

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO

ROBERTA EGGERT POLL

TEORIA DO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO:
AUTORIA EM ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS COMPLEXAS.

Porto Alegre
2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

Ficha Catalográfica

P771t Poll, Roberta Eggert

Teoria do domínio por organização : autoria em organizações empresariais complexas / Roberta Eggert Poll . – 2018.

176 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'avila.

1. Direito Penal. 2. Domínio por organização. 3. Autoria. 4. Organizações complexas. I. D'avila, Fabio Roberto. II. Título.

ROBERTA EGGERT POLL

**TEORIA DO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO:
AUTORIA EM ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS COMPLEXAS.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D`Ávila

Porto Alegre

2018

ROBERTA EGGERT POLL

**TEORIA DO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO:
AUTORIA EM ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS COMPLEXAS.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovada em: 22 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fábio Roberto D`Avila

Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

Prof. Dr. Daniel Brod, de Sousa

Porto Alegre

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela força e proteção.

Aos meus avós, Nilo Emílio Eggert e Filomena Prates Eggert (*in memoriam*) por me ensinarem o verdadeiro significado da palavra amor.

Aos meus pais, Roberto Lopes Poll e Liane Maria Eggert Esswein, cuja coragem, determinação, dedicação e honestidade construíram o exemplo que procuro seguir todos os dias de minha vida.

Ao Henrique Drebes, que me aguentou em todas as fases de elaboração desse trabalho, por ter sido fonte inesgotável de ajuda, carinho, amor e inspiração.

Agradeço também ao Mestre, Professor Doutor Fabio Roberto D'Ávila (orientador desse trabalho) pelos sábios ensinamentos, pela inesgotável fonte do saber que representa e pelo homem e profissional a quem tanto admiro e respeito.

Ao Professor Doutor Fábio Agne Fayet, meu chefe, mestre e – acima de tudo – amigo agradeço, não só pela orientação, mas, também, pela acolhida, vigilância e aconselhamento constantes nos últimos anos, a infatigável disposição em transmitir conhecimentos e acima de tudo por permitir o meu desenvolvimento e crescimento profissional.

Ao fim, a todos os meus amigos e amigas pela paciência, cumplicidade e alegrias. Por compreenderem os momentos de ausência e auxiliarem na elaboração desse trabalho.

“Amar o Direito para transformá-lo em Justiça.”

Miguel Reale Júnior

RESUMO

O objeto de análise da presente dissertação é a teoria do domínio por organização e sua possível utilização como marco teórico para delimitação de autoria, considerando os crimes praticados por meio de organizações empresariais complexas. O objetivo-problema dessa pesquisa é a verificação da compatibilidade jurídico-penal da teoria do domínio por organização com o sistema jurídico-penal brasileiro, com base nos fundamentos teóricos desenvolvidos pela literatura contemporânea. A hipótese se traduz na compatibilidade do domínio por organização no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, a complexidade da estrutura organizacional encontrada nas grandes empresas aponta que nem sempre é a conduta executiva do funcionário/colaborador (executor material) que deve ser analisada na perspectiva de sua possível relevância jurídico-penal. Nessa senda, também se mostra importante analisar o papel daqueles que estão situados em nível hierárquico superior (gerência, direção executiva, presidência), já que a estrutura organizada e a estrita obediência hierárquica podem revelar uma hipótese de domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder (enquanto autoria mediata). Ao fim e ao cabo, sob o prisma do *modus operandi*, as grandes empresas ou grupos econômicos que atuam no mercado caracterizam-se pela fungibilidade dos executores (que recebem as ordens de diretorias, presidências, dentre outros), estrutura hierárquica, poder de mando e disposição elevada dos executores ao fato, preenchendo, assim, os pressupostos da teoria do domínio por organização, enquanto autoria mediata.

Palavras-chave: Autoria. Domínio por organização. Organizações complexas. Dogmática penal.

