas não o domínio do fato. Desta maneira, se o conceito de autoria dependesse da conjugação de ambos os elementos, nenhum dos dois poderia ser considerado autor.⁹⁷

No caso de autoria mediata do executor que é responsável, o mesmo age como se fosse um elo, em uma estrutura organizada, dentro do aparato de poder, denominando-se homem de trás. No entanto, de acordo com Bittencourt e Muñoz Conde, isto seria contraditório com a essência da autoria mediata, considerando que o executor do delito de forma responsável seja tido como um mero instrumento. Além de que, o instituto da coautoria seria mais adequado para os casos de organizações criminosas (paraestatais, estatais ou mafiosas).⁹⁸

Dessa forma, o artigo 28 do Código penal espanhol descreve como uma das autorias aqueles que realizam o fato por meio de um instrumento, considerando que tal instrumentalização, ou seja, os limites da autoria mediata, necessita-se identificar aonde o autor material perde seu domínio do fato.⁹⁹

Na concepção de Ambos, a autoria mediata funciona muito mais na realidade teórica, sendo uma “criminalidade de manual” do que na prática. Os

⁹⁵ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes. uma investigação sobre os problemas de autoria e da participação no Direito penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 72.

⁹⁶ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. p. 62.

⁹⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal - Parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 470.

⁹⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto; MUNÓZ CONDE, Francisco. *Teoria do Delito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 526.

⁹⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto; MUNÓZ CONDE, Francisco. *Ibid.*

casos abordados por Roxin seriam apenas casos de domínio do instrumento sem dolo especial, criados com o único fim de validar sua teoria.¹⁰⁰

A questão seria até que ponto se pode aplicar a teoria de Roxin? Quando Roxin iniciou sua teoria no julgamento do caso Eichmann, ou seja, no caso alemão, essa organização do Estado é absolutamente única, e por tal razão, tal formalidade não está presente nas estruturas informais de violência, nos grupos de conflito não organizados. Destarte, há muitas críticas à teoria de Roxin, principalmente na Alemanha, por mais que se perceba o contrário, como Uwe Murnann, que se indaga como seria possível justificar que o homem de trás possui domínio de executores que podem ser experts, pessoas treinadas e grupos de choque de elite.¹⁰¹

Quando da utilização do conceito de figura central como tendo o domínio do fato, mesmo havendo o homem de trás, o executor, até mesmo coagido ou induzido em erro, sempre será autor e, portanto, configuraria a figura central do delito. Alflen observa, da perspectiva de Haas e Rotsch, que a figura central, exemplificando através do crime de roubo (é autor quem pratica a violência ou quem subtrai o bem?) e a resposta de Roxin sobre tal caso ingressando no plano de coautoria, e por tanto, não diferiria tanto dos critérios apresentados por Welzel, tal figura seria vazia de conteúdo, não servindo como delimitador de autoria.¹⁰²

Isto posto, a concepção de figura central de Roxin apenas se limita a afirmar que autor é quem se encontra no meio do processo lesivo, não sendo tal presunção necessariamente verdadeira, mesmo que se traduza no domínio do fato típico ou em uma infração de dever.¹⁰³

Ademais, conforme julgamentos de casos no Supremo Tribunal Federal alemão, o conceito de Roxin não acrescenta positivamente na práxis, os fundamentos utilizados para delimitar o domínio do fato pela jurisprudência alemã foram rechaçados pelo próprio Roxin, como o caso de sua posição

¹⁰⁰ AMBOS, Kai. Formas y estándares de imputación penal por complicidad individual en crímenes. *Conferência brindada por el Profesor Kai Ambos el 22 de septiembre de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.*

¹⁰¹ AMBOS, Kai. Formas y estándares de imputación penal por complicidad individual en crímenes. *Conferência brindada por el Profesor Kai Ambos el 22 de septiembre de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.*

¹⁰² ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoría do domínio do fato.* p. 153.

¹⁰³ SANCHEZ LAZARO, Fernando Guanarteme. *¿Qué es la autoría?* p. 171.

acerca da impossibilidade de transposição de sua teoria à criminalidade empresarial.¹⁰⁴

Outrossim, Roxin leva a uma contradição em seus termos, pois recorre, primeiramente, ao que ele denomina de elemento descritivo, e tem como segundo elemento o estabelecimento de regulações, já que considera insuficiente um conceito apenas de elementos descritivos. Ao mesmo tempo, pontua não ser possível um conceito de domínio do fato como um conceito ontológico, teleológico, mas sim normativo. Todavia, os procedimentos descritivos e normativos são totalmente distintos, e apesar disto, Roxin não elabora nem um, nem outro conceito.¹⁰⁵

Em crítica à Roxin, Schild deduz que o autor individual não teria domínio do fato nos casos de crimes de perigo comum no ordenamento alemão, tratando tal teoria como uma teoria da conduta, já que todo domínio da conduta típica seria um domínio da vontade, bem como, somente poderia ser determinado um acontecimento externo como obra da vontade. Em consequência, a tripartição de Roxin para delimitar o autor seria insustentável, assim como, em concordância com Rotsch, trata-se de uma teoria da ação, na qual o acontecimento típico deve ser dominado a partir da execução da conduta até a ocorrência do resultado típico, abrangendo o curso causal integralmente.¹⁰⁶

Há uma preocupação em relação à autoria como determinação do punível, pois, de acordo com Sanchez Lazaro, a construção de Roxin carece de referências adequadas. A juízo de imputação, falta a virtualidade da ideia de domínio, considerando que nem sempre quem domina deve responder, se mostra ineficiente para um juízo de atribuição do injusto. Em consequência, observa-se um grau de padronização de tal teoria, para responder certas disposições de autoria mediata, na qual se concretiza por motivos normativos distintos, senão incompatível com a autoria direta, ou a dissociação necessária de culpa e a ideia de domínio. Assim, a incapacidade de tal critério para

¹⁰⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. p. 155. A aceitação da transferência da autoria mediata por aparatos de poder aos crimes empresariais por parte do Supremo Tribunal Federal alemão não encontrou grande apoio pela doutrina, rejeitada principalmente por Roxin, o qual acredita como solução o enquadramento do delito na infração de dever. ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. p. 92.

¹⁰⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. p. 155.

¹⁰⁶ SCHILD, Wolfgang. *Täterschaft als Tatherrschaft*. Apud. ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. Ibid. p. 156.

estabelecer alguma responsabilidade penal o desqualifica como fundamento penal da autoria como juízo de imputação.¹⁰⁷

Além disso, a concepção de Roxin de domínio do fato baseada em premissas empíricas é limitada, conforme Haas, expondo tal limitação em relação ao domínio por organização, construído a partir de circunstâncias específicas, sendo perpetrados por meio de aparatos estatais ou paraestatais, não se transfere aos casos de crimes praticados por organizações empresariais.¹⁰⁸

Em relação ao grau de responsabilidade autônoma, não acessória, e sua pena determinada, Roxin não oferece resposta alguma, visto que se limita a fundamentar negativamente que todas as teorias que objetivam a conceituação de autor segundo o merecimento de pena, assim como, a intensidade da energia criminal, devem ser rechaçadas. A maior indeterminação dos critérios normativos, mesmo com uma suposta falta de critério praticável pelo tribunal, é contrária ao desenvolvimento da teoria da autoria e participação que refutam tais generalizações.¹⁰⁹

As objeções à teoria do domínio do fato, a partir da construção de Roxin, se baseiam, principalmente, em uma compreensão de autoria como juízo de imputação de um fato delitivo (injusto típico) a um sujeito com qualidade de autor.¹¹⁰

Por conseguinte, Roxin debruça sua teoria do domínio do fato, com fito de adequação ao ordenamento alemão, recaindo sobre a provável impossibilidade de aplicação nos ordenamentos que atuam sob o sistema unitário de autor, pois rechaça tal sistema.

1.5. Delitos de infração de dever

¹⁰⁷ SANCHEZ LAZARO, Fernando Guanarteme. *¿Qué es la autoría?* p. 170. Igualmente CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG III, cit. n. 24, pág. 210.

¹⁰⁸ HAAS, Volker. Apud. ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoría do domínio do fato*. p. 157.

¹⁰⁹ SANCHEZ LAZARO, Fernando Guanarteme. *¿Qué es la autoría?* p. 171.

¹¹⁰ SANCHEZ LAZARO, Fernando Guanarteme. *¿Qué es la autoría?* p. 172. Para Robles Planas, os tipos da parte especial definem um grupo de circunstancias que poderá afirmar eventual existência de um risco tipicamente relevante, e propõe a diferenciação daquelas formas de conduta que merecem ser penalmente desvaloradas e a distinção entre autores e partícipes, nas quais se procede à qualificação das intervenções do fato objetivamente típico. ROBLES PLANAS, Ricardo: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003. p. 218.

Em sede de concurso de pessoas, a classificação dos delitos especiais próprios ganhou relevância pela doutrina em razão da delimitação entre autores e partícipes, adotando uma nova classificação dos delitos especiais, denominada delitos de infração de dever.¹¹¹ Isto por que, nesses delitos as teorias formal-objetiva e domínio do fato restam ineficazes, tomando por exemplo, do funcionário público (*intraneus*) que determina ao *extraneus* a subtração de coisa alheia móvel do seu lugar de trabalho. Neste caso, nenhuma das teorias poderia fundamentar a autoria do funcionário público, pois quem realiza a infração penal pessoalmente (teoria formal-objetiva), ou possui o domínio do fato, seria o *extraneus*, e não o funcionário público.¹¹²

No desdobramento do estudo de Roxin, pertencem aos delitos de infração de dever, principalmente, os delitos de funcionários próprios e impróprios, delitos de profissionais, além de, abuso de confiança ou administração desleal, conforme artigo 266 do Código penal alemão.¹¹³

Há dois métodos em que o legislador pode dispor uma conduta tipicamente delitativa, sendo, em primeiro lugar, a descrição mais precisa possível das condutas intoleráveis danosas à sociedade, tratando-se de delito de ação, no qual a figura central do êxito delitivo ocasionado por várias pessoas é determinado de acordo com o domínio do fato, como já exposto. O segundo método consiste na conexão com deveres instituídos ao tipo, no qual o legislador aplica em casos que o decisivo não é a configuração externa da conduta do autor, tendo a figura central como vários intervenientes, que infringem o dever pré-típico, contribuindo por ação ou omissão ao resultado.¹¹⁴

Por exemplo, uma infração de dever de uma administração ou gestão desleal de patrimônio alheio poderia ser realizada mediante ações variadas ou também por omissão, mas que esses aspectos formais ou circunstâncias externas não seriam decisivas para a realização do tipo. Neste caso, eventuais

¹¹¹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. p. 372.; JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*, 1997, p. 791.; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal: parte general*. p. 373.

¹¹² CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do Delito e da Imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 226.

¹¹³ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. Ibid. p. 372.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 180.

colaboradores na execução delitativa não estão vinculados pelo dever e por tal, não seriam considerados autores.¹¹⁵

A configuração do tipo como delito de domínio ou de infração de dever trata de uma questão de decisão valorativa do legislador, dependendo do que considera importante tal posição de dever quanto à lesão ao bem jurídico. Isto posto, a delimitação entre delitos de domínio e de infração de dever não decorre de uma questão lógico-conceitual, mas sim teleológica, especificamente quanto à interpretação dos tipos individuais. Especificamente, aqui se observa o efeito recíproco entre a definição de objetivos, bem como, elementos estruturais anteriores.¹¹⁶

De tal modo, não caberia um conceito duplo de autor, pois, segundo Roxin, a concepção de autor como figura central do sucesso delitivo da ação, à que se submete igualmente aos elementos de domínio e de dever, conservando a unidade sistemática. O conceito de figura central já possui certa abstração, contudo, tal propriedade é compartilhada em todos os conceitos básicos sistemáticos.¹¹⁷

Com o reconhecimento dos delitos de infração de dever, Roxin procura resolver a questão do fracasso da teoria do domínio do fato quanto à autoria mediata com apoio de instrumento doloso não qualificado. Desta forma, o uso de um instrumento doloso não qualificado pelo homem de trás produz um fato jurídico penalmente relevante, cuja resposta positiva desde o início é apenas afirmada, mas não fundamentada.¹¹⁸

Além de que, a influência juridicamente dominante do homem de trás não traduz um domínio real, e sim, a posição de dever tipicamente específica não acessível ao *extraneus*. Roxin coincide com a fundamentação de Bockelmann sobre quem atribui o domínio do fato ao homem de trás quando aquele que atua em primeiro plano pode ter a qualidade de instrumento por circunstâncias especiais excludentes ou modificadoras de sua própria responsabilidade pelo fato. Tais circunstâncias, neste caso, que excluem a

¹¹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 181.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. p. 373.

¹¹⁷ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. p. 382.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 183.

autoria do executor e fundamentam a do homem de trás, radicam na posição especial de dever, e não no domínio do fato.¹¹⁹

Ao dividir domínio e dever, não há na lei uma distinção doutrinária, somente uma diferenciação estrutural, baseada nos tipos concretos, elaborando consequências divergentes, assim como, é obtido sistematicamente por meio de subsunção sob um conceito comum. Ademais, em todas as teorias, desde o conceito extensivo de autor à teoria do domínio do fato, os delitos de infração de dever representaram um corpo estranho que necessita de uma integração dogmática, já que aos requisitos norteadores faltava uma concepção adequada, e a delimitação deveria variar em função dos tipos distintos e sobrepor consequências dispares, as quais dividiam as visões norteadoras. Portanto, conforme Roxin, a posição especial de dever, fundamentadora da autoria, é parte sistemática, tal qual o elemento do domínio, do âmbito do injusto típico.¹²⁰

Bacigalupo observa que a utilização de um agente não qualificado (*extraneus*), que age com dolo, em razão de um agente qualificado (*intraneus*) apresenta um problema para a teoria do domínio do fato e acaba repercutindo no âmbito da acessoriedade, já que, o não-qualificado que age com dolo, teria, a princípio, o domínio do fato, e ainda assim, não poderia ser autor por falta de qualificação legal. Por sua vez, o agente qualificado não poderia ser indutor, pois a indução supõe a autoria com relação ao induzido.¹²¹

Tendo em vista tal problemática, o desenvolvimento dogmático dos delitos de infração de dever contribuiu significativamente, modificou a acessoriedade, considerando que a conduta do partícipe não depende do domínio do fato e do dolo do autor qualificado, mas da infração de dever do mesmo.¹²²

No entanto, para Muñoz Conde, não haveria razão para não aplicar as regras gerais de participação aos delitos de infração de dever, já que, se o autor é o *intraneus*, o delito será especial, e em decorrência do princípio de unidade do título de imputação, todos os demais responderiam ao delito, embora não tenham a qualidade de autor exigida pelo mesmo. Contrariamente,

¹¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 184.

¹²⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. p. 383.

¹²¹ BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal. Parte geral*. p. 468.

¹²² BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal. Parte geral*. *Ibid.*, p. 469.

se o autor é *extraneus* o delito seria comum e os partícipes responderiam pelo crime comum, qualquer que fosse sua consideração pessoal.¹²³

Portanto, em que pese a teoria de Roxin apontar uma melhor edificação do domínio do fato até então desenvolvido, não apresenta uma definição do conceito do que é dominar o fato, e em razão disto, gerou-se uma generalidade excessiva sua figura central de autor, não sendo suficiente para delimitar o conceito de autoria, ainda que aponte uma direção. Ademais, a teoria de Roxin, no qual o próprio afirma, apresenta um conceito indeterminado, podendo recorrer ao conteúdo da legislação, que seria mais preciso do que sua “figura central”. Pode-se observar que sua teoria aplicada na jurisprudência alemã, ao invés de fornecer uma melhor solução, piorou a questão, já que Roxin demonstra ser totalmente contra os critérios utilizados pelo Tribunal alemão a fim de imputar o domínio do fato, especialmente, nos casos de crimes empresariais.

Além de apresentar uma concepção baseada em dados empiristas e por isto, limitada, no caso do ordenamento brasileiro, não seria aplicável em virtude de sua teoria ser baseada no rechaço ao sistema unitário de autor, o qual é adotado no Brasil, bem como, muito específica ao ordenamento alemão.

Neste desiderato, a seguir será apresentadas alternativas dogmáticas, em função da insuficiência da teoria do domínio do fato de Roxin por seus critérios.

¹²³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal: parte general. 2 ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996. p. 466.

2. DOUTRINAS ALTERNATIVAS

A seguir, serão abordadas, a partir da concepção e crítica à teoria do domínio do fato de Roxin, alternativas dogmáticas sobre tal teoria. Günther Jakobs, Urs Kindhäuser e Enrique Gimbernat Ordeig se apresentam como algumas divergências doutrinárias, partindo do ponto que a teoria do domínio do fato de Roxin não se apresenta como base da doutrina absoluta.

Pois com razão Jakobs, do esclarecimento de propostas dogmáticas cabe aferir a missão do Direito penal, ademais que, do ponto de vista normativo, algumas incongruências criadas pela dogmática se deram pela relação ontológica.¹²⁴

2.1. Günther Jakobs

Günther Jakobs reconhece os limites da doutrina finalista da ação e da imprescindibilidade de outros enfoques para o Direito penal, distantes da perspectiva ontológica finalista, como explicitado por Peñaranda Ramos, Suárez González e Cancio Meliá. Igualmente, a concepção de Direito penal de Jakobs se baseia em uma nova teoria normativa, e a função que o Direito penal exerce na sociedade, se aproximando a uma perspectiva sociológica e “às correntes funcionalistas da teoria dos sistemas e a reflexão do significado do Direito Penal na comunicação interpessoal, que o enlaça, [...] com correntes filosófico-jurídicas que gozam de ampla tradição”.¹²⁵

Rompendo com a dogmática ontologicista de Welzel, Jakobs propõe uma renormativização dos conceitos jurídico-penais, resultando:

[...]No sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros situados a inferior nivel de abstracción), a los que la Dogmática penal ha atribuido siempre expresamente una esencia o – más descoloridamente – una estructura (lógica-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos de los que no cabe decir sencillamente nada sin tener en cuenta la misión del Derecho penal, sino que incluso el concepto de sujeto al que se le imputa se manifiesta como un concepto funcional.¹²⁶

¹²⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. Prólogo.

¹²⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do Direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. Prólogo.

¹²⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. Prólogo.

Assim, sua concepção é fundamentada na necessidade de garantir a vigência da norma em face de condutas que expressam um comportamento inadequado, utilizando a norma como uma orientação no contato social. Para confirmar tais expectativas sociais, a função da pena estatal é produzir uma prevenção geral, denominada positiva, pois, além de intimidatória, serve para confirmar a confiança da norma, bem como, se orienta pelo exercício na finalidade para o Direito e por meio do exercício na aceitação das consequências.¹²⁷

A influência da teoria de sistemas de Luhmann em Jakobs se deu, em virtude das distinções sistema e ambiente, bem como, entre expectativas cognitivas e normativas, e a ideia de papel social como centro da imputação, além da concepção comunicativa do crime. Embora, de acordo com Silva Sánchez, a terminologia luhmaniana fez com que muitos rejeitassem, *ab initio*, a proposta de Jakobs, alegando sua obscuridade conceitual e linguística. Ainda assim, sua posterior adaptação à filosofia do Direito de Hegel, não modificou substancialmente a situação.¹²⁸ Além de que, admitiu que a teoria absoluta da pena em Hegel não difere tanto de sua própria concepção. O que difere ambas é o ponto de referência na fundamentação da pena de Hegel sendo um conceito abstrato de Direito, ao passo que, para Jakobs, tais pontos de referência são constituídos pelas condições de subsistência da sociedade.¹²⁹

Semelhantemente à teoria dos sistemas em Jakobs, sua concepção de delito se dá, não pela lesão ao bem jurídico, mas pelo questionamento da vigência da norma.¹³⁰

Destarte, as teses dogmáticas de Jakobs receberam algumas críticas por parte de autores advindos da formação de Roxin, submetidos a um grau de releitura menos normativista da abordagem de Roxin, como ocorreu com

¹²⁷ Jakobs, em parte assentado em Luhmann, sustenta que a violação da norma não tem significado para o Direito penal em razão de duas consequências externas. PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do Direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Ibid., p. 3.

¹²⁸ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante. *Revista InDret*. 1/2019. p. 9.

¹²⁹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do Direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. p. 14.

¹³⁰ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante*. p.10.

Schünemann, dispondo de limites individualistas, já ontológicos e normativista, à construção funcionalista (normativista) dos conceitos.¹³¹

De acordo com Cuello Contreras, uma das teses mais genuínas de Jakobs se baseia na qual, da mesma forma que existem crimes de domínio por comissão, do âmbito de domínio não deve haver hipótese de lesionar bens jurídicos alheios e crimes de violação do dever de preservando bens jurídicos, existem dois tipos de delitos por omissão (violação de deveres em um ambiente organizacional e a violação de deveres sob responsabilidade institucional). Coincidindo com seu postulado funcionalista fundamental, mantendo a distinção ação-omissão, Jakobs argumenta que, no direito penal, existem apenas âmbitos de risco para os bens jurídicos, para os quais aqueles que lhes foram confiados.¹³²

Outrossim, Jakobs argumenta pela conversão dos delitos de domínio pelos delitos de infração de dever, uma vez que não é conveniente classificar crimes em virtude de paradigmas heterogêneos, independentemente de qualquer problemática de autoria ser resolvida a partir do critério de domínio (o autor aqui se preocupa com a distinção coautor e cúmplice. Dessa maneira, tal conversão é possível, pois o essencial não é que o autor tenha domínio sobre o fato, mas que tenha a competência organizacional para que em seu âmbito de responsabilidade não aconteçam casos.¹³³

No entendimento de Jakobs, para determinar a autoria e participação no êxito delitivo, deve-se observar a relação com as responsabilidades de vários intervenientes. Para tanto, são aplicados dois modelos de

¹³¹ Para Schünemann, o método puramente normativista de Jakobs que rechaça qualquer delimitação descritiva, resulta em uma serie de argumentos circulares, cujas verdadeiras determinações se dão de modo puramente decisionista. SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia juridico-penal alemana. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 49, Fasc/Mes 1, 1996, p. 208. Em termos mais rigorosos, García Amado se posiciona contrário à possibilidade de uma dogmática penal funcionalista sistêmica em GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistêmica? Sobre la teoría de Luhmann en la teoría penal», *Revista Doxa* (23), 2000, p. 261.

¹³² Segundo Jakobs, o fato de a responsabilidade pela ação no direito penal ter sido construída de maneira naturalista, e não social, como evidenciado nas concepções de RADBRUCH e Armin KAUFMANN, impediu de perceber que o importante é que, no contexto social não surja do escopo da organização de perigos para bens jurídicos, e não se o indivíduo atua ou omite. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. *Revista InDret*. 1/2011. p. 7.

¹³³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito*. p. 8.

regulamentação, o modelo para os delitos de infração de dever e para os delitos de domínio.¹³⁴

A proposta de Jakobs sobre a infração de dever, como pondera Bacigalupo, é diferenciada, pois Jakobs não elabora sua teoria do delito sobre as distinções de ação e omissão, mas nos deveres, resultados da organização da intervenção do agente e de sua posição institucional. Por isto, a competência do autor em tal caso é baseada na lesão de deveres protegidos institucionalmente.¹³⁵

Entretanto, na maioria dos delitos, a responsabilidade se baseia nos atos organizativos do titular de um âmbito de organização, e não por um dever especial. Sob essa perspectiva, existem duas hipóteses de responsabilidade por domínio, quando, por exemplo, apenas uma pessoa que organiza o delito, atuando por mão própria; ou ainda, pela presença de vários participantes, coordenando seus âmbitos de organização. Se os atos organizacionais tiverem igual importância, os partícipes são coautores, mas se possuírem graus distintos, os que forem de menor importância são instigadores ou cúmplices, correspondendo a uma dependência recíproca (acessoriedade) das fases delitivas anteriores e futuras. Assim, apesar da organização pertencer a indivíduos variados, há apenas um comportamento típico de execução que constitui o injusto.¹³⁶

Jakobs argumenta contra o conceito unitário de autor e o conceito extensivo de autor, bem como, contra as demais intenções de delimitação sem recorrer à acessoriedade a responsabilidade de quem não executa por si próprio ou mediante um instrumento. Se a acessoriedade é renunciada, então, apenas é caracterizado como perturbação social o acordo em cometer o delito ou o favorecimento do delito psíquico. Contudo, se a acessoriedade for reconhecida, o comportamento prévio não constitui o injusto, e sim, fornece eventual imputação a todos que tenham comportamento típico executivo comum. Ainda, a formulação geral de que aquele que não executa por si próprio participa do injusto alheio seria equivocada, visto que o comportamento

¹³⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 718.

¹³⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal. Parte geral*. p. 453.

¹³⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 718.

executivo é o injusto de todos e de cada um dos partícipes, assim como, daquele que não executa por si próprio.¹³⁷

2.1.1. Tipos de autoria nos delitos de domínio

Para Jakobs, a responsabilidade surge de um ato organizacional, na qual se estabelece uma relação exclusivamente negativa com a potencial vítima, sendo que, quem participa deve manter seu âmbito de organização no estado de que não haja saída em detrimento do âmbito de organização alheio. Além de que, executar o fato por mão própria não é condição necessária, na maioria dos casos, podendo o autor servir-se de outra pessoa instrumentalmente para a execução.¹³⁸

Ademais, resta ressaltar que a distinção entre instigação, autoria e cumplicidade é de importância constitutiva para a penalidade no âmbito das ações preparatórias que não são levadas a um momento futuro, e nos demais casos para os marcos penais. Especialmente, a distinção no caso de intervenção de várias pessoas favorece quando apenas um indivíduo possui o elemento especial de autoria ou um elemento subjetivo do delito. Se tal interveniente não é autor, logo, não possui responsabilidade de toda participação em razão da ausência de um fato principal, sendo que tal diferenciação resultaria em consequências intrasistemáticas.¹³⁹

No âmbito dos delitos de mão própria, são considerados aqueles delitos que só se pode reconhecer como tal quando o desvalor de uma ação não se deriva de alterações que esta pode realizar imputavelmente, partindo da aplicação a estes crimes as consequências dos delitos de infração de dever.¹⁴⁰

Em relação àqueles delitos que não é requerida a execução de mão própria, se propuseram algumas soluções a afim de delimitar o conceito de autoria e participação, propostas estas, em parte, que restam superadas pela dogmática ou pela legislação, sobretudo por estar prescrito legalmente o caráter do autor que comete o fato por si próprio. O Direito vigente continua atendendo na autoria daquele que comete por si próprio, unicamente à plena responsabilidade por um âmbito de organização, considerando a plena

¹³⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 722.

¹³⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 730.

¹³⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 731.

¹⁴⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal. Parte geral*. p. 467.

responsabilidade como complementação do conceito de domínio do fato, do mesmo modo que, caracteriza o componente normativo de autoria. Isto é, nem toda situação de superioridade é necessariamente responsável aquele que a ocupa.¹⁴¹

Teoria do Domínio do Fato

Ao tratar da responsabilidade por âmbitos de organização, não se pode basear apenas no aspecto subjetivo, já que tal aspecto exige um mínimo objetivo, a causalidade, embora nunca tenha exigido um comportamento de autor paralelo para a vontade do autor. Com fito de alcançar uma conexão entre os aspectos subjetivos e objetivos, observa-se um esforço em tal sentido, da teoria do domínio do fato.¹⁴²

Para as variantes múltiplas que são resultado das opções de domínio da divisão de trabalhos, evidentemente, não há como oferecer modelos únicos como solução. Desse modo, a autoria deve ser definida como domínio de pelo menos um dos âmbitos de organização, a decisão ou execução do fato, resultando no fato de que são os atos de organização que fundamentam a responsabilidade plena.¹⁴³

Além disso, existem os defensores de um conceito de domínio do fato normativamente orientado, opostos àqueles que trabalham as relações materiais de domínio. Roxin ressalta que Jakobs afirma que o domínio do fato acaba sendo determinado na doutrina de maneira naturalística demais (domínio como fato), bem como, muito pouca forma normativa (domínio para fundamentar a responsabilidade).¹⁴⁴

Conforme Jakobs, diferentemente de Welzel, Gallas e Maurach, Roxin deve o reconhecimento do aprimoramento da teoria do domínio do fato, em razão de sua precisão e consolidação de tal teoria e por estar orientado

¹⁴¹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 734.

¹⁴² JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 740.

¹⁴³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 742.

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KOHLER, Michael. *Sobre el estado de la Teoría del delito*. Trad. Jesús-María Silva Sanchez et al. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. p. 167.

normativamente, quando desenvolve os delitos de dever, torna a teoria mais moderna.¹⁴⁵

Na concepção de Jakobs, os delitos de mão própria são subcategorias dos delitos de dever. Considera que o domínio do fato não é o único critério para a determinação de autoria, necessitando de um dever especial, já que a atribuição normativa é superior, hierarquicamente, do que o domínio, o qual, por sua vez, determina a quantidade de uma intervenção delitiva.¹⁴⁶

Em resumo, a comissão delitiva de mão própria não pode ser determinada apenas pela atribuição do domínio, sem observar a conduta e a consequência. Ou seja, nem sempre o último será autor, apenas quando sua atribuição ocorrer enquanto outras pessoas intervenham com ele, será, pelo menos, partícipe no fato.¹⁴⁷

Coautoria

Partindo dos requisitos de decisão conjunta do fato e intervenção na comissão do delito a título de autor, a coautoria ocorre quando, segundo o plano dos participantes, se distribuem as contribuições necessárias na etapa da execução, seja em todos ou em distintos estágios do delito, de maneira que também pessoas não partícipes na execução determinam a configuração desta. Assim, o domínio material e formal do fato são distribuídos, resultando em um fato delitivo de vários intervenientes, os quais são plenamente responsáveis pela ação no conceito de autor.¹⁴⁸

Em relação à decisão comum do fato, não existe uma necessidade absoluta, tal elemento originou-se em favor da dependência recíproca dos propósitos delitivos dos diferentes intervenientes. Considerando que tal critério não é essencial para configurar a autoria, o caráter comum da decisão do fato deve, ao menos, reduzi-la.¹⁴⁹

De tal modo que, se ausente a decisão comum do fato, somente existiria responsabilidade em conceito de autor por uma parte. Na medida que

¹⁴⁵ JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: JAKOBS, Günther. *Sobre la genesis de la obligación jurídica*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Santa Fe: Rubinzal, 2005. p. 88.

¹⁴⁶ JAKOBS, Günther. *El ocaso del dominio del hecho*. p. 90.

¹⁴⁷ JAKOBS, Günther. *El ocaso del dominio del hecho*. 92.

¹⁴⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 745.

¹⁴⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 746.

várias ações criminais são cometidas por indivíduos distintos, aproveitando ocasião idêntica, cada um responderia pelo conceito de autor, embora apenas em seu âmbito de organização. No entanto, se um delito somente requer uma única ação executiva, ou até várias ações executadas por uma só pessoa, igualmente, um partícipe, cuja contribuição o executor não tem conhecimento, pode cooperar de tal forma que determine essencialmente a configuração da execução em relação ao lugar, tempo e modalidades. Por conseguinte, seria mais correto nesses casos, ao invés da decisão comum do fato, compreender uma decisão de ajuste, adaptação, com a qual o partícipe que não executa diretamente, embora coopere na configuração, vincula sua contribuição à atuação do executor.¹⁵⁰

Ademais, é necessário, mas não suficiente, que o dolo e a decisão ocorram ao realizar a própria contribuição ao fato, principalmente, se o dolo é abandonado antes da ação executiva que leva ao fim outro, isto não impedirá a coautoria quando a contribuição conserva sua eficácia. A responsabilidade é limitada pela intenção e delimitada por outros elementos delitivos personalíssimos.¹⁵¹

Como Roxin ressalta, Jakobs defende uma concepção intermediária entre a teoria subjetiva e a doutrina do domínio do fato, acrescenta positivamente sobre as contribuições preparatórias, as quais não podem auferir o domínio de decisão. No caso de uma instigação, que não seria suficiente para uma autoria mediata, ainda pode haver uma participação subordinada no domínio da decisão. O domínio configurativo utilizado por Jakobs para suprir a ausência de colaboração real na execução, corresponde parcialmente ao que Stratenwerth denomina de planejamento e organização. Entretanto, a “co-configuração” com uma “participação” subordina, ou até uma participação no domínio da decisão seria apenas uma intervenção no planejamento, não sendo entendida como comissão conjunta, nem se trata de um domínio do fato.¹⁵²

Ainda, Roxin se indaga por qual razão Jakobs também introduz outras influências no êxito delitivo, ou até que ponto um terceiro deve agir ou influenciar o curso causal, com o fim de obter o domínio “configurativo”. Por

¹⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 747.

¹⁵¹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 748.

¹⁵² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 155.

isto, tratar-se-ia de uma contribuição da dimensão das outras contribuições. Ao incluir todas as colaborações preparatórias, de maneira indeterminada, em uma contemplação conjunta, há uma proximidade de Jakobs com a teoria da totalidade ou globalidade de Schmidhäuser, a qual possui uma solução semelhante. A posição de Roxin é de que tal delimitação seria vaga.¹⁵³

Contrariando a exigência de Roxin de uma decisão conjunta para configurar a coautoria, Jakobs, influenciando Derksen e Lesch, renunciam tal critério, bastando uma decisão de adequação com quem não seja autor imediato, porém contribui para a fundamentação e vincula sua contribuição à ação do executor. De tal modo, Roxin cita que tal doutrina não haveria encontrado grande aceitação fora da escola de Jakobs, pois, ainda que tenha sua perspectiva afirmativa, nos casos de domínio de organizações, por exemplo, contém a possibilidade de uma extensão excessiva da coautoria. Tampouco se adapta às previsões do legislador, por que o agir unilateralmente, quando o outro indivíduo não tem conhecimento, dificilmente poderia ser considerado execução conjunta, a qual é exigida pelo legislador.¹⁵⁴

Por conseguinte, Roxin considera que, ocasionalmente, são suficientes os atos preparatórios mínimos e remotos suficientes para fundamentar a coautoria, o qual também defende uma interpretação estrita que exige para a coautoria uma contribuição essencial na etapa da execução. Outros defensores da doutrina do domínio do fato, como Stratenwerth e Jakobs, contrariamente, argumentam ser suficiente para a coautoria os atos preparatórios quando ambos co-configuram a execução.¹⁵⁵

2.1.2. Autoria mediata

Uma das características da autoria mediata, como expõe Jakobs, é a responsabilidade predominante do autor mediato em razão de sua superioridade no domínio da decisão, ou seja, ao instrumento é dificultado a negação à realização do tipo de crime doloso, de maneira a excluir a imputação, em função do papel exercido pelo autor mediato. Quando da atuação plenamente delitativa (dolosa e culpada) do executor, não seria possível

¹⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 156.

¹⁵⁴ ROXIN, Claus. *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*. p. 174. Roxin afirma serem seus discípulos: DERKSEN; LESCH.