RESUMEN

El objeto de análisis de la presente disertación es la teoría del dominio por organización y su posible utilización como marco teórico para delimitación de autoría, considerando los crímenes practicados por medio de organizaciones empresariales complejas. El objetivo-problema de esta investigación es la verificación de la compatibilidad jurídico-penal de la teoría del dominio por organización con el sistema jurídico-penal brasileño, con base en los fundamentos teóricos desarrollados por la literatura contemporánea. La hipótesis se traduce en la compatibilidad del dominio por organización en el ordenamiento jurídico brasileño. En efecto, la complejidad de la estructura organizacional encontrada en las grandes empresas apunta que no siempre es la conducta ejecutiva del funcionario / colaborador (ejecutor material) que debe ser analizada en la perspectiva de su posible relevancia jurídico-penal. En esta senda, también se muestra importante analizar el papel de aquellos que están situados a nivel jerárquico superior (gerencia, dirección ejecutiva, presidencia), ya que la estructura organizada y la estricta obediencia jerárquica pueden revelar una hipótesis de dominio de la voluntad por medio de un aparato organizado de poder (como autoría mediata). Al fin y al cabo, bajo el prisma del *modus operandi*, las grandes empresas o grupos económicos que actúan en el mercado se caracterizan por la fungibilidad de los ejecutores (que reciben las órdenes de directorios, presidencias, entre otros), estructura jerárquica, poder de mando y una disposición elevada de los ejecutores al hecho, llenando así los presupuestos en la teoría del dominio por organización, mientras que la autoría mediata.

Palabras clave: Autoría. Dominio por organización. Organizaciones complejas. Dogmática penal.

LISTA DE ABREVIATURAS

AP.....	Ação Penal
BGH.....	<i>Bundesgerichtshof</i> (Supremo Tribunal Federal alemão)
CP.....	Código Penal
CPP.....	Código de Processo Penal
CRFB.....	Constituição da República Federativa do Brasil
ECPI.....	Estatuto da Corte Penal Internacional
ICMS.....	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços
HC.....	<i>Habeas Corpus</i>
RDA.....	<i>Deutsche Demokratische Republik</i> (República Democrática Alemã)
STF.....	Supremo Tribunal Federal
STJ.....	Superior Tribunal de Justiça
TRE.....	Tribunal Regional Eleitoral
TRF-4.....	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TSE.....	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 CONCEITO DE AUTOR NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO	13
1.1 Evolução legislativa.....	13
1.2 Sistema unitário e diferenciador	24
1.3 Teorias objetivas de autor.....	33
1.4 Teorias subjetivas de autor	42
1.5 Teoria do domínio do fato	52
2 DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO: EVOLUÇÃO E ATUALIDADE DO TEMA..	62
2.1 Origem da teoria do domínio por organização	62
2.2 Representantes da teoria do domínio por organização	69
2.3 Requisitos da teoria do domínio por organização	88
2.4 Superando as críticas à teoria do domínio por organização	102
2.5 Atualizando a teoria do domínio por organização.....	106
3 COMPATIBILIDADE DO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO COM O SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO	113
3.1 Contexto de compatibilidade do domínio por organização às organizações empresariais complexas.....	113
3.2 Análise da Ação Penal nº 470/MG que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal: domínio do fato e domínio por organização como expressões sinônimas	124
3.3 Análise da Ação Penal nº 439/MG com tramitação perante o Superior Tribunal de Justiça: domínio do fato como critério de delimitação de autoria.....	134
3.4 Análise da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR com tramitação perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: domínio do fato como critério de delimitação da autoria e verificação de punibilidade.....	142
3.5 Análise do Habeas Corpus nº 2005.04.01.048500-2/RS com tramitação perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: o domínio por organização como critério de justificação para manutenção da prisão.....	150
CONSIDERAÇÕES FINAIS	159
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO	163

INTRODUÇÃO

O objeto de análise da presente investigação científica é a teoria do domínio por organização e sua possível utilização como marco teórico para delimitação de autoria, considerando os crimes praticados por meio de organizações empresariais complexas.¹

O objetivo-problema da pesquisa é a verificação da compatibilidade jurídico-penal da teoria do domínio por organização com o sistema jurídico-penal brasileiro, com base nos fundamentos teóricos desenvolvidos pela literatura contemporânea. O problema de pesquisa interliga questões relativas a responsabilidade criminal individual e coletiva, bem como investiga as teorias que procuraram desenvolver conceitos concernentes a delimitação de autoria no Direito Penal. Isto porque, as principais teorias desenvolvidas nos últimos tempos foram construídas a partir de um estado de coisas estabelecido na lógica da responsabilidade criminal individual e esta perspectiva vem mudando com o crescente aumento de delitos praticados por meio de empresas, necessitando de clareza e aprofundamento dogmático.