¹⁵⁵ ROXIN, Claus. *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*. p. 175.

a autoria mediata, embora o autor mediato não tenha que agir de modo plenamente delitivo.¹⁵⁶

Assim, o instrumento será autor, quando presentes o dolo e os elementos específicos da autoria do delito, geralmente pelo domínio da ação ou pelo domínio da configuração. Consequentemente, a superioridade do domínio da decisão deve ser determinada normativamente, em virtude de seu efeito na imputação ao executor, e não em razão de sua intensidade motivadora no caso concreto, uma vez que é sobre o alcance normativo da intervenção. Em exceção, quando a imputação ao executor é interrompida, essa influência implicaria em coautoria, instigação ou cumplicidade, de modo que, comporta a vinculação das esferas organizacionais, embora não degrade sua organização ate que seja um instrumento de outro responsável predominantemente.¹⁵⁷

Em certas ocasiões seria possível que a autoria mediata se diluísse na coautoria, porém, se perderia a posição de inferioridade do instrumento na decisão do fato, considerando que o fato é próprio da autoria mediata. De tal maneira, Jakobs parte de que na autoria mediata, ainda que não haja todo o domínio da ação, nem a configuração conjunta, está presente o domínio da decisão.¹⁵⁸

Em quase todos os casos de autoria mediata, principalmente na utilização do agente sem dolo ou devidamente exonerado, se discute se o erro que exclui a imputação ao executor é preciso ser criado, ou aproveitado pelo homem de trás, ou ainda, se bastaria para fundamentar a autoria mediata que saiba do erro. Tal questão, é tendenciosamente proposta, a partir de que, o homem de trás é responsável, com predomínio sobre a vítima com conhecimento do erro. Por conseguinte, esta responsabilidade predominante pode se desenvolver sem qualquer influência especial, e ainda assim, faltar, apesar de criar o erro.¹⁵⁹

No caso de um executor não doloso ou quase-doloso (em caso de autolesão), no qual o outro individuo possui direito de ter conhecimento do erro, considera-se que qualquer pessoa que age dolosamente, situado atrás de

¹⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 763.

¹⁵⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 764.

¹⁵⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 764.

¹⁵⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 765.

quem atua sem dolo, é autor imediato e sobre a eventual participação no fato principal não doloso, não passaria de uma questão específica dos crimes especiais, nos quais falta a qualificação especial do homem de trás.¹⁶⁰

Assim, quando não há responsabilidade do instrumento, não se pode trata-lo como tal, quando verifica-se a ausência de um erro juridicamente relevante e materialmente, no que diz respeito àqueles que intervenham junto ao sujeito, concorre a uma participação no fato do sujeito indiferente (de acordo com o Direito penal alemão esta participação é denominada autoria mediata, em razão de que no ordenamento alemão é excluída a participação em fatos não dolosos). A fim de maior esclarecimento, Jakobs utiliza o exemplo de alguém que joga futebol com outro indivíduo em um estabelecimento comercial não seria autor mediato em relação aos danos inevitáveis à vitrine de uma das lojas, mesmo que tenha considerado esta possível consequência, tendo conhecimento da indiferença do outro sujeito, sendo que, materialmente, tratar-se-ia de uma coautoria.¹⁶¹

Ademais, fora do âmbito da indiferença, não há motivo pelo qual deva-se optar por autoria mediata ou participação de quem ainda é responsável pelo fato. A autoria mediata pode ocorrer, ao mesmo tempo que a participação, quando a competência residual admite a criação de uma comunidade pessoal. Neste desiderato, a ocorrência conjunta de autoria mediata e participação resulta em consequências dogmáticas em relação ao começo da tentativa, tendo em vista que o início da natureza delitiva se configura como começo da tentativa, a colaboração com um indivíduo responsável ainda é um trabalho prévio dirigido ao início da tentativa pelo coletivo.¹⁶²

Portanto, no caso acima de dupla concorrência, a tentativa inicia em dois momentos distintos, partindo do ponto de que um indivíduo agindo com competência reduzida, cuja redução obriga o autor a responder como autor mediato, é externalizado mediante a um indivíduo que é parcialmente instrumento, ou seja, da organização parcial do autor mediato. Enquanto, o

¹⁶⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 766.

¹⁶¹ JAKOBS, Günther. *El caso del dominio del hecho*. p. 116.

¹⁶² JAKOBS, Günther. *El caso del dominio del hecho*. Ibid.

empreendimento comum posteriormente alcança tal estágio. Logo, o início da tentativa seria determinado baseado na imputação que seja mais forte.¹⁶³

Outrossim, o domínio das organizações como caso de autoria mediata fora desenvolvido na jurisprudência alemã, centrado no “autor atrás do autor”, embora concentre uma grande parte de defensores, também se apresentam críticos desta, como Jakobs, que considera tais casos como de coautoria, e não autoria mediata, enquanto que Köhler propõe a instigação.¹⁶⁴

Entretanto, Roxin não concorda com tais afirmações, pois, em sua opinião, não poderia haver coautoria em virtude daqueles que dão ordens e do executor não se conhecerem e por isto, suas ações não poderiam estar entrelaçadas, já que a ordem delitiva apenas possuiria a função de desencadear a ação típica. Nessa perspectiva, a instigação também não seria a figura legal mais adequada, pois a consequência de bloquear uma decisão autônoma de autor, que exclui a autoria de quem é mera provocador, é de não poder alterar o curso do resultado típico em relação ao “autor de escritório” que atua no âmbito das organizações criminosas.¹⁶⁵

Jakobs observa que, normalmente, se aprecia autoria mediata no aproveitamento de aparatos de poder organizados, especialmente em relação às mortes de judeus opositores ao regime nazista, no qual o autor de escritório é considerado autor mediato, não resta dúvida acerca da situação de superioridade daqueles que ordenaram a morte dos judeus, considerando a dinâmica dos grupos.¹⁶⁶

Todavia, Jakobs ressalta que apreciar a autoria mediata é tão supérfluo como nocivo. É supérfluo aprofundar a autoria mediata por que com a superioridade objetiva, a teoria subjetiva apenas propõe a base a fim de construir uma vontade de autor de todos modos irrelevante, enquanto que a teoria do domínio do fato em sua versão de que as contribuições são necessárias após o início da tentativa, voltando a eliminar esta restrição desnecessária por sua parte mediante a autoria mediata.¹⁶⁷

¹⁶³ JAKOBS, Günther. *El ocaso del dominio del hecho*. p. 117.

¹⁶⁴ ROXIN, Claus. *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*. p. 171.

¹⁶⁵ ROXIN, Claus. *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*. p. 172.

¹⁶⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 783.

¹⁶⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. p. 784.

Conforme a concepção mantida por Jakobs, a coautoria, nas suposições normais, não apresenta problemas. Nos demais casos, o que é oportuno é a instigação. Isto porque, a construção da autoria mediata é nociva em virtude de que nos fatos da época do regime nazista, esconderia a vinculação organizacional de todos os intervenientes, longe de ser sempre forçada, até torna-lo em um fato comum. Por conseguinte, somente mediante a conjunção do indivíduo o qual transmite a ordem e daquele que executa, pode-se interpretar um fato singular do executor como contribuição a uma unidade que abrange diversas ações executórias.¹⁶⁸

2.2. Urs Kindhäuser

Partindo do pressuposto que a ciência do direito penal é uma ciência prática, possui um objeto, o direito penal, o qual designa a parte do ordenamento jurídico que regula as consequências de formas de comportamento ameaçadas mediante pena. Kindhäuser expõe que como disciplina científica, a ciência do direito penal formula as condições sob as quais é possível alcançar um conhecimento de direito penal desenvolvido metodicamente e ordenado sistematicamente. Além disto, a ciência do direito penal é uma disciplina científica comprometida com o direito vigente, ao mesmo tempo que deve se manter crítica a ele. Então, para que tais opostos se equilibrem, tal ciência requer uma instrumentação metodológica e conceitual apropriada.¹⁶⁹

Ainda, segundo Kindhäuser:

Esse pequeno espaço de atuação da dogmática, oriundo de sua constituição, diz, porém, muito pouco sobre a sua utilidade, sua autocompreensão e sua força de criação na realização das tarefas que lhe dizem respeito. A dogmática, pode, sem dúvidas, também em âmbito limitado, demonstrar um enorme poder de contribuição, mais precisamente por meio do resgate da pretensão à cientificidade por ela reclamada. Com cientificidade, a dogmática pode compensar a sua debilidade institucional e fundamentar, ao mesmo tempo, a justificativa de sua existência e a sua autonomia. [...] ademais, a cientificidade distancia o próprio posicionamento das exteriorizações espontâneas, particulares e arbitrárias e, simultaneamente, abre espaço para críticas: sobretudo, a crítica de que as afirmações

¹⁶⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. Ibid.

¹⁶⁹ Texto fornecido por KINDHÄUSER, Urs. Acerca del objeto y la tarea de la ciencia del derecho penal. Trad. Orlando Humberto De La Vega Martinis, durante a *V Escuela Alemana de Ciencias Criminales y dogmática penal alemana*, Georg-August Universität Göttingen, 2019.

concorrentes não são científicas e, com isso, infundadas, inadequadas, ou mesmo, ilógicas.¹⁷⁰

Em consequência de tal pensamento, de um ponto de vista kantiano, Kindhäuser desenvolve, a partir de sua própria indagação, quais seriam as condições necessárias para que a dogmática jurídico-penal, sendo esta uma disciplina científica, possa conviver com a jurisprudência e a legislação, de forma que seja mutuamente vantajosa.¹⁷¹

Por isto, considerando que a ciência do direito penal não se trata de uma disciplina científica homogênea, é constituída pela dogmática, além da teoria jurídica, do empirismo e da filosofia, as quais vinculam em menor ou maior grau o legislador e a jurisprudência.

Parte-se de que o direito é uma ordem normativa, transformando fatos naturais em fatos institucionais. No entanto, é inválida a atribuição de características institucionais penalmente relevante desde o início, quando os fatos primários correspondentes são mal fundamentados. Para tanto, entende-se que a compreensão adequada do ser é condição fundamental para uma constituição adequada dos fatos jurídicos.¹⁷²

Além disto, seria possível demonstrar, de acordo com Kindhäuser, a inconsistência de teorias dogmáticas quando estas recaem em contradições valorativas, ou contradizem evidentemente a letra da lei, ignorando relações sistemáticas, ou ainda, quando conduzem a resultados divergentes da finalidade da lei. Por conseguinte, para tal autor, deveria se priorizar a teoria que menos conflita com paradigmas vigentes, ou seja, a teoria que possui maior força explicativa é a que melhor corresponde aos critérios interpretativos, sendo que, os critérios externos possuem um papel justificado nesse contexto, recorrendo a uma certa segurança de decisão por meio da manutenção de soluções tradicionais.¹⁷³

¹⁷⁰ KINDHÄUSER, Urs. A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática? Trad. Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 155, ano 27. São Paulo: Editora RT, mai. 2019. p. 215.

¹⁷¹ KINDHÄUSER, Urs. *A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática?* Ibid., p. 215.

¹⁷² KINDHÄUSER, Urs. *A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática?* Ibid., p. 217.

¹⁷³ KINDHÄUSER, Urs. *A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática?* Ibid., p. 220.

2.2.1. Considerações

A doutrina atualmente dominante na ciência do direito penal divide os fatos puníveis em delitos de domínio e delitos de infração de dever, sendo este último, crimes cometidos somente por uma pessoa portadora de um dever especial, como certos delitos que pressupõe a posição de garante. Logo, o violador de um dever especial é autor, enquanto os demais intervenientes, não portadores de tais deveres, somente podem ser partícipes.¹⁷⁴

Contrariamente, nos delitos de domínio, o critério determinante é o domínio do fato como um domínio de decisão e um domínio de configuração, sendo que, os critérios para delimitar o domínio do fato se articulam independentemente em razão das formas específicas de autoria.¹⁷⁵

Em relação ao critério de figura central para delimitação de autoria, Kindhäuser se indaga como tal critério poderia ser definido, considerando que a “figura central” é insuficiente para constituir categoria dogmáticas, assim como, no direito penal não se trata de uma posição fática de um indivíduo qualquer, claramente demonstrado os delitos de infração de dever, no qual o autor assume a responsabilidade normativa pela produção do evento delitivo. Outrossim, além de apontamentos à teoria do domínio do fato, Kindhäuser alça um modelo normativo para a sistematização da intervenção criminal.¹⁷⁶

Primeiramente, relaciona-se os conceitos de norma e ação e suas conexões, através do conceito de dever. Mediante a proteção de bens jurídicos justificam-se as normas de conduta, as quais são dirigidas a um grupo específico ou para qualquer indivíduo, e estabelecem as formas de conduta que são proibidas ou quais são obrigatórias, já que são boas ou más *sub specie* de proteção de bens jurídicos. A estas normas de conduta, remetem-se às normas de sanção jurídico-penal.¹⁷⁷

¹⁷⁴ KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y Autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho. Trad. Juan Pablo Mañalich R. *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 14, 2011. p. 43.

¹⁷⁵ KINDHÄUSER, Urs. *Infracción de deber y Autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho*. Ibid.

¹⁷⁶ KINDHÄUSER, Urs. *Infracción de deber y Autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho*. p. 44.

¹⁷⁷KINDHÄUSER, Urs. Vigencia de la norma y protección de bienes jurídicos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. v.45, n. 2, jul./dez. 2017. p. 3.

Por sua vez, as normas de sanção jurídico-penal estabelecem até que ponto o destinatário da norma está vinculado ao um “dever”, em consideração ao seu poder, para o qual fundamentam em que condições se está contrário a um dever e não desculpável em não reconhecer a norma de conduta como uma razão vinculante para a ação. Isto decorre, especificamente, quando o comportamento expressa um desvio considerável do nível que está sendo protegido de motivação suficientemente fiel ao direito.¹⁷⁸

A proteção de bens jurídicos se daria em razão da pena como reação estatal que só é legitimada quando outros meios falham, no entanto, tal entendimento reduziria arbitrariamente a tarefa do direito penal e dificulta uma justificativa racional da pena. Para Kindhäuser, a pena só pode servir indiretamente à proteção de bens jurídicos, ou seja, o objetivo imediato da proteção jurídico penal é o bem jurídico-penal, tendo um nível suficiente de motivação fiel à lei. Ademais, considera que o bem jurídico penal facilita a proteção de bens jurídicos, em razão de que, a referência para a motivação é o reconhecimento efetivo, como motivo da ação, de normas que protegem bens jurídicos.¹⁷⁹

Em consequência, como exposto no exemplo de um homicídio cometido por um indivíduo, o destinatário da proibição de homicídio apenas estaria vinculado a esta norma na medida de sua própria capacidade de ação. Tal vinculação da própria capacidade à norma é denominada de “dever”. Por isto, a causação da morte de outro é contrária ao dever se o outro indivíduo estiver em posição de omitir seu comportamento causal, a fim de evitar o resultado morte. Os critérios para a capacidade da ação são o conhecimento e capacidade física, necessários para que seja possível realizar a intenção de evitar a produção do resultado.¹⁸⁰

Portanto, o conceito de dever expressa o vínculo entre o destinatário e a norma com base em sua própria capacidade de ação. Ou seja, se A mata B, tendo sido capaz de realizar a intenção de evitar matar B através de seu comportamento, então é atribuído a ele seu comportamento como uma infração de dever. Do ponto de vista do delito, a dimensão intelectual da capacidade de

¹⁷⁸ KINDHÄUSER, Urs. *Vigencia de la norma y protección de bienes jurídicos*. p. 3.

¹⁷⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Vigencia de la norma y protección de bienes jurídicos*. p. 1.

¹⁸⁰ KINDHÄUSER, Urs. *Infraacción de deber y Autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho*. p. 45.

ação é sujeita à verificação, sendo o dolo. Assim como, a infração de dever pode ser compreendida como o injusto (subjetivo) da ação tipicamente relevante.¹⁸¹

2.2.2. Sobre a autoria mediata e crítica à teoria do domínio do fato

De todo o exposto, Kindhäuser desenvolve o raciocínio no qual, se o domínio do fato é identificado pela capacidade de ação imprescindível para evitar a realização do tipo, então, o domínio do fato somente estaria referido ao próprio comportamento contrário ao dever, e nunca a um comportamento que seja oposto a uma pessoa.¹⁸²

Ainda, o domínio do fato não resta plausível para determinar autoria e participação, tendo em vista que cada interveniente que dá causa ao resultado, sendo autor ou partícipe, pode evitar o sucesso delitivo do resultado em um todo, através da negação de uma contribuição casual. De tal modo, a diferença entre autoria e participação só pode ser constatada no comportamento em questão, ou seja, em como o resultado é causado pelo respectivo comportamento.¹⁸³

Parte-se de que a teoria do domínio do fato se trata de uma doutrina falha em relação aos pressupostos mínimos de uma teoria científica, apontando tal autor, que não é consistente, nem útil, configurando um composto de soluções isoladas sem coerência lógica. Kindhäuser observa que seu objetivo não é criar uma nova teoria adicional às posições doutrinárias e jurisprudencial já existentes, e sim, se posiciona pelo redirecionamento dos fundamentos jurídicos, bem como, para a interpretação dos princípios básicos do direito penal, especialmente, o princípio da legalidade, o princípio da autonomia e da culpabilidade.¹⁸⁴

¹⁸¹ KINDHÄUSER, Urs. *Infracción de deber y Autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho*. p. 46.

¹⁸² KINDHÄUSER, Urs. *Infracción de deber y Autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho*. p. 46.

¹⁸³ KINDHÄUSER, Urs. *Infracción de deber y Autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho*. p. 47.

¹⁸⁴ Texto fornecido por KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)*. Trad. Juan Pablo Mañalich R., durante a *V Escuela Alemana de Ciencias Criminales y dogmática penal alemana*, Georg-August Universität Göttingen, 2019.

Autoria mediata

No caso do autor mediato que usa de outra pessoa como instrumento por meio de coação, o domínio do fato sobre outro indivíduo somente é possível pela coação absoluta, e por isto, se constitui como uma forma de autoria direta. Para tal autor, a autoria mediata diz respeito aos casos que a violação da norma é resultado do comportamento intencionalmente evitável de um terceiro.¹⁸⁵

Nesse sentido, o domínio do fato, em uma perspectiva fática, não pode ser utilizado como critério de autoria mediata. Inversamente, a autoria mediata apenas é fundamentada normativamente, na qual o executor age no lugar do homem de trás, ou ainda, que o comportamento do executor é atribuível ao homem de trás como comportamento próprio. Ressaltando que, em respeito ao princípio da imputação, não há a possibilidade de transferir a responsabilidade jurídico-penal relevante, poro exoneração de um indivíduo ao outro.¹⁸⁶

Assim, o comportamento do executor será imputável ao homem de trás, como um comportamento próprio, pelo qual o último pode possuir responsabilidade, se a mesma do executor for deficitária. Tal deficiência pode ser referida a qualquer um dos pressupostos da responsabilidade, ou seja, aos elementos de tipicidade, injusto ou da culpabilidade.¹⁸⁷

Já em relação ao segundo requisito da autoria mediata, em que o autor mediato determina a outro indivíduo que realize o fato típico de maneira plenamente delitiva, poderia considerar-se autor mediato aquele que origina o fato, dando seu lugar ao executor para que finalize o ato típico mediante uma atuação plenamente delitiva, além de que, a infração de dever do executor deve ser normativamente atribuível como fato próprio.¹⁸⁸

Ademais, seria possível qualificar a autoria mediata na base de uma representação, embora a lei vigente se oponha a tal situação, no sentido de que, justamente este caso se encontra abrangido pelo pressuposto fático da instigação. Como sistematicamente, não seria possível construir ambas autoria

¹⁸⁵ KINDHÄUSER, Urs. *Infracción de deber y Autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho*. p. 48.

¹⁸⁶ KINDHÄUSER, Urs. *Infracción de deber y Autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho*. Ibid.

¹⁸⁷ KINDHÄUSER, Urs. *Infracción de deber y Autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho*. p. 49.

¹⁸⁸ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)*. Ibid.

e participação, já que o legislador alemão se posicionou pela instigação, de *lege lata* uma autoria mediata seria excluída. Desse modo, Kindhäuser reconhece que a estrutura criminal da instigação é equiparada à estrutura criminal da autoria, e considera a teoria do domínio do fato incapacitada em oferecer um fundamento para tal equiparação. Pois, o instigador que entrega a outro a execução do fato plenamente delitivo carece do que é necessário para fundamentar a autoria, o qual, é o domínio sobre a execução do fato.¹⁸⁹

Quanto ao terceiro critério de autoria mediata que trata do autor mediato que determina a outro indivíduo a realizar o fato, sem que o executor atue de forma plenamente delitiva, parece ser o mais adequado na opinião de Kindhäuser. O executor deve assumir uma deficiência em virtude de algum pressuposto constitutivo do injusto do fato, para que possa ser imputado ao homem de trás a autoria mediata, com razão tal interpretação, pois em um contexto sistemático o autor de trás de outro autor, considera o “outro” como um instrumento apenas, sem que assuma a responsabilidade pela realização do tipo.¹⁹⁰

Neste desiderato, em função da situação jurídica vigente, na autoria mediata se aborda um fato punível, no qual dois indivíduos não realizam por si só um determinado componente do injusto, todavia, o executor determine a realização do tipo por si próprio, não é responsável por isso, nem por agir atipicamente ou sob o âmbito de uma causa de justificação. Quando todos os demais pressupostos estão preenchidos, o homem de trás deverá responder criminalmente como se tivesse cometido o fato por si próprio. Por isto, a autoria mediata seria uma forma de autoria individual.¹⁹¹

Por conseguinte, a autoria mediata pouco tem a ver com um domínio do executor por parte do homem de trás, na perspectiva de um poder fático. Kindhäuser conclui que o poder que seres humanos detém sobre outros, seja de várias formas na vida cotidiana, não restaria tão importante no âmbito do direito penal, marcado pelo princípio da auto-responsabilidade. De tal forma, o domínio que o homem de trás exerce sobre o executor direto apenas poderia

¹⁸⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)*. Ibid.

¹⁹⁰ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)*. Ibid.

¹⁹¹ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)*. Ibid.

ser fundamentada em razão de um mundo normativamente ordenado, no qual é esperado de todo cidadão que siga a norma, sem que ninguém possa recorrer a uma alternativa de um comportamento antijurídico para si próprio ou em razão de outro, com o fim de sua própria exoneração.¹⁹²

Coautoria

Em relação às soluções habituais da doutrina na problemática do modelo mais adequado para responder as contribuições de outras pessoas como próprias, Kindhäuser expõe algumas críticas e oferece uma solução já existente. Em relação a uma parte da jurisprudência que considera que o fundamento para tal questão está na vontade de querer a conduta alheia como própria, tendo em vista que se baseiam sobre a teoria da equivalência de causalidade, na qual todas condições do evento são equivalentes, como confere Gallas.¹⁹³

De acordo com este modelo, *“cualquier interviniente em um delito puede actuar, en principio, por otro, de la misma manera que, a la inversa, cualquier interviniente puede hacer suya la acción de outro”*.¹⁹⁴

Em virtude, Kindhäuser expõe que tal seguimento não é adequado para critérios de aferição de responsabilidade, nem para a delimitação dos âmbitos de responsabilidade. Ainda que seja correto que a causalidade poderia se submeter à aferição de responsabilidade, não serve como fundamento da mesma, bem como, a mera vontade não tem como transferir o comportamento próprio em alheio, tampouco uma conduta alheia em uma própria, sendo que, não há convenção social que permita este tipo de transferência da responsabilidade.¹⁹⁵

Destarte, na literatura científica, em algumas ocasiões, é considerada a possibilidade de formação da coautoria como um “sub” pressuposto da autoria individual, sendo tal proposta atrativa, como menciona Kindhäuser à Beling e Schilling, em razão de que respeita o entendimento de que cada interveniente deve responder apenas com base em sua culpa (conforme o artigo 29 do

¹⁹² KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)*. Ibid.

¹⁹³ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. Trad. Manuel Cando Meliá. Revista Penal, nº 11, Enero 2003, pp. 53-70

¹⁹⁴ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. p. 54.

¹⁹⁵ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. Ibid.

Código penal alemão). Em consequência, se tal percepção for desenvolvida de forma radical, as contribuições alheias, do âmbito de cada um dos intervenientes, são apenas fatores causais, que cuja ajuda realiza sua intenção. O modelo é falho no âmbito dos crimes constituídos a partir de variados atos, os quais estão em uma relação final na perspectiva da parte subjetiva.¹⁹⁶

Assim, seria impossível fundamentar como ação natural realizada por uma única pessoa os crimes que são constituídos a partir do vínculo de vários intervenientes, sendo que o mais propício seria considerar tais atos como resultado de uma pessoa coletiva, como defende Lesch. Em relação a este modelo, na coautoria, a ação contrária à norma é a ação do indivíduo global que lhe é imputada por completo, na medida em que contribui para o fato, e com isto, faz parte do coletivo. Os partidários desta doutrina de indivíduo global, como Jakobs, em alguns casos, propõem requisitos muito limitados à concepção da ideia de coletivo, sendo que, existem aqueles que nem ao menos exigem um objetivo comum, considerando suficiente uma decisão unilateral de adaptação.¹⁹⁷

Kindhäuser observa que a caracterização de uma realização do tipo que seja executada em coautoria como sendo uma pessoa coletiva não pode ser utilizada como fundamentação, apenas referindo-se a uma denominação, além de que, indaga-se em relação à possibilidade de constituir a responsabilidade introduzindo um indivíduo global para posteriormente, transferir tal responsabilidade a cada um dos seus membros dependentes. Por conseguinte, a atribuição da responsabilidade em virtude da intervenção no “trabalho” comum pareceria ser adequada, mas não seria em relação à equiparação do interveniente individual no trabalho do coletivo ao fato do coletivo em seu conjunto. Este modelo, ainda que possua uma construção plausível de indivíduo global, em referência ao direito penal, unicamente a coautoria se fundamentaria por tal modelo. Ademais, a existência de crimes

¹⁹⁶ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. Ibid.

¹⁹⁷ De acordo com Kindhäuser, JAKOBS possui uma posição similar a LESCH, de que o objeto da coautoria não é um fato próprio de cada indivíduo, mas um fato imputável a um coletivo. KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. p. 55.

especiais próprios se opõe à concepção do injusto criado por uma pessoa global.¹⁹⁸

Já em relação ao modelo predominante na doutrina do direito penal, defendido por Roxin, sendo a responsabilidade pelo agir comum derivada do domínio do fato em relação ao sucesso delitivo, ou seja, uma forma qualificada de causalidade. para o autor ora estudado, materialmente, tal perspectiva, se trata de uma versão reduzida, em termos naturalistas, da doutrina do indivíduo global, que introduz elementos da solução individual ao mesmo tempo. O domínio do fato é fundamentado pela distribuição de tarefas que corresponde aos agentes como um coletivo, um domínio pelo interveniente individual por meio de uma contribuição relevante, embora reduzida. De acordo com tal posição, ao estar incorporado no domínio global, este domínio do fato reduzido seria suficiente para imputar o fato como um todo.¹⁹⁹

Nesta perspectiva, a teoria do domínio do fato pode ser reduzida à condição de que o autor constitui o fato, considerando como fato próprio o que pode ser dominado (causalmente) pelo agente. Entretanto, para um sistema normativo de imputação, como defende Kindhäuser, o domínio só poderia produzir a responsabilidade na medida em que a responsabilidade pressupõe o domínio, ou seja, o domínio é irrelevante a fim de imputação, pois o autor é determinado pelo fato. porém, se o domínio do fato é limitado pela atuação delitiva totalmente responsável de terceiros, deve-se fundamentar qual razão torna possível a responsabilidade de um interveniente estendida às contribuições fornecidas por terceiros, plenamente responsável e em igualdade de direitos em coautoria.²⁰⁰

Contudo, tal ponto da teoria é questionável, pois a intervenção de vários indivíduos na comissão de um delito é conveniente, principalmente, quando o indivíduo isolado não tem poder em realizar todo o planejamento ou execução da intenção delitiva. Além de que, também possui este domínio qualquer cúmplice, cuja contribuição é um elemento indispensável para a realização do tipo.²⁰¹

¹⁹⁸ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. p. 55.

¹⁹⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. p. 56.

²⁰⁰ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. Ibid.

²⁰¹ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. Ibid.

Portanto, Kindhäuser conclui que os critérios a serem aplicados na coautoria não podem ter natureza puramente objetiva, nem exclusivamente subjetiva. Desse modo, não é suficiente que as contribuições ao fato se adaptem umas às outras, da perspectiva objetiva, não bastando que somente um dos intervenientes tire vantagem do comportamento do outro como próprio. Com isto, a conduta objetiva dos intervenientes deve estar incorporada objetivo e subjetivamente, visto que se apresenta a cada um como um fato conjunto ao qual ele terá que responder. Esse requisito dogmático não é satisfeito com o instrumento da teoria usual da ação e da norma, uma vez que estas teorias sublinham uma marca individualista, tanto na teoria do Direito como na filosofia prática.²⁰²

Considerando que nem a dissolução da coautoria em variados fatos individuais, nem o indivíduo coletivo e, muito menos, um domínio funcional do fato, são concepções plausíveis, então, a responsabilidade pela coautoria deve ser fundamentada na representação recíproca, tendo em vista que, um mesmo comportamento deve resultar em um efeito duplo na construção da competência.²⁰³

Outrossim, a delimitação entre autoria e participação somente ganha relevância nos casos em que o risco não permitido resulta da conduta de vários indivíduos. Como demonstra a figura de imputação à autoria mediata, atribuição de competência não pode estar sujeita à execução por si próprio de um comportamento, o qual é o único integrado à descrição típica. Logo, a participação se encontra em uma posição intermediária entre coautoria e autoria acessória, incumbindo ao partícipe somente de modo mediato o risco não permitido.²⁰⁴

Aparatos organizados de poder

No cerne da possibilidade de autoria mediata por meio do uso de aparatos organizados de poder, concorda que aquele que ocupa posição hierárquica superior a um subordinado deva suportar maior responsabilidade delitiva, embora a imagem mecanicista resulta em evitar a visão da estrutura

²⁰² KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. p. 57.

²⁰³ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. p. 64.

²⁰⁴ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. p. 68.

formal da imputação. Segundo Kindhäuser, a totalidade da imputação do Direito é ordenada de acordo com expectativas normativamente estabelecidas. Isto resulta em, ainda que as formas de comportamentos incorretos de outro indivíduo não atribui responsabilidade, tampouco isenta a mesma. Logo, as formas de comportamento delitivo de vários indivíduos, ainda que se cruzem em uma organização de maneira fática, condicionando e reforçando uma a outra, não afetam a responsabilidade mínima de cada indivíduo por suas próprias ações.²⁰⁵

Assim, somente se a estrutura organizacional estiver apta a afetar a fundamentação da imputação, poderá determinar a aplicabilidade dos pressupostos correspondentes de imputação, sendo que, se o aparato de poder estiver organizado em função de um planejamento específico para concretizar a realização do tipo delituoso, uma contribuição conforme a distribuição de trabalho pode levar à representação recíproca, e com isto, à imputação do comportamento alheio como infração de dever própria, sob a forma de coautoria. ou ainda, a condução organizacional de tarefas pode fundamentar uma posição de garante da supervigilância, impedindo uma possível atividade criminosa pelos subordinados. Ademais, pode-se considerar uma interpretação da organização como meio para a determinação de outros a cometer fatos delitivos, de acordo com os pressupostos de instigação.²⁰⁶

Todavia, se as estruturas organizacionais forem invocadas para a atribuição de um comportamento alheio como próprio, na forma de autoria mediata, isto destruiria a ordem sistemática da teoria da intervenção criminal, tornando-a uma junção incoerente de formas de intervenção parcialmente sobrepostas. Se também, se considerar possível uma intervenção por autoria mediata na infração de dever de outro, o mesmo comportamento poderia representar tanto a comissão em autoria de um fato próprio, quanto uma instigação a um fato alheio.²⁰⁷

Portanto, o critério principal para a delimitação de autoria e participação deve ser fundamento jurídico-penalmente, em referencia à contrariedade de

²⁰⁵ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)*. p. 9.

²⁰⁶ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)*. Ibid.

²⁰⁷ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)*. Ibid.

um comportamento de dever, mas de acordo com o poder fático, senão, não haverá critério algum para fixar os limites entre um poder jurídico-penalmente relevante e um poder jurídico-penalmente irrelevante sobre o comportamento alheio.²⁰⁸

Concluindo que, para Kindhäuser, determinadas dinâmicas de grupos podem ser tão eficazes quanto aproveitar-se de estruturas organizacionais a fim de exercer controle sobre outros indivíduos, de tal forma que, o fundamento da autoria mediata por aparatos organizados de poder é uma construção da intervenção jurídico-penal dogmaticamente supérflua, bem como, sistematicamente inconsistente.²⁰⁹

2.3. Enrique Gimbernat Ordeig

Enrique Gimbernat Ordeig é Catedrático emérito de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid, na Espanha, desenvolvendo sua posição dogmática jurídico-penal, sendo fundamental sua teoria da imputação objetiva, bem como, a autoria e participação.²¹⁰

Quintano Ripollés expõe que Gimbernat não busca intencionalmente a originalidade, *“pero tampoco retrocede ante ella cuando estima, despues de examinar detalladadisimamente las soluciones propuestas, que ninguna de las interpretaciones dadas hasta ahora son satisfactorias”*.²¹¹

Gimbernat desenvolve sua teoria segundo a doutrina espanhola da época de sua obra em 1966, pelo art. 14, I do Código Penal espanhol, no qual era descrito que autor era o que toma parte direta na execução do fato. Contrariando a doutrina dominante, Gimbernat defendia a tese de que era a conduta do autor material que era diretamente submetida ao tipo penal do respectivo delito cometido, e que o art. 14 apenas descrevia o comportamento

²⁰⁸ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)*. Ibid.

²⁰⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)*. Ibid.

²¹⁰ Sua teoria sobre a imputação objetiva consta em GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Imputação Objetiva no Direito Penal*. Org. e trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2019.

²¹¹ Prólogo de Antonio Quintano Ripollés. In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y complice en Derecho Penal*. Madrid: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1966.

de quem não era autor, em sentido estrito, que colaboravam com atos executórios.²¹²

Em seu entendimento, a teoria do domínio do fato não seria subjetiva, nem objetivo-subjetiva, e concorda com Roxin de que a teoria do domínio do fato, por Welzel, é um desenvolvimento da teoria subjetiva. Contudo, entende-se tratar de uma teoria objetiva, de acordo com Maurach, de quem tem o domínio do fato pode agir com a sua vontade, seguirá tendo o domínio do fato, enquanto, aquele que não é titular do domínio do fato, mesmo que tenha vontade de autor e queira o fato como próprio, não possuirá o domínio do fato que anteriormente não teve.²¹³

Destarte, o Código Penal espanhol de 1995 equipara a figura do autor mediato ao autor em sentido estrito (o que tem a conduta submetida no tipo penal). Gimbernat esclarece que, à época, concordava com a utilizada da teoria do domínio do fato para a autoria mediata, no entanto, em razão da extensão da autoria mediata, não concordaria novamente, considerando que, quanto à autoria mediata, o Código penal não esclarece nada sobre o domínio do fato, apenas que realiza o fato por meio de outrem, do qual se serve como instrumento. Estaria mais apto ao Código determinar, além da instigação e da cooperação necessária, se pode afirmar que o homem de trás instrumentalizou o autor imediato para cometer um crime.²¹⁴

A teoria da instigação para responsabilizar o homem de trás da organização criminosa seria adequada ao ordenamento brasileiro, em tese, já que as leis não exigem do instigador a participação direta na execução do fato criminoso.²¹⁵

Para Bitencourt a instigação se trata de uma forma de participação moral em que o partícipe atua pela vontade do autor, seja induzindo para que surja nele a vontade de cometer o crime, ou estimulando a ideia existente, que é a instigação propriamente dita, mas, de qualquer modo, contribuindo

²¹² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Imputação Objetiva no Direito Penal*. p. 119.