No entanto, antes de adentrar propriamente dito no tema objeto da pesquisa faz-se necessário esclarecer alguns conceitos de autoria mediata e imediata que se fazem imprescindíveis para compreensão da responsabilidade criminal por crimes praticados por meio de organizações empresariais complexas. A doutrina especializada costuma definir a autoria imediata como aquela em que o sujeito executa o fato por si mesmo, enquanto a autoria mediata seria a execução do fato por intermédio de outrem. No que tange a autoria mediata, em termos estruturais, existiria sempre um homem da frente (executor direto) que, no entanto, não seria punível por atuar em erro, coação ou por ser inimputável, mas também haveria um homem de trás (penalmente responsável) – considerado o autor do crime (mediato).²

¹ A expressão “organizações empresariais complexas”, adotada nesse trabalho, foi desenvolvida na literatura especializada a fim de designar grandes empresas ou grupos econômicos que possuem estrutura hierarquizada, diversos departamentos, sedes e inúmeros funcionários, de forma que à priori estão excluídas as microempresas ou empresas de pequeno porte, em princípio, diminuta estrutura. Nesse sentido ver: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014; SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013.

² Por todos: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 775-777.

Para compreensão da questão da autoria no que tange as organizações empresariais complexas é necessário compreender alguns pontos: (i.) trata-se de uma autoria mediata, na medida em que o homem da frente (executor material), em que pese ser penalmente responsável por seus atos, é utilizado como instrumento do homem de trás, que neste caso é a própria organização empresarial complexa, por intermédio de seus diretores/presidentes/coordenadores para o cometimento dos delitos; (ii.) o que faz com que o homem da frente pratique o ato é a própria estrutura piramidal e o funcionamento automático da organização, não havendo necessidade da utilização de nenhum subterfugio ou ardil por parte do homem de trás, pois o executor direto executará prontamente a ordem recebida; (iii.) a responsabilidade criminal do homem da frente não impede, nem prejudica a responsabilidade criminal do homem de trás, pois cada uma responderá pelo seu domínio diante do caso concreto: o homem da frente pelo domínio do fato (ele poderá parar a execução a qualquer momento); o homem de trás pelo domínio do fato pelo domínio da organização (ele poderá parar a execução deste e de todos os outros acontecimentos típicos a qualquer momento).³

Nessa senda, certo é que as formas de associação para o cometimento de delitos evoluíram no espaço e no tempo, aperfeiçoando-se nas suas sutilezas, no seu *modus operandi* e nos seus requintes, desafiando a tutela de proteção do Direito Penal. Da mesma forma como se idealiza uma organização empresarial complexa, voltada à obtenção de lucro, se idealiza uma organização criminoso. A dificuldade de repressão corresponde a exata medida de sua sofisticação. Diante do aprimoramento das técnicas de combate ao crime vemos um rebuscado desenvolvimento das técnicas de criminalidade. Numa síntese desse universo, verificamos certa dificuldade em delimitar a autoria nos delitos praticados por meio dessas organizações empresariais complexas, que não são voltadas à prática delituosa, mas que podem eventualmente se utilizarem dessa estrutura organizada para o cometimento de delitos.⁴

Notadamente, para que seja possível o reconhecimento da existência de uma organização empresarial complexa, por mais simplória e diminuta que seja sua estrutura, afigura-se como insuficiente o mero acordo ou decisão conjunta de uma pluralidade de pessoas

³ Por todos: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 237-240.

⁴ Sobre a diferença entre criminalidade da empresa e crime organizado Heloísa afirma que o conceito de criminalidade empresarial deve ser extraído a partir de uma leitura das concepções de delitos econômicos, isto é, ações puníveis cometidas dentro da atuação econômica lícita. Já a organização criminoso é aquela desempenhada por uma estrutura criminal com vistas à obtenção de lucro por meios ilícitos. Compare em: ESTELITA, Heloisa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminoso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

com vistas à prática de crimes pois, dessa forma, se estaria a confundir o fenômeno do domínio por organização com a figura da coautoria. Por isso, de acordo com o maior ou menor nível de sofisticação da organização, seus níveis de atuação e dos seus objetivos, poderá haver uma variação nessa estrutura de forma a dificultar a verificação da autoria delitiva. Dentro dessa organização o chefe/diretor (homem de trás) estará sempre em uma posição de comando (poder de mando) e os executores materiais (homens da frente) em sua base, sendo que, invariavelmente, esses não conhecem aquele, na medida em que existe uma cadeia de sujeitos (rígida estrutura hierárquica), com intermediários (gerentes/coordenadores) entre eles, que transmitem a ordem superior.⁵

A compreensão acerca dessa estrutura hierárquica piramidal é fundamental para o deslinde do estudo da autoria ora proposto, porquanto confere uma qualidade particular no relacionamento entre os integrantes da organização empresarial complexa. Em outras palavras, deverá haver rígida obediência hierárquica na exata medida da ordem recebida e conforme os planos da organização. Dessa forma, caso haja recusa por parte de algum funcionário em cumprir o comando recebido esse poderá ser imediatamente substituído sem que a negativa implique em problemas para a organização que seguirá em pleno funcionamento (automatismo).