²¹³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y complice en Derecho Penal*. p. 125-126.

²¹⁴ Em razão do Código penal espanhol, todos que intervêm na realização do fato, que não são autores (em sentido estrito e mediato), serão partícipes, sendo que o Código no art. 28 diferencia estes com atos executórios, atos de indução, atos preparatórios, cooperação necessária e cumplicidade. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Imputação Objetiva no Direito Penal*. p. 128.

²¹⁵ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas. *Revista Jurídica da ESMP* - ano 3, n.º 1, jan./jun., 2004. p. 60.

moralmente para a prática do crime. A lei penal brasileira se isola das demais legislações, pois não define a figura da participação. Diferentemente, em Portugal, o instigador é tido como aquele que determina outrem à prática do fato delitivo, sendo que o art. 26 do Código Penal português o pune como autor, tal como a legislação alemã e espanhola.²¹⁶

Por isto, Gimbernat se posiciona favoravelmente à teoria da instigação ou cooperação necessária, ou seja, quando o crime cometido diretamente pelos subordinados seja o resultado do plano elaborado ou favorecido pelos membros pode-se recorrer à instigação ou a cooperação.²¹⁷

Em relação ao caso Eichmann, Gimbernat nega o domínio do fato, como demonstra Ambos, em decorrência de que, os autores seriam os executores do fato, possuindo maior energia criminal que dos homens de trás. Já em referência aos últimos, seriam apenas instigadores, sendo que, os intermediários que transmitem suas ordens criminais são cúmplices. Assim, um intermediário ao Eichmann, em uma posição hierárquica alta ou média, seria indutor quando mudasse a ordem recebida, provocando algum excesso na organização, embora não acredite que sua posição seja satisfatória.²¹⁸

Em decorrência, Gimbernat ressalta que os crimes de guerra, estatais e cometidos por organizações não podem ser delimitados corretamente apenas do ponto de vista dos critérios que norteiam o fato individual. Do mesmo modo, qualifica como instigação a atuação dos homens de trás em maior grau no aparato de poder, a qual possui a mesma pena do autor material.²¹⁹

Assim, a qualificação correta para os membros intermediários, os quais transmitem a ordem de morte, é a cumplicidade, não se tratando de uma instigação em cadeia. O executor não atuava em razão da ordem transmitida pelo sargento militar, mas sim porque sabia que seria a vontade de Hitler, além de que, se este sargento atuasse por conta própria (inimigo pessoal), fora do plano, na comissão de assassinatos, é provável que o autor material haveria negado a atuar. Para o autor espanhol, o único caso em que um membro

²¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito penal, 2000. p. 387. apud LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. Ibid., p. 59.

²¹⁷ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista penal*, nº 9. 2002. p. 117.

²¹⁸ AMBOS, Kai; ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Autoria y participación. La responsabilidad penal del superior hierárquico*. Ciudad del Mexico: Flores Editor, 2017. p. 64.

²¹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y complice en Derecho Penal*. Ibid., p. 176.

intermediário possa ser responsabilizado como autor (autor por instigação) seria quando sua ordem se desvia do plano estabelecido e inclua vítimas de mortes imprevistas, pois a ideia parte do mesmo, ele que convence e ele que induz.²²⁰

Gimbernat desenvolve a qualificação de autor mediato, em virtude de erro, de coação, e o uso de inimputável, em virtude de que, a figura do autor mediato predominante na Alemanha possui dificuldades em sua fundamentação. Com isto, nos delitos de resultado, sendo aqueles em que se proíbe a causação do resultado no tipo, sem identificar qual atividade é necessária para tanto, não há grandes questões sobre a justificação da autoria mediata.²²¹

A problemática reside no caso de o legislador especificar, além do emprego de um verbo que busque a produção do resultado, a atividade que deve ser desenvolvida por meio da qual produzirá o resultado. Ou seja, a definição legal existe, acrescentada a uma determinada intenção, em virtude de que para imputar o autor mediato como instigador ou cooperador necessário ao fato, é essencial que o fato ocorra.²²²

Desse modo, nos delitos de resultado previstos no Código penal espanhol, especifica-se a atividade que deve causar a lesão do bem jurídico, suas consequências de que o autor mediato não seria um autor propriamente são concepções aceitáveis de um ponto de vista da justiça material. Gimbernat opina para que a conduta do autor mediato será incluída nos casos, de acordo com o art. 14, nº 2 e 3 (induzir diretamente outros a executar algo), quando o executor percebeu que realizava o delito, em razão da utilização de um menor, ou porque atuava sob coação, ou ainda, em virtude de erro.²²³

Já em relação aos delitos especiais de resultado, compreendo a autoria mediata do *intraneus*, é norteado pelo mesmo ponto de vista dos delitos comuns de resultado. A conduta do autor mediato *intraneus* somente poderá ser punida baseada no tipo especial submetido a ele diretamente, sendo que, nos demais casos, será qualificado como instigador ou cooperador necessário ao delito comum realizado pelo autor imediato, ainda que sua conduta fosse

²²⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y complice en Derecho Penal*. p. 192.

²²¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y complice en Derecho Penal*. p. 222.

²²² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y complice en Derecho Penal*. p. 223-225.

²²³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y complice en Derecho Penal*. p. 224.

mais reprovável do que na hipótese de ter realizado o tipo diretamente. Neste desiderato, Gimbernat qualifica sua fundamentação na observância do princípio da legalidade, pois os argumentados considerados pela doutrina dominante, no âmbito da justiça material, não podem justificar uma inobservância de tal princípio.²²⁴

Nos delitos de mão própria somente será autor em sentido estrito quem realiza a atividade típica, podendo também imputar sujeitos denominados pela doutrina de autor mediato como instigadores ou cooperadores necessários ao delito.²²⁵

Quanto aos casos de delitos empresariais, observado por Pérez-Cepeda, de intermediários que transmitem ordens por meio da estrutura hierárquica entre o empresário ou Conselho de Administração e o subordinado, Gimbernat, que rechaça a instigação em cadeia, defende que quem dirige a empresa é indutor pois é deste que surge a ideia do delito e qual seria a melhor maneira de executá-lo, respondendo os intermediários transmissores de ordens como cúmplices, em razão de seu comportamento acessório aos demais membros da organização.²²⁶

Portanto, remodelando em parte sua posição, rebatizando sua teoria como de atos não-neutros, Gimbernat propõe uma definição de autores e partícipe em função do Código penal espanhol, sendo autor em sentido estrito (principal) quem tenha conduta diretamente submetida no tipo correspondente da Parte especial, independente da realização da conduta típica por outros partícipes através de atos executórios. Por autor mediato, considera quem realiza o fato por meio do autor em sentido estrito, utilizado como instrumento. Assim, todos os demais participantes no fato delitivo são partícipes. Partícipe executório seria aquele que auxilia o autor em sentido estrito na realização do delito, sem que sua conduta seja diretamente submetida no tipo penal em questão, com atos executórios. Já por indutor, seria o indivíduo que instiga no autor principal a decisão de cometer um crime. Quanto ao cooperador necessário, se refere ao partícipe que contribui por meio de atos preparatórios que são equivalentes ao ato não-neutro (ato não-cotidiano), ou seja, de caráter

²²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y complice en Derecho Penal*. p. 240.

²²⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y complice en Derecho Penal*. p. 300.

²²⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación*. *Ibid.*, p. 118.

criminoso. Por último, a contribuição do cúmplice com o autor principal, diferentemente, consiste em um ato preparatório, o qual é um ato neutro (ato cotidiano).²²⁷

Como exposto, poderia ser aplicável ao ordenamento brasileiro visto que não há nenhuma disposição legal que preveja o contrário. Logo, será demonstrado as incongruências decorrentes da aplicação da teoria do domínio do fato no ordenamento brasileiro, já que a teoria de Roxin seria insuficiente, inclusive, para os crimes empresariais, na qual se observa uma crescente adoção pela jurisprudência para identificar autores em delitos comissivos empresariais, bem como, se comportam as empresas como organizações.

²²⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Imputação Objetiva no Direito Penal*. Ibid., p. 139.

3. APLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO ÀS EMPRESAS E CASO CONCRETO

Ainda que seja evidente a inconsistência da teoria do domínio do fato final do fato de Welzel, o qual é dominante no ordenamento jurídico-brasileiro, e da incompatibilidade da teoria do domínio do fato de Roxin, em razão de sua própria explanação, em alguns casos, se observa que os tribunais nacionais utilizam de tal concepção para delimitar a autoria imediata, mediata e a coautoria. Este fenômeno, tal como, presenciado pelo Supremo Tribunal Federal alemão, gerou uma heterogeneidade dos critérios dogmáticos utilizados.

3.1. Teoria do Domínio do Fato no ordenamento brasileiro

O Código Penal brasileiro de 1940, inspirado pelo Código italiano de 1930, contrariando diretrizes do Código Criminal de 1830 e Código Penal de 1890, determinou, pelo antigo artigo 25, de base causal, o sistema unitário de autor, que quem, de qualquer modo, concorrer para o crime incide nas penas a este cominadas, além de, conforme art. 11, o Código adotara a teoria da equivalência dos antecedentes. Conforme Batista, em relação ao concurso de agentes, resultou na parificação legal dos agentes delitivos, no tratamento legal da causalidade.²²⁸

Outrossim, o Código Penal de 1940 representava, através de Nelson Hungria, o maior exemplo de tecnicismo jurídico no Brasil, o qual afirmava que a ciência penal, em torno do problema da criminalidade, não poderia ter como objeto uma indagação experimental, e sim, apenas a exegese do direito positivo, da pesquisa, bem como, a formulação dos respectivos princípios

²²⁸ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. p. 16. DOTTI, René Ariel. O concurso de pessoas. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, nº 5 (1-2), jan./dez., 1981, p. 75; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 261. FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A codelinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky Editor, 1976. p. 3.

gerais. Além de que, Hungria, por meio da Comissão Revisora do projeto de Código Penal, retificou metodologicamente desvios e a confusão inclusos no estudo do direito penal pela Escola positiva, a qual teve enorme repercussão nacional desde o início do século passado.²²⁹

Ademais, Dotti ressalta o trabalho de Fragoso, o qual, “constitui valioso subsídio para os juristas e os historiadores, não somente pela precisão das informações técnicas, como também pela qualidade científica da abordagem” em relação a temas como causas de exclusão da culpabilidade, reincidência, tal como, a autoria e participação.²³⁰ Ainda, Hungria afirmava ser uma teoria monística, na qual qualquer participação para o delito, é concausação do resultado antijurídico, a exemplo do Código italiano.²³¹

Opostamente à doutrina dominante consolidada no Código Penal de 1940, em 1956, Aníbal Bruno de Oliveira Firmo se manifestou acerca do concurso de pessoas, identificado as incongruências da causalidade como fundamentadora da delimitação de autoria, antecipando aspectos que seriam utilizados pela doutrina alemã anos depois.²³²

Bruno acentua que a adesão do Código brasileiro à teoria da equivalência, reduziu o instituto da autoria e participação a uma fórmula extremamente simples, pois, haveria a mesma consequência penal a qualquer um que concorreu ao fato punível, tornando todo colaborador em autor. Logo, todos possuem a equivalência de responsabilidade. Neste desiderato, a problemática da coautoria estaria presa ao objeto que se adote à causalidade, suprimindo a existência de categorias distintas entre partícipes.²³³

Sua maior inovação no contexto brasileiro, à época, se deu pela exposição da possibilidade de divisão de tarefas pelos autores, ou ainda,

²²⁹ FRAGOSO, Heleno. Nota explicativa In HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 12.

²³⁰ DOTTI, René Ariel. Heleno Fragoso e a reforma penal. In: ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de (org.). *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 526.

²³¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do delito de Aníbal Bruno. In: AMBOS, Kai; MENDES, Paulo de Sousa, et al. *O passado e o futuro na teoria do delito de Aníbal Bruno*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 112.

²³² ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do delito de Aníbal Bruno*. p. 113.

²³³ O autor ressalta a existência de autores causalistas, que não distinguem causa e condição, mas reconhecem diferentes graus na codelinquência, que distinguem autoria e participação, sendo o maior sustentador da teoria da equivalência das condições, von BURI. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – parte geral*. v. 1, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 258.

quando um individuo coopera na obra do outro, sem acordo, mas com consciência de tal cooperação.²³⁴

Alflen pontua, corretamente, o vínculo entre Bruno e Welzel, pela exposição da ideia de divisão de tarefas, quando da redefinição da coautoria. Ao fazer menção de que um coopera na obra de outro, mas com consciência, Bruno conservou a ideia da realização do fato como próprio e a participação em fato alheio, sendo uma das premissas fundantes da teoria subjetiva.²³⁵

Portanto, as ideias de Bruno convergiam com as Mezger, no sentido de uma orientação ontológica, na qual Mezger expõe que uma sensibilidade jurídica mais apurada não iria conceber a punição equivalente de todos os concorrentes, e sim, distinguirá precisamente as diversas formas de participação no fato punível, assim como, sempre será punível aquele que causou o resultado mediante sua própria ação.²³⁶

Observa-se que a lei penal brasileira adotou a teoria unitária de autor, no entanto, no entendimento de Cirino dos Santos, a inclusão legal de critérios que distinguem autor e partícipe transforma o paradigma da teoria unitária em diferenciador, na prática jurídica, sendo possível a adoção da teoria do domínio do fato, já que restaria compatível com a Exposição de Motivos contidos no Código Penal de 1940.²³⁷

Alflen refere a teoria unitária temperada apresentada por Mestieiri, na qual, apesar do legislador adotar o sistema unitário de autor, compreende-se como subentendido que tal sistema não seria incompatível com as diferentes formas de autoria e participação, pois ainda que a legislação não apresente conceitos, definiu alguns critérios. Contudo, tal teoria unitária temperada seria apenas uma nova denominação para uma concepção peculiar, já que não se trata de uma nova teoria. Isto, se deve ao fato de que, à época, a doutrina brasileira não possuía o conhecimento da distinção entre sistema unitário formal e sistema unitário funcional desenvolvido por Diethelm Kienapfel, em 1971.²³⁸

²³⁴ BRUNO, Aníbal. p. 257.

²³⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do delito de Aníbal Bruno*. p. 117.

²³⁶ MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo II, v. XIII. Madri: Editorial Revista de Derecho privado, 1935. p. 242.

²³⁷ O autor critica e rechaça o sistema unitário de autor. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 277.

²³⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. Ibid., p. 168.

A partir da reforma no Código Penal brasileiro em 1984, o legislador manteve o art. 29, que refere-se à medida de sua culpabilidade; no art. 31 consolidou a acessoriedade da participação, no qual “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”, além de incluir a indução, instigação e auxílio nos arts. 62, II e III, e 122. Do mesmo modo, ainda não estabelecido, o Código traz a autoria mediata quando, no art. 62 dispõe que, “a pena será ainda agravada em relação ao agente que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agente”, ou ainda, o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”; além da autoria imediata (direta), art. 62, IV, sendo autor aquele que “executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”.²³⁹ Ainda, em relação à coautoria, no art. 16 da Lei nº 8.137/90, prevê a quadrilha ou coautoria e partícipe, tal como o art. 25 da Lei nº 7.492/86, e quanto ao parágrafo único do art. 3º da Lei nº 9605/98, “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato”.²⁴⁰

Portanto, se mostra essencial a diferenciação de cada modalidade de autoria e participação, as quais são resultado do sistema adotado, tendo em vista que, cada modalidade do concurso de pessoas terá sua pena graduada conforme sua contribuição ao fato típico.

Para Cirino dos Santos, seria adequada a teoria do domínio do fato para definir as contribuições à realização do fato típico, consideras entre autoria e participação, ainda que tal teoria adote um conceito restritivo de autor.²⁴¹

Da mesma forma, quanto à teoria do domínio do fato de Roxin, em relação ao sistema unitário de autor, Batista afirma que ao direito penal

²³⁹ BRASIL. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 10/12/2019.

²⁴⁰ BRASIL. LEI Nº 9.605/98. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm Acesso em 10/12/2019.

²⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 276.

brasileiro “nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério para os crimes comissivos dolosos”.²⁴²

No entanto, ambos doutrinadores cometem confusões dogmáticas, como explicita Alflen, entre outros pontos, Batista refere que autor direto é quem possui o domínio da ação, desenvolvido por Roxin, e que o domínio do fato seria somente o elemento geral do autor, recorrendo a teoria de Welzel, de que outros elementos especiais da autoria seriam agregados. Tais concepções não podem ser utilizadas de forma sobreposta, já que na teoria de Roxin, o domínio do fato é o único elemento para determinar a autoria. Quanto ao Cirino dos Santos, ao comentar sobre a coautoria, vincula os critérios da realização comum, criado por Welzel, adicionado ao domínio funcional do fato, categoria desenvolvida por Roxin. Assim, nas mesmas incongruências, Greco, Galvão e Mayrink da Costa.²⁴³

Destarte, Régis Prado, assumido finalista, em sua exposição, confunde critérios de Welzel, Maurach e Roxin, iniciando com o domínio final do fato, terminando com o domínio da vontade como sendo autoria mediata e direto, desprezando a base tripartida teórica de Roxin. Em consequência, a ausência de um referencial teórico-dogmático dificulta a melhor interpretação do domínio do fato pelos tribunais, tendo em vista que, assim como não há uma unissonância sobre o tema no Tribunal alemão, os tribunais brasileiros divergem quanto ao conteúdo, sendo a utilização de Welzel ou Roxin.²⁴⁴

Ademais, Callegari, em sua obra acerca do Direito Penal econômico e do crime de lavagem de dinheiro também comete erros do mesmo sentido. Primeiramente, refere-se sobre uma “troca” do sistema unitário de autor pelo sistema restritivo da doutrina majoritária brasileira, quando não há como se dizer que se trocou um sistema de autoria por outro, tendo em vista que não houve nenhuma mudança legislativa. Ainda, alega, para aplicar a autoria no crime de lavagem de dinheiro, “como a doutrina brasileira segue, em regra, os conceitos elaborados pela doutrina alemã a respeito do domínio do fato, considera autor aquele sujeito que possui o domínio final do fato”, demonstrando

²⁴² BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. p. 73.

²⁴³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do Domínio do fato na doutrina e jurisprudência brasileira - Considerações sobre a APn 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal*. Ano 2 V. 2 Nº2, dez., 2014. p. 142-143.

²⁴⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do fato na doutrina e jurisprudência brasileira - Considerações sobre a APn 470 do STF*. Ibid., p. 143.

através de domínio final que se refere à teoria de Welzel, a qual não é mais unanimidade nem dominante no ordenamento alemão. Logo após, ao comentar sobre a coautoria, descreve que serão autores diretos todos que participam do grupo destinado à lavagem de dinheiro, “desde que tenham o domínio funcional do fato, ou seja, que possuam em conjunto as rédeas da situação sob as suas mãos e que falta de um deles impeça o êxito da operação de lavagem”.²⁴⁵

Percebe-se a junção de autor direto quem tenha o domínio funcional do fato, embora tal domínio seja pela coautoria, desenvolvido por Roxin. No entanto, em nenhuma parte de sua obra cita a teoria do domínio do fato criada por Roxin, mesmo tratando da coautoria como domínio funcional a todo instante. Além disto, possuir nas mãos o decorrer da realização do tipo estendida ao dolo é uma concepção de Maurach, além de incluir a concepção de Welzel, pois utiliza os dois critérios (planejamento conjunto e divisão de trabalhos), desenvolvidos por Welzel para caracterizar a coautoria, ignorando os três pressupostos de Roxin. Também não parece claro a intenção do autor, quando o mesmo expõe “o fundamento da coautoria reside também no domínio final do fato, mas agora no domínio funcional do fato”, ainda que em nenhum momento exponha, além dos critérios citados, o da prática de uma contribuição essencial à etapa da execução, elaborada por Roxin.²⁴⁶

Para Souza e Japiassú, a teoria finalista de Welzel contida na doutrina e legislação dominante brasileira, apesar de ter o mérito de superar a concepção mecanicista e artificial do causalismo, apresenta alguns déficits. O núcleo da ação final não se adequaria ao crime omissivo e culposo, além da teoria possuir uma excessiva subjetivação, na qual há uma preponderância da vontade sobre o resultado, sendo inaceitável que considerem o resultado como mera condição da punibilidade de ação. Ainda, observou-se uma problemática metodológica da concepção de Welzel, em virtude da dificuldade em condicionar uma ciência normativa à ideia pré-normativa (ontológica) das estruturas lógico-objetivas, pois “o ser (o mundo real) é e sempre será aquilo

²⁴⁵ Para exposição completa do autor: CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 202.

²⁴⁶ CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. p. 203.

que os homens, com suas normas, suas leis, com sua organização social, entender que deva ser. A valoração do real é inerente à ciência jurídica”.²⁴⁷

Na concepção de Figueiredo Dias, a teoria finalista possui um pretensão ontologismo, que é a sustentação do sistema, o qual resultaria em um sistema imutável, contudo, se desenvolveu como um inflexível conceitualismo, restando poucas opções político-criminais do legislador, bem como, à atividade concretizadora do intérprete e aplicador.²⁴⁸

Portanto, como já exposto, Roxin rechaça a aplicação de sua teoria do domínio do fato em um sistema unitário e extensivo de autor, pois sua construção é baseada no sistema diferenciador, de tal modo que, seria inaplicável sua teoria à ordem jurídica vigente.

Como fundamento decisivo para a imputação, Schünemann ressalta que, a fim de proteger bens jurídicos pela ideia de domínio do resultado, deve-se considerar que todo indivíduo domina seu próprio comportamento, não tratando do erro especificamente, no qual o domínio sobre o próprio movimento corporal serviria de fundamento do resultado para fundamentar a posição de autor na estrutura mais simples do delito. ainda, desenvolve que sua posição seria adequada a todos os tipos penais no Código penal, pela autoria direta ou mediata.²⁴⁹

O critério do domínio sobre o fundamento do resultado, para crimes comissivos e impróprios de omissão como a característica mais geral do conceito tipológico da autoria alcança os fins dos delitos especiais. Schünemann considera esta categoria geral, que se subdivide no domínio sobre a situação de desamparo do bem jurídico, e o domínio sobre uma causa essencial ao resultado, resultando em uma direção lógico-objetiva da classificação.²⁵⁰

Para Figueiredo Dias, a autoria mediata, que se apresenta como uma figura de um autor moral ou intelectual, a partir da concepção de Roxin, teria

²⁴⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 125.

²⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral. Tomo 1: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 246.

²⁴⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 75, p. 13-26.

²⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría*. p. 25.

entrado em crise em razão de que se começou a utilizar o domínio do fato como o uma categoria-chave da autoria, único elemento de imputação.²⁵¹

Figueiredo Dias diverge de Roxin e da figura da autoria mediata ao preferir o instituto da instigação, como Schroeder. Para tanto, expõe que não utiliza do critério de autoria moral ou intelectual, pois defende que a ideia de autoria mediata termina onde a instigação inicia, em função do princípio da auto-responsabilidade, a qual estipula que, no âmbito da autoria mediata, todas as hipóteses em que entre a conduta do homem de trás e o delito se interponha a atuação do instrumento plenamente responsável.²⁵²

Ademais, em relação à autoria mediata, se trataria de domínio social, e não domínio da vontade, tendo em vista que o homem de trás não tem como possuir a vontade do instrumento, e o domínio social é representado pelo controle da realização, interrupção ou continuidade da ofensa ao bem jurídico, por via de um instrumento, conforme Alflen.²⁵³

Stübel, por sua vez, já reconhecia a importância do instrumento para caracterizar a autoria mediata e a possibilidade de ser punível, assim como Köstlin.²⁵⁴

Ainda que, Roxin tenha delimitado que o instrumento seria impunível, no desenvolvimento do domínio pela organização, tal hipótese é prevista. De mesmo modo, a legislação brasileira comporta as opções de que o instrumento pode ser tanto punível, como impunível, ambos no art. 62 do Código Penal.

A autoria mediata que se baseia no domínio social, necessita da existência de uma segurança por parte do homem de trás de seu evento delituoso, quanto à produção do resultado por parte do instrumento, o qual deve estar predisposto ao fato. isto posto, não há como se abordar o instrumento punível se a disposição do mesmo não existir antes da realização do fato típico, como sustentado também por Schroeder. Esta base é conferida pela comparação da autoria mediata pelo uso de instrumento impunível, na

²⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral. Tomo 1: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. p. 776.

²⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral. Tomo 1: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. p. 777.

²⁵³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. p. 211.

²⁵⁴ STÜBEL, Cristoph Carl. Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen. Apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. Ibid.

qual é comprovada que o poder de condução do homem de trás é assegurado, em virtude da atuação deficitária do próprio instrumento.²⁵⁵

Por conseguinte, o critério decisivo para a fundamentação do instrumento punível é a disposição ao fato, ou seja, o instrumento necessita ser capaz, que atue de forma dolosa, praticando condutas materiais direcionadas à produção do resultado. Observa-se que tal critério não seria suficiente para caracterizar o domínio do autor mediato, tendo em vista que analisaria se a disposição ao fato deve se dar de forma condicionada ou incondicionada. Assim, o controle da realização do resultado típico, que é ofensivo ao bem jurídico, permanece sob o autor mediato.²⁵⁶

Em relação à jurisprudência, as decisões são bastante divergentes, tanto pelo resultado, quanto pela fundamentação da materialidade da autoria, por tal razão não há uma concepção predominante. Por exemplo, os crimes empresariais possuem fundamentações incongruentes, além de que, os magistrados utilizam como base de sustentação a jurisprudência de casos de crimes cometidos em organizações complexas, como o “Mensalão” na Ação Penal 470, bem como, as recentes condenações no âmbito da Operação Lava-Jato, de empresas como Odebrecht e Queiroz Galvão.

A título exemplificativo, uma apelação criminal nº 5008561-02.2017.4.04.7204, julgada no Tribunal Federal da 4ª Região, que trata de crime contra a ordem tributária, no qual os denunciados foram condenados pela prática do crime previsto no artigo 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90, o de omitir ou prestar falsa informação às autoridades fazendárias, condenados em primeira instância.²⁵⁷ Quanto ao voto do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, deduz, para a subsunção de determinada conduta no tipo penal, necessário que haja redução ou supressão do tributo mediante emprego de fraude, o que foi constatado. A problemática reside na fundamentação da materialidade e autoria, transcrevendo que “De fato, a responsabilização criminal daquele que não atua nos atos finais dos crimes contra ordem tributária, como no caso ora analisado, com razão é muito debatida da doutrina e na jurisprudência. Por todos os julgados, pertine fazer referência ao

²⁵⁵ SCHROEDER, Friederich-Christian. Der Täter hinter dem Täter apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. Ibid.

²⁵⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. p. 222.

paradigmático julgamento da Ação Penal nº 470/STF (caso "Mensalão"), tratado como teoria do domínio do fato. Daquele precedente, faço uso das considerações lançadas pela e. Ministra Rosa Weber”.

A decisão utilizada como parâmetro da ministra Rosa Weber na condenação do Banco Rural contém um aglomerado de conceitos, na qual ela inicia que o domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Welzel, chegando a citar crimes de guerra, para uso do domínio por organização, além de conduzir a uma responsabilidade objetiva da empresa quando afirma *“Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais”, concluindo que no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra.*

A ministra ainda fala de teoria do domínio final da ação (Welzel), utilizando a doutrina de Roxin sobre coautoria (ainda que esteja falando do “homem de trás”) e Jakobs, sem nenhuma diferenciação entre eles, o que se considera erros grosseiros, visto que cada doutrinador possui sua doutrina a respeito, bastante divergentes umas das outras.

Pior equívoco, se afastando cada vez mais do rechaço da aplicação do domínio do fato às empresas por Roxin, o desembargador continua afirmando, e o mesmo utiliza as mesmas fundamentações em diferentes processos, que a teoria do domínio do fato deve ser aplicada no caso de crimes cometidos por altos dirigentes de entidades empresariais na sua espécie conhecida como domínio das organizações. Afirma que, diferentemente da teoria do domínio do fato, cujo intuito principal é distinguir de maneira precisa as figuras do autor e do partícipe, a teoria do domínio da organização, também desenvolvida por Roxin, “situa-se como forma autônoma de autoria mediata, em que o líder da organização, dotado de poder de mando (“homem de trás”), determina a prática delitiva, podendo ser responsabilizado por esta”.

Por conseguinte, como a teoria do domínio por organização seria diferente, ou uma forma de autoria à parte da teoria do domínio do fato de Roxin, quando na verdade o domínio por organização se trata de uma das modalidades de autoria para o domínio do fato desenvolvido por Roxin, afirmando que o agente não teria propriamente “o domínio do fato”.

Em realidade, a condenação baseia-se essencialmente na presunção advinda do contrato social.

3.2. Aplicabilidade nas empresas

Há uma grande discussão acerca da possibilidade da teoria do domínio da organização ou dos aparatos organizados de poder ser usada para fundamentar a punição como autor, dos dirigentes que, em crimes comissivos, direcionam ordens delitivas a serem executadas por funcionários em uma estrutura organizacional ou empresária lícitamente estabelecida.²⁵⁸ Apesar dos tribunais admitirem essa possibilidade, parte da doutrina, assim como, o próprio Claus Roxin, rechaçam essa transposição teórica²⁵⁹. A consequência de tais incongruências doutrinárias é a ausência de um posicionamento pacífico nos tribunais, identificando uma progressiva consagração da figura da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder, notadamente em casos de criminalidade empresarial.

Lembrando que a teoria do domínio da organização, denominada autoria de escritório, se refere a uma forma de autoria mediata, cuja peculiaridade reside em que o autor imediato, quando não há domínio da coação ou do erro, agindo livremente e com fiel representação da realidade, é penalmente punível com o autor mediato.²⁶⁰

Tal teoria foi concebida, em razão dos aparatos organizados de poder à margem do Direito, geralmente estatais (organizações estatais arbitrárias), que funcionariam de modo automático, ou seja, independentemente da identidade de seus membros.²⁶¹

²⁵⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*. Ibid. p. 341.

²⁵⁹ ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. Ibid., p. 86 e ss.

²⁶⁰ DUTRA, Bruna M. Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: *Inovações do Direito Penal Econômico – contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Org. Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 223.

²⁶¹ DUTRA, Bruna M. Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. p. 224.

Em relação à aplicabilidade aos chefes de empresas econômicas, Roxin ressalta que o Supremo Tribunal Federal alemão (BGH) adotou tal possibilidade, mesmo indo de encontro a sua reprovabilidade e de grande maioria, pois tal tribunal estaria desnorteando seus critérios, não podendo identifica-los de igual maneira.²⁶²

Tal desvirtuamento se deu em razão de que a jurisprudência que estende o domínio da organização, tornou-se possível porque o *BGH* emitiu uma resolução em que recorre a outros dois outros critérios para fundamentar a autoria mediata, os quais são o homem de trás se aproveita da disposição incondicional da pessoa que age de forma imediata à realização do tipo, bem como, que deseje o resultado como consequência de seu próprio desempenho. Ocorre que, o primeiro critério advem do entendimento de Schroeder, o qual Roxin ressalta sua rejeição completa pela literatura científica, acrescentando que não há indicações de que os empregados de empresas estejam mais determinados a realizar crimes do que outros seres humanos no âmbito de empresas que trabalham conforme a lei.²⁶³

Sobre o segundo critério determinado pelo tribunal, é racionalizado devido à teoria subjetiva não ser compatível com a doutrina do domínio do fato e, além disso, é inútil em face de sua fórmula sem conteúdo. Assim, não parece adequado que os chefes em empresa gostariam que os fatos puníveis de seus empregados fossem resultados de sua própria atuação, seria um argumento muito vazio para Roxin. Sua preferência seria de que os “diretores” desejariam os fatos criminosos como consequência da atuação dos próprios funcionários.²⁶⁴

Em razão do rechaço da aplicação da autoria mediata pelo domínio da vontade por meio de aparatos de poder, Roxin recorreu à figura jurídica dos delitos de dever, já existente por Tiedmann e Bottke, fundamentando “*com seu auxílio a autoria dos membros da direção, na medida em que se lhes atribui a posição de garantidores em defesa da legalidade dos atos da empresa*”. Roxin ilustra essa nova categoria delitiva sob as hipóteses dos deveres dos funcionários públicos nos crimes contra a administração pública, dos deveres

²⁶² ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. p. 90.

²⁶³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Ibid., p. 123.

²⁶⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 123.

de sigilo exigidos a algumas atividades profissionais, bem como, dos deveres inerentes ao cargo de gestão empresarial.²⁶⁵

Roxin desenvolve que a extensão do domínio por organização às empresas da figura de autor mediado em virtude de aparatos organizados de poder pela jurisprudência está demasiado distante de sua teoria, pois, neste caso, falta o pressuposto geral ao domínio por organização da permutabilidade dos executores, da mesma maneira que ocorre nas organizações desvinculadas do Direito. Entretanto, se uma empresa que participa de tráfico econômico dentro da estrutura do sistema jurídico, um chefe específico de sessão incentivar um funcionário a cometer algum tipo de falsificação, se realizado, seria visto como um indutor do ato cometido como autor pelo empregado por que entende que os empregados não são obrigados a cumprir ordens ilegais.²⁶⁶

Rechaçando a autoria mediata neste caso da criminalidade empresarial, Schünemann propõe uma coautoria, já que o autor principal possui uma posição de garante, e devido à sua contribuição ativa à ação conjunta alcançaria um maior domínio do fato, do que as contribuições a serem qualificadas como instigação e participação na omissão somente seriam concebidas adequadamente por meio de uma penalidade por coautoria.²⁶⁷

Outrossim, Muñoz Conde, observa que cada vez mais os crimes cometidos no âmbito empresarial ocorrerão em face da globalização, de modo que haja uma irresponsabilidade organizada causando impunidade, inclusive jurídica, pois os fatos cometido no âmbito de tais organizações ficam à margem do Direito penal, sendo que, os poucos em que é possível a exigência de uma responsabilidade penal, acaba recaindo sobre personagens secundários, e nunca sobre os autênticos responsáveis. Ainda, em razão de que a ideia que está enraizada na imagem de autor dos delitos tradicionais contra a vida, há a percepção de que o executor material direto do fato seria o próprio responsável pela empresa.²⁶⁸

²⁶⁵ ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. p. 91.

²⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. p. 121.

²⁶⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoria mediata. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, nº 75, 2004, págs. 41.

²⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico...Ibid.*, p. 75.

Em concordância, Pérez-Cepeda afirma que, geralmente, os dirigentes empresariais, os quais permitem, dão ordem para um fato delitivo, não são aqueles que são parte ativa na execução.²⁶⁹

Enquanto Muñoz Conde apresenta a visão de imputação criminal aos dirigentes empresariais a título de coautores com os executores diretos, Pérez-Cepeda concorda com tal posicionamento da coautoria quando da hipótese de que a execução do plano delitivo é cometida por alguém que seja membro do órgão diretor. No entanto, diverge nos casos em que o delito é cometido diretamente por um subordinado que não participou da decisão delitiva, aduzindo que não se trata de coautoria, já que não há decisão conjunta, nem uma estrutura horizontal (a estrutura hierárquica de uma empresa não garante o cumprimento automático de ordens), e sim, seria caso de indução pelos superiores, embora seu entendimento persista uma lacuna de punibilidade nos crimes próprios.²⁷⁰

Por isto, Muñoz Conde defende que, como a dogmática jurídico-penal conseguiu superar inadequações da teoria objetivo-formal para fundamentar a responsabilidade direta do autor mediato, através da teoria do domínio do fato, deveria também, realizar uma revisão do conceito de autoria, mediata ou coautoria, adaptando-a à realidade da fenomenologia criminal dos delitos praticados no contexto de grandes grupos ou organizações. O problema dogmático consiste, então, em encontrar um critério material que permita atribuir aos dirigentes empresariais a qualidade de autor em sentido estrito.²⁷¹

Corretamente, fundamenta que não se deve apenas localizar a estrutura e modo de funcionamento da organização, mas observar também a própria natureza do delito, ou seja, não parece similar, a ponto de utilizar os mesmos fundamentos, a realização de um atentado terrorista, ou genocídio, por meio de um aparato de poder estatal do que um delito societário de administração fraudulenta no âmbito de uma sociedade empresarial.²⁷²

²⁶⁹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista penal*, nº 9. 2002. p. 106.

²⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico...* Ibid., p. 75.

²⁷¹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación*. p. 120.

²⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico...* p. 76.

Considerando a autoria mediata como domínio social, conforme Alflen, quando a problemática para aferir a autoria mediata do gestor, no caso de um executor punível (art. 62, III, Código Penal brasileiro permite a figura do instrumento punível), para não resultar em coautoria ou indução, assenta na disposição condicionada do instrumento. Além de que, analisar a posição hierárquica no âmbito empresarial para constatar a autoria mediata seria dogmaticamente desnecessário, embora possa contribuir fatidicamente para a identificação do poder de gestão.²⁷³

Por conseguinte, as organizações empresariais devem ser compreendidas de forma igualitária às outras organizações, independentemente de seu objeto. Conforme entendimento de Baigún, é incontroverso o caráter organizacional das sociedades anônimas e corporações, de modo que, tais empresas possuem limites objetivos fechados, legalmente são condicionados por seu estatuto, que deve funcionar como estrutura para a ação institucional.²⁷⁴

Entretanto, a legislação que regula a matéria no Código civil brasileiro sobre as estruturas complexas da empresa, integrada na figura de seus sócios, determina funções específicas, levando, em alguns casos, à responsabilidade objetiva e solidária entre a organização societária.²⁷⁵

Como aponta Cuello Contreras, a empresa, em geral, é um “cosmos”, no qual categorias dogmáticas tradicionais constituem microcosmos, os quais se adaptam ao problema concreto que necessita de resolução.²⁷⁶

O objeto principal do caráter fechado é servir como um padrão para avaliar a qualidade dos fins, racionais, estatutários ou reais, no qual, o processo de dissonância de fins reais trata do reconhecimento do conjunto organizacional, manejado tanto com as normas formais, quanto as informais. Ou seja, os fins racionais ponderados, Baigún referindo a Max Weber, se

²⁷³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. Ibid. p. 240. Alflen desenvolve sua posição, baseada em SCHROEDER, KUHLEN, acerca do estudo sendo a autoria direta um domínio do resultado, a coautoria um domínio operacional, assim como a autoria mediata como domínio social. Conforme detalhado ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. Ibid., p. 234 a 242.

²⁷⁴ BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000. p. 44.

²⁷⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. p. 230.

²⁷⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. p. 24.

confundem em razão das condições irracionais de interesse econômico, não obstante os requisitos da norma estatutária.²⁷⁷

Ademais, a relação de poder não implica, necessariamente, em coerção linear e obediência cega, também articula interesses pessoais, resistências, negociação, e mesmo chantagem, além do cumprimento de códigos formais e informais sujeitos ao mesmo “jogo”. A maior importância, dentro das corporações ou sociedades anônimas, é identificar cada um dos fatos, em que é possível verificar quem são os detentores do interesse que governam a organização, pois a ação institucional é consequência da confluência de um conjunto de fatores, não podendo ser o resultado de uma decisão voluntária daqueles que a assinam.²⁷⁸

3.3. Sociedades Empresárias como organizações

No momento em que tratamos de empresas, é essencial que se conceitue teoricamente a natureza da empresa e sua qualificação jurídica. Nesse sentido, para a conceituação teórica, se entende que a evolução que se alcançou na sociedade contemporânea uniformizou o entendimento geral de que a empresa se trata de uma organização de atividade econômica, e sob esse aspecto econômico, como salienta Bulgarelli, o conceito de Broseta Point é de organização de capital e trabalho que seja destinada à produção de bens ou serviços para o mercado.²⁷⁹

Quanto à sua qualificação jurídica, foi a partir do Código Civil italiano de 1942, no qual regulava as relações de trabalho, a atividade empresarial subordinada ao Estado, bem como, a questão do estabelecimento e a possibilidade de normativas direcionadas ao empresário, coletivo ou individual.²⁸⁰

Dessa maneira, o que caracteriza a pessoa jurídica de direito privado não estatal é a exploração do seu objeto social, ao passo que, se o seu objeto social for explorado sem empresarialidade, a sociedade será meramente

²⁷⁷ BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. p. 45.

²⁷⁸ BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. p. 48.

²⁷⁹ BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais: sociedades civis e sociedades cooperativas: empresas e estabelecimento comercial*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 296..

²⁸⁰ BULGARELLI, Waldirio. p. 298.

simples.²⁸¹ A partir desse critério material define-se a natureza empresarial, exceto quanto às sociedades por ações, estas, serão sempre empresariais, independente do seu objeto ser ou não economicamente explorado.²⁸²

Destarte, a pessoa jurídica não pode se confundir com as pessoas que são sócias da mesma, de maneira que ela não existe fora do âmbito do direito, fora dos conceitos integrados na comunidade jurídica, e portanto, é apta a praticar quaisquer atos ou negócios jurídicos dentro da legalidade.²⁸³

Em relação à sociedade limitada, quanto à administração desse tipo de sociedade, se mostra flexível para que o conselho de administração não exija sua integralidade composta apenas por sócios. Assim, havendo mais de um administrador, sendo sócio ou não, na ausência de especificação de poderes, adverte-se que qualquer deles poderão agir individual e isoladamente em nome da empresa. Destarte, há a possibilidade de criação de órgãos de deliberação colegiada, estabelecendo estratégias de mercado ou variados.²⁸⁴

Além de que, a responsabilidade de sócios-dirigentes, diretores ou representantes está elencada no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional²⁸⁵. Em virtude, essa condição de sócio, não abrange qualquer sócio

²⁸¹ COELHO, Fábio Uchoa. *Manuel de Direito Comercial – Direito de empresa*, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 139.

²⁸² Código Civil: “Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art.967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso: 17/05/2019.

²⁸³ COELHO, Fábio Uchoa. *Manuel de Direito Comercial – Direito de empresa*. p 140.

²⁸⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo. *Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 344. Conforme: “Art. 1.013. A administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios.

§ 1º Se a administração competir separadamente a vários administradores, cada um pode impugnar operação pretendida por outro, cabendo a decisão aos sócios, por maioria de votos.

§ 2º Responde por perdas e danos perante a sociedade o administrador que realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria”.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

²⁸⁵ “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm.

e carece da posição de investidura de poderes de direção ou gerência da sociedade, recaindo apenas aos créditos tributários relativos a atos praticados por meio de excesso de poder ou infração da lei, bem como, estatuto ou contrato social.²⁸⁶

Sociedade Anônima

Quanto à sociedade anônima, é concebida em razão de ter o seu capital dividido em ações, onde limita a responsabilidade do sócio pela sua parte adquirida, além de possuir uma constituição própria, dependendo das normas estabelecidas em lei, ou por seu estatuto.²⁸⁷

Em Eizirik, para alguns autores, em relação às alterações de empresas para companhias abertas conduziria o desaparecimento gradual do empresário clássico, com menos poder de controle das grandes empresas, assim como, a gestão dessas macroempresas estaria a cargo de gerentes profissionais, como uma nova classe, dinâmica e aberta. Visto que, a nova realidade deveria ser institucionalizada, no intuito de atribuir uma ordem jurídica própria, diferindo daquela das companhias fechadas ou familiares.²⁸⁸

Contrariamente às outras modalidades societárias, na sociedade anônima, as decisões sobre sua economia interna não são tomadas por todo o grupo societário, são delegados poderes específicos, tal como a criação de uma assembleia geral, de maneira que são organizados hierarquicamente, pois cada órgão criado possui poder próprio, conforme previsto na Lei 6044/76.²⁸⁹

²⁸⁶ GAINO, Itamar. *Responsabilidade dos sócios na Sociedade Limitada*. 2ª ed. São Paulo Saraiva, 2009. p. 31.

²⁸⁷ MARTINS, Fran. *Curso de Direito comercial*. 37ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 235.

²⁸⁸ EIZIRIK, Nelson. *Questões de Direito Societário e Mercado de Capitais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 4.

²⁸⁹ “Art. 121. A assembleia-geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

Parágrafo único. Nas companhias abertas, o acionista poderá participar e votar a distância em assembleia geral, nos termos da regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários.”

Art. 122. *Compete privativamente à assembleia geral: (Redação dada pela Lei nº 12.431, de 2011).*

I - reformar o estatuto social;

II - eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142;

III - tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas;

IV - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59;

V - suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120);

No estudo de Comparato e Salomão, a questão do controle em organizações complexas, especialmente a sociedade anônima, relaciona-se com o poder de fato em transcender as determinações legais da própria assembleia. Em razão, trazem ao estudo as importantes concepções sobre poder de Arendt e Luhmann, considerando que o estudo isolado pela economia não abrange todos os fenômenos contidos em organizações. Arendt e Luhmann, mesmo instituídos de pressupostos diversos, concluem pela distinção de poder e violência, em que o poder é constitutivo da sociedade, sendo um meio de comunicação ao determinar comportamentos, de acordo com Luhmann.²⁹⁰

Desse modo, Arendt apresenta que o poder é um instrumento de dominação, e ainda que o faça de um ambiente político, seu posicionamento se aplica às organizações complexas, de maneira que o poder corresponderia à habilidade humana “não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade do indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo se conserva unido”.²⁹¹

Além de que, Arendt expõe que a violência estaria enraizada na burocratização do poder estatal, ou seja, quanto maior for a burocracia, maior será a atração pela violência.²⁹²

De tal maneira que, o controle, enquanto elemento unificador do grupo econômico de subordinação não se faz necessário pela participação societária como um todo em todas as sociedades controladas. Outrossim, a análise do

VI - deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social;

VII - autorizar a emissão de partes beneficiárias;

VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e

IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata.

Parágrafo único. Em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembleia-geral, para manifestar-se sobre a matéria.

Art. 139. As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto.”

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm Acesso em 04/06/19.

²⁹⁰ COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de controle na Sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 2. Comparato e Salomão advertem que Luhmann reconhece ser necessária a limitação de poder, embora creia que o poder é essencial pois leva à ganhos tecnológicos..

²⁹¹ ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. 3ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. p. 36. A autora possui o entendimento de que poder e violência são fenômenos opostos, a partir do estudo da violência no âmbito da política, utilizando das manifestações estudantis da época.

²⁹² ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. p. 58.

fenômeno não deveria se abster a configurações legais, pois o exercício do poder nem sempre se adequa ao modelo normativo.²⁹³

Ainda, segundo Gonçalves Neto, em concordância com a doutrina, observa a sociedade anônima como uma organização de administração complexa, tendo em vista que as outras sociedades geralmente possuem ampla liberdade em dispor sobre as formas de administração, enquanto naquela são instituídas por um modelo tripartite de poderes, sendo o órgão da assembleia-geral que manifesta a vontade social, a direção é o órgão executor dessa vontade, de igual modo, os atos da direção são controlados pelo conselho fiscal.²⁹⁴

Em consequência, se cada órgão possui poder próprio, não há como manterem-se igualmente nivelados, gerando uma organização hierárquica, tendo em vista que, a assembleia-geral não deveria ser confundida com a

²⁹³ COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO. *Ibid.* p. 39. Igualmente: “Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral;

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;

g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.

h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (Incluída dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

§ 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm Acesso em 05/06/19.

²⁹⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo. *Direito de Empresa*. p. 429.

organização empresária, bem como, o aspecto jurídico nem sempre coincide com a realidade econômica.²⁹⁵

3.3.1. Modelos de organizações empresariais

Com o passar dos anos, a sociologia passou a se preocupar com o tipo de organização em rede, tentando elucidar as razões do fracasso de algumas configurações organizacionais em acordar com as definições tradicionais de mercado ou hierarquia.²⁹⁶ De acordo com Swedberg, as organizações são superiores ao mercado na perspectiva de prover uma coordenação de atividades nas quais as ações só serão adequadas para um ator dependendo do que os outros atores farão. Portanto, os pontos positivos nas organizações deveriam ser observados e exaltados, em função da eficiência das identificações organizacionais, e posterior engajamento dos participantes para um objetivo comum.²⁹⁷ Ainda assim, quando aplicados na prática, as organizações se mostram muito mais estruturadas e complexas do que está teorizado no estudo das empresas, sejam os clássicos ou mesmo novas versões institucionais.²⁹⁸

As mudanças organizacionais que acompanharam a Revolução Industrial revelaram uma tendência crescente da burocratização e rotina da vida em geral.²⁹⁹

Sainsaulieu e Kirschner apontam a influência de Max Weber na produção de racionalidade coletiva, já que para este se trataria de tipo ideal ou modelo ideal de organização. Obviamente, com as mudanças e desenvolvimentos nas empresas, a questão da organização também modifica seus objetos de análise e intervenção. Com a expansão da empresa, existem quatro problemas de subordinação: formação, enquadramento, recrutamento e promoção.³⁰⁰

²⁹⁵ COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO. p. 27.

²⁹⁶ PODOLNY, Joel M. PAGE, Karen L. Network forms of organization. In: SWEDBERG, Richard (Editor). *New Develops in Economic Sociology*. v. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. p. 481.

²⁹⁷ SWEDBERG, Richard. *New Develops in Economic Sociology*. v. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. p. 370.

²⁹⁸ SWEDBERG, Richard. *New Develops in Economic Sociology*. p. 356.

²⁹⁹ MORGAN, Gareth. *Imagens da Organização*. Trad. Geni G. Goldschmidt. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 38.

³⁰⁰ SAINSAULIEU, Renaud. KIRSCHNER, Ana Maria. *Sociologia da Empresa – organização, poder, cultura e desenvolvimento no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2006. p. 60.

Igualmente, com o avanço das empresas organizadas em estabelecimentos distintos, com a ampliação dos investimentos e riscos, observa-se uma problemática em gestão preventiva, de reestruturação e de planificação. Essa racionalização das decisões é amparada pelas próprias relações de concorrência, pela pesquisa científica, pelo Estado e pelos bancos, tal como, pela gestão do emprego.³⁰¹

Mintzberg elabora cinco modelos de organização racional, os quais considera tipos ideais, que partem da doutrina weberiana: Estrutura Simples; Burocracia Mecanicista, Burocracia Profissional; Estrutura Divisional; e Adhocracia.

Ademais, as organizações que são planejadas como se fossem máquinas podem ser denominadas de organizações burocráticas, embora seja possível reconhecer que são burocratizadas, pois essa abordagem mecanizada, visível no uso das máquinas, acabou afetando a percepção do que seja uma organização. Por óbvio, em um ambiente estável e submisso, essa organização mecânica poderia funcionar, ao passo que, em outros contextos organizacionais poderia acontecer exatamente o contrário.³⁰²

Mintzberg expõe a hipótese de adhocracia, sendo a mais recente, a qual possui estrutura organizacional orgânica em um ambiente dinâmico e complexo, já que estas são instáveis. Possuem pouca formalização do comportamento, com especialização do trabalho na dimensão horizontal, por meio do treinamento formal. Portanto, seus especialistas são divididos por propósitos internos e pelo mercado, tendo a tomada de decisão como descentralizada nas dimensões vertical e horizontal, de maneira seletiva.³⁰³

Em alguns casos, essa hipótese de empresa é denominada organização virtual ou rede, nos casos de empresas inovadoras do setor eletrônico e também da alta tecnologia, com equipes espalhadas geograficamente.³⁰⁴

Desde o começo do século XX, o desenvolvimento das empresas se deu por seu entendimento racional dos elementos econômicos e técnicos da

³⁰¹ SAINSAULIEU, Renaud. KIRSCHNER, Ana Maria. *Sociologia da Empresa – organização, poder, cultura e desenvolvimento no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2006. p. 61.

³⁰² MORGAN, Gareth. *Imagens da Organização*. p. 37.

³⁰³ MINTZBERG, Henry. *Criando Organizações eficazes – Estruturas em cinco configurações*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 306.

³⁰⁴ MORGAN, Gareth. *Imagens da Organização*. p. 71.

produção industrial, além de uma organização científica de seus componentes materiais e humanos.³⁰⁵

Assim, fora desenvolvido um modelo de organização racional em escala mundial, por meio dos trabalhos de F. W. Taylor, Henri Fayol, Henry Ford e Max Weber. A influência de Taylor, em sua administração científica, tem sido direcionada sobre o local de trabalho, com uma multiplicação da produção, substituindo os empregados habilidosos por não-qualificados. Ao longo dos anos, a abordagem de Taylor fora ampliada através dos sistemas de franchising, isto porque, se trata de um instrumento que garante o poder do controle do local de trabalho como um meio de gerar lucros. Os trabalhadores aqui deveriam ser tão confiáveis e eficientes quanto os robôs, que atualmente já os substituem.³⁰⁶

Em termos de autoridade, não é suficiente a disposição de sanções a serem aplicadas, sendo imprescindível que o sistema de sanção seja aceito pelos subordinados e assim, seja legítimo. Sainsaulieu e Kirschner, ao apontarem a obra de Weber sobre as formas de organização, buscam a definição possível de autoridade. Assim, a dominação poderia ser explicada por três motivos, que são também os fundamentos da legitimidade: a autoridade do costume e hábitos dos homens; autoridade pelo carisma que seriam os demagogos e heróis com muita confiabilidade; ou ainda, autoridade pela legalidade, quando há uma crença de validade do ordenamento legal, e por conseguinte, exercício de poder pelo Estado. No entanto, várias críticas foram direcionadas ao modelo racional, iniciando-se na França com Friedmann na década de 50.³⁰⁷

Outrossim, Maurice se debruçou sobre a problemática quanto ao caráter demasiado fechado das organizações racionais, considerando que as estruturas empresariais dependem de seus ambientes políticos e educativos para que estejam adequados ao ambiente externo.³⁰⁸

³⁰⁵ SAINSAULIEU, Renaud. KIRSCHNER, Ana Maria. *Sociologia da Empresa – organização, poder, cultura e desenvolvimento no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2006. p. 73.

³⁰⁶ MORGAN, Gareth. *Imagens da Organização*. p. 48.

³⁰⁷ SAINSAULIEU, Renaud. KIRSCHNER, Ana Maria. *Sociologia da Empresa – organização, poder, cultura e desenvolvimento no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2006. p. 78.

³⁰⁸ MAURICE, M.; SELIER, F.; SILVESTRE, J. *The Social Foundations of Industrial power: a comparison of France and Germany*. Trad. Arthur Goldhammer. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1986. p. 24.

Posteriormente, no período até 1990, nos países europeus e Estados Unidos surgiu um novo modelo racionalizador baseada na integração do fator humano nos contextos de produção, comunicação e organização da empresa.³⁰⁹

Mayo desenvolveu seus estudos em torno da influência dos grupos informais na teoria das relações humanas. Identificou que o indivíduo é submetido à uma integração dupla, devido à própria organização em que se encontra, e ao seu grupo informal (interações não-planejadas). As políticas necessárias para a harmonia nessa integração são focadas na formação dos chefes, considerando uma participação democrática dos trabalhadores.³¹⁰

Igualmente, a civilização moderna necessita de um novo tipo de administrador que poderia, metaforicamente, permanecer fora da situação a qual ele está se dedicando, além de ser capaz de compreender os fatos sociais humanos, sem que seja afetado por suas crenças e emoções. O único passo para este resultado, de acordo com Mayo, seria um treinamento cuidadoso, que incluía principalmente a organização de cooperação.³¹¹

Com o gigantismo dos grupos industriais, questões da racionalização do trabalho e as estruturas da organização tornaram-se insuficientes, já que a complexidade de altos investimentos, concorrência crescente, o rigor da gestão com a coordenação entre unidades de um mesmo grupo traz a necessidade de mudança nas tarefas dos dirigentes³¹².

Destarte, essa nova linha de pensamento embasa a abordagem dos sistemas abertos, pois reconhece as necessidades dos indivíduos, grupos, organizações que necessitam de um ambiente mais amplo, acentuado por Morgan, “baseada no princípio de que as organizações, assim como os organismos, são abertas para seu ambiente e precisam atingir uma relação apropriada com esse ambiente para poder sobreviver”.³¹³

Por conseguinte, quanto ao modelo de participação e cogestão, engloba duas situações, sendo a primeira uma tentativa de associar o capital ao

³⁰⁹ SAINSAULIEU, Renaud. KIRSCHNER, Ana Maria. *Sociologia da Empresa – organização, poder, cultura e desenvolvimento no Brasil*. p. 87.

³¹⁰ MAYO, Elton. *The Social Problems of an Industrial civilization*. Cambridge: Harvard Business School, 1945. p. 135.

³¹¹ MAYO, Elton. *The Social Problems of an Industrial civilization*. p. 109.

³¹² SAINSAULIEU, Renaud. KIRSCHNER, Ana Maria. *Sociologia da Empresa – organização, poder, cultura e desenvolvimento no Brasil*. p. 94.

³¹³ MORGAN, Gareth. *Imagens da Organização*. p. 59.

trabalho na responsabilidade econômica da empresa, através da diminuição do peso das decisões econômicas sobre os acionistas. Na segunda situação, estão as cooperativas operárias de produção, na qual seus trabalhadores são os únicos acionistas, sendo que a aplicação desse modelo foi efetivada, como por exemplo, na Suécia, Alemanha, Inglaterra, Itália e França.³¹⁴

Assim, trata-se de um processo de transformação da natureza do sistema social da organização, considerando que não é aplicado apenas aos produtos, às estruturas de organização e aos meios de produção, não obstante, inclui-se os atores, seus recursos, estratégias, as identidades coletivas, bem como, a regulação social e cultural da organização.³¹⁵

3.4. Caso concreto

Considerando todo o exposto, as diretrizes atuais a fim de uma imputação individual em crimes empresariais não fornecem critérios sólidos para delimitação de uma autoria que não decorra do contrato social.

Com o fim de demonstrar a possibilidade de aplicação concreta de uma categoria jurídico-penal abordada, escolheu-se um caso julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Recurso de Apelação n.º 5014511-23.2011.404.7100, oriundo do Rio Grande do Sul pela 8ª Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Em um julgamento, no qual o Ministério Público Federal acusava um empresário e seu advogado do cometimento do crime de evasão de divisas, em razão de que, teriam, a partir da abertura de uma conta bancária no exterior em nome do advogado, mantido quantias em dinheiro sem comunicar às autoridades competentes. O empresário fora absolvido em primeira instância, e apenas o advogado condenado, motivo pelo qual o Ministério Público Federal recorreu da decisão, sendo que a sentença em segundo grau modificou a decisão para condenar o empresário como autor. Ao analisar o voto do desembargador, observa-se que os aspectos históricos da teoria de Roxin se encontram corretos, embora recorrentemente abordem ser possível a aplicação

³¹⁴ SAINSAULIEU, Renaud. KIRSCHNER, Ana Maria. Ibid. p. 113.

³¹⁵ OSTY, Florence; UHALDE, Marc. Os mundos sociais das empresas. *Revista de Sociologia e Política*. Vol. 16, n. 31. nov. 2008. p. 15.

aos crimes empresariais, mesmo quando o mesmo rechaça categoricamente, tendo em vista que não há desvinculação do direito pelo aparato de poder.

Quando o desembargador utiliza do conceito de “homem de trás” para fundamentar seu entendimento de autoria, não o faz em relação à estrutura hierárquica decorrente de tal conceito, já que seria muito difícil neste caso, de um crime entre um empresário, que seria o autor mediato e um advogado, que seria o autor direto, os quais teriam que, no mínimo, utilizar a empresa a partir de um executores fungíveis, o que não se demonstra.

Ademais, em termos fáticos, a pedido do empresário, existiu a abertura da conta bancária no exterior em nome do advogado para que remetessem valores monetários e ficassem depositados.

Portanto, tal hipótese, se for adequada à teoria de Roxin do domínio do fato, poderia configurar uma instigação por parte do empresário, que jamais poderia ser considerado autor mediato do delito, na medida em que não houve coação, erro ou utilização de um aparato organizado de poder constituído à margem do direito para o cometimento do delito.

Poderia se chegar a uma mesma conclusão de instigação por parte do empresário por meio de critérios mais diretos e que nada tem a ver com o domínio da vontade. Com razão, Gimbernat elucida que quem dirige a empresa é instigador pois é deste que surge a ideia do delito e qual seria a melhor maneira de executa-lo, respondendo os intermediários transmissores de ordens como cúmplices, em decorrência de seu comportamento acessório aos demais membros da organização; também considera por instigador, seria o individuo que induz no autor principal a decisão de cometer um crime.

CONCLUSÃO

Portanto, em que pese a teoria de Roxin apontar uma melhor edificação do domínio do fato até então desenvolvido, não apresenta uma definição do conceito do que é dominar o fato, e em razão disto, gerou-se uma generalidade excessiva sua figura central de autor, não sendo suficiente para delimitar o conceito de autoria, ainda que aponte uma direção. Ademais, a teoria de Roxin, no qual o próprio afirma, apresenta um conceito indeterminado, podendo recorrer ao conteúdo da legislação, que seria mais preciso do que sua “figura central”. Pode-se observar que sua teoria aplicada na jurisprudência alemã, ao invés de fornecer uma melhor solução, piorou a questão, já que Roxin demonstra ser totalmente contra os critérios utilizados pelo Tribunal alemão a fim de imputar o domínio do fato, especialmente, nos casos de crimes empresariais.

Além de apresentar uma concepção baseada em dados empiristas e por isto, limitada, no caso do ordenamento brasileiro, não seria aplicável em virtude de sua teoria ser baseada no rechaço ao sistema unitário de autor, o qual é adotado no Brasil, bem como, muito específica ao ordenamento alemão.

O funcionalismo defendido por Claus Roxin não rompe diretamente com os pressupostos do conceito do delito que fora construído pelas correntes anteriores, tendo em vista que Roxin procurou evitar os excessos de um sistema fechado e abstrato, procedendo a uma ampla normatização dos pressupostos do delito.

Ademais, é necessário considerar que a disposição essencialmente elevada para a prática do fato típico ordenado no contexto do aparato é diferente da que existe em um autor solitário, pois no âmbito da organização o autor imediato está mais suscetível às pressões internas, fato este que não diminui sua responsabilidade, pois não configura uma coação, apenas um aumento da disposição em cometer a ação delitiva ordenada.

De tal modo, são muito bem fundamentadas as doutrinas sobre a autoria em desfavor do domínio do fato dirigida por Roxin, como bem fundamentam Jakobs, Kindhäuser e Gimbernat, restando ao último, a melhor opção ao caso brasileiro.

Ainda, identifica-se uma progressiva consagração da teoria da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder pelos tribunais brasileiros, notadamente em casos de criminalidade empresarial. A jurisprudência nacional, portanto, não obstante o entendimento doutrinário predominante em contrário, tem seguido a orientação do Superior Tribunal Federal alemão ao admitir a extensão da construção de Roxin a organizações que atuem no âmbito da licitude, como as empresas as organizações e seus ambientes estão envolvidos num padrão de cocriação, em que cada um produz o outro, ou seja, os ambientes organizacionais são em grande parte compostos de outras organizações. Uma vez reconhecido este ponto, salienta-se que as organizações são capazes de influenciar a natureza de seu ambiente, desempenhando um papel ativo na determinação de seu futuro, especialmente quando atuando em conjunto com outras organizações na sociedade.

Conclui-se que o desenvolvimento social da empresa depende dos funcionamentos da organização do trabalho, com o fito de demonstrar a estrutura social, a relação entre atores, de tal modo que, a contribuição da perspectiva funcionalista, assim como, a contribuição da análise sociotécnica necessitam considerar o impacto nas estruturas das relações, no momento em que realizam mudanças técnicas ou organizacionais pois poderá encaminhar resistências do sistema social.

Desse modo, é possível que o conhecimento construído acerca da criminalidade corporativa tenha uma riqueza no que concerne às evidências teóricas ou empíricas dos seus fatores causais, porém essa trata-se de um fenômeno social complexo, cuja compreensão vai além dos estatutos e contratos sociais.

Por conseguinte, a aplicação de uma teoria alternativa na jurisprudência tem o objetivo de diminuir a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, e fornecer critérios aptos a delimitar a autoria, em razão das complexidades apresentadas pelas organizações empresariais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

AMBOS, Kai. *Ensaio de Direito Penal e Processual Penal*. Trad. Alexey C. Caruncho et al. 1ª ed. São Paulo: Marcia Pons, 2016.

AMBOS, Kai; ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Autoria y participación. La responsabilidad penal del superior hierárquico*. Ciudad del Mexico: Flores Editor, 2017.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do Domínio do fato na doutrina e jurisprudência brasileira - Considerações sobre a APn 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal*. Ano 2 V. 2 Nº2, dez., 2014.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do delito de Aníbal Bruno. In: AMBOS, Kai; MENDES, Paulo de Sousa, et al. *O passado e o futuro na teoria do delito de Aníbal Bruno*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ARENDDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. 3ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal - Parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 470.

BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

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

BITTENCOURT, Cezar Roberto; MUNÓZ CONDE, Francisco. *Teoria do Delito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 10/12/2019.

BRASIL. LEI Nº 9.605/98. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm Acesso em 10/12/2019.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais: sociedades civis e sociedades cooperativas: empresas e estabelecimento comercial*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do Delito e da Imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CEREZO MIR, José. La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países ibero-americanos. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2009. p. 202.

COELHO, Fábio Uchoa. *Manuel de Direito Comercial – Direito de empresa*, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de controle na Sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. *Revista InDret*. 1/2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral. Tomo 1: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOTTI, René Ariel. O concurso de pessoas. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, nº 5 (1-2)*, jan./dez., 1981.

DOTTI, René Ariel. Heleno Fragoso e a reforma penal. In: ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de (org.). *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 526.

DUTRA, Bruna M. Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: *Inovações do Direito Penal Econômico – contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Org. Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

EIZIRIK, Nelson. *Questões de Direito Societário e Mercado de Capitais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRAGOSO, Heleno. Nota explicativa. HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FRITZ, Loos. Hans Welzel. La búsqueda del suprapositivo en el Derecho. Trad. Mario Melendo Pardos. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2009. p. 225-239.

GAINO, Itamar. *Responsabilidade dos sócios na Sociedade Limitada*. 2ª ed. São Paulo Saraiva, 2009.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la teoría de Luhmann en la teoría penal», *Revista Doxa* (23), 2000, p. 233-264.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y complice en Derecho Penal*. Madrid: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Imputação Objetiva no Direito Penal*. Org. e trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2019.

GONÇALVEZ NETO, Alfredo. *Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*. Trad. Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcia Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: JAKOBS, Günther. *Sobre la genesis de la obligación jurídica*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Santa Fe: Rubinzal, 2005.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizacoes criminosas. *Revista Jurídica da ESMP* - ano 3, n.º 1, jan./jun., 2004. p. 35-71.

KINDHÄUSER, Urs. Cuestiones fundamentales de la coautoría. Trad. Manuel Cando Meliá *Revista Penal*, nº 11, Enero 2003, pp. 53-70.

KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y Autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho. Trad. Juan Pablo Mañalich R. *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 14, 2011.

KINDHÄUSER, Urs. Vigencia de la norma y protección de bienes jurídicos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. v.45, n. 2, jul./dez. 2017.

KINDHÄUSER, Urs. A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática? Trad. Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 155, ano 27. São Paulo: Editora RT, mai. 2019.

KINDHÄUSER, Urs. Acerca del objeto y la tarea de la ciencia del derecho penal. Trad. Orlando Humberto De La Vega Martinis. Palestra na *V Escuela Alemana de Ciencias Criminales y dogmática penal alemana*, Georg-August Universität Göttingen, 2019.

KINDHÄUSER, Urs. Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena). Trad. Juan Pablo Mañalich R., Palestra em *V Escuela Alemana de Ciencias Criminales y dogmática penal alemana*, Georg-August Universität Göttingen, 2019.

MÁRQUEZ CÁRDENAS. Alvaro E. Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, nº. 22, 2005. p. 95-116.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito comercial*. 37ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MAURICE, M.; SELLIER, F.; SILVESTRE, J. *The Social Foundations of Industrial power: a comparison of France and Germany*. Trad. Arthur Goldhammer. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1986.

MAYO, Elton. *The Social Problems of an Industrial civilization*. Cambridge: Harvard Business School, 1945.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo II, v. XIII. Madri: Editorial Revista de Derecho privado, 1935.

MIR PIUG, Santiago. Límites del Normativismo en Derecho penal. *Revista Electrônica de Ciencia Penal y Criminologia*. N. 07-18, 2005.

MINTZBERG, Henry. *Criando Organizações eficazes – Estruturas em cinco configurações*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORGAN, Gareth. *Imagens da Organização*. Trad. Geni G. Goldschmidt. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOURA, Bruno. Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual. *Revista CEPPG*, Centro de Ensino Superior de Catalão. Ano XIV, nº 25, 2º Semestre/2011. p. 54-70.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 2 ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, nº 9, 2002. p. 59-98.

OSTY, Florence; UHALDE, Marc. Os mundos sociais das empresas. *Revista de Sociologia e Política*. Vol. 16, n. 31. nov. 2008.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do Direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista penal*, nº 9. 2002.

PODOLNY, Joel M. PAGE, Karen L. Network forms of organization. In: SWEDBERG, Richard (Editor). *New Develops in Economic Sociology*. v. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. p. 481

ROBLES PLANAS, Ricardo: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

ROXIN, Claus. Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KOHLER, Michael. *Sobre el estado de la Teoría del delito*. Trad. Jesús-María Silva Sanchez et al. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

ROXIN, Claus. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio por organização” (Organisationsherrschaft)*. In: AMBOS, Kai, BÖHM, Maria Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Alflen da Silva. *Panótica Law E-Journal*. n.4. 2009. p. 70. Disponível em <https://document.onl/documents/roxin-aparatos-organizados-de-poder.html>.

SAINSAULIEU, Renaud. KIRSCHNER, Ana Maria. *Sociologia da Empresa – organização, poder, cultura e desenvolvimento no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2006.

SANCHEZ LAZARO, Fernando Guanarteme. ¿Qué es la autoría? *Revista Penal*, nº 20, jul. 2007. p. 167-177.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 49, Fasc/Mes 1, 1996, p. 187-218.

_____, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 75, p. 13-26.

_____. El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, nº. 75, 2004, p. 27-42.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante. *Revista InDret*. 1/2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2018.

SWEDBERG, Richard. *New Develops in Economic Sociology*. v. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

WELZEL, Hans. La doctrina de la acción finalista hoy. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 21, Fasc/Mes 2, 1968.

WELZEL, Hans. El nuevo Sistema del Derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial BdF, 2004.