Dentro desse campo de pesquisa reside o domínio por organização que não se confunde com as outras hipóteses de autoria mediata tradicionalmente aceitas pela doutrina especializada, como a atuação do executor material por erro, sob coação ou pela utilização de um instrumento inimputável, na medida em que a própria estrutura da organização empresarial complexa confere ao homem de trás o controle do funcionamento da organização semelhante ao de uma máquina, com o qual comete seus delitos sem ter que depender da vontade autônoma do homem da frente.

Por conta dessa estrutura hierárquica piramidal as principais teorias que procuraram desenvolver um conceito delimitativo de autoria no tipo de injusto não se mostraram suficientes para resolver o problema relativo aos crimes praticados por intermédio das organizações empresariais complexas, isto porque, o desenvolvimento destas teorias se deu em um universo

⁵ Nesse sentido ver dentre outros: ESTELITA, Heloisa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-24; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 49; SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013.

pensado propriamente para a responsabilidade criminal individual, o qual não se amolda as questões relativas a macro criminalidade.

Metodologicamente o trabalho desdobra-se da seguinte maneira. No primeiro capítulo, será trabalhada a evolução do conceito de autoria na dogmática jurídico-penal contemporânea, assim como os desdobramentos últimos que se dão em seus diversos conteúdos, seja pela perspectiva unitária seja pelo sistema diferenciador. Procurar-se, nesse contexto, demonstrar as principais teorias construídas sobre autoria: extensiva, restritiva, objetivas, subjetivas e teorias mistas apresentando os seus reflexos para, assim, rechaçar o teor em matéria de delimitação de autoria considerando as organizações empresariais complexas. Ao final, pretende-se expor o conteúdo da teoria do domínio do fato e seus desdobramentos ulteriores, que se estruturou no finalismo de Welzel e atualizou-se com as concepções de Roxin, tornando-se, salvo melhor doutrina, a perspectiva teórica mais fundamentada sobre o tema.

No segundo capítulo, será apresentado o arcabouço teórico com o qual se pretende enfrentar o problema de pesquisa, a base teórica sobre a qual deverá ser levada a cabo a análise da hipótese de compatibilidade da teoria do domínio por organização considerando o sistema jurídico-penal brasileiro. Nesse ponto, será apresentada a estrutura da teoria do domínio por organização, trazendo as principais concepções dogmáticas sobre o tema, que tomam por base a existência de quatro pressupostos elementares, quais sejam: estrutura hierárquica organizada, poder de mando, disposição elevada dos executores ao fato e desvinculação ao Direito com o objetivo de demonstrar a existência de uma responsabilidade jurídico-penal (autoria mediata) dos sujeitos que atuam por intermédio das organizações empresariais complexas (homens de trás), utilizando-se de funcionários (homens da frente) para a realização das atividades ilícitas, que não se confundem com outras hipóteses de autoria mediata já desenvolvidas pela doutrina especializada.

No terceiro capítulo, será apresentada a possibilidade de utilização da teoria do domínio por organização como marco teórico para delimitação de autoria, considerando os crimes praticados por meio de organizações empresariais complexas. Para tanto, será mostrado os principais problemas relacionados à compatibilidade da teoria, assim como os pontos fortes, a partir do estudo de casos concretos julgados pela justiça brasileira. Ao final, busca-se analisar como esse critério de delimitação de autoria é fundamentalmente adequado ao ordenamento jurídico brasileiro, atendendo às exigências do objetivo-problema proposto por esse trabalho científico.

1 CONCEITO DE AUTOR NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

1.1 Evolução legislativa.

A violação da norma jurídico-penal poderá decorrer do comportamento isolado de uma única pessoa, como também por um conjunto de pessoas. Diante dos casos de convergência de comportamentos voluntários dirigidos à execução ou concretização de um tipo de injusto, a doutrina costuma identificar algumas expressões como: codelinquência, concurso de agentes, concurso de pessoas ou *concurso delinquentium*.⁶ Não obstante, em termos de concurso de pessoas nem sempre foi de fácil constatação as contribuições produzidas por cada sujeito ativo, principalmente diante dos casos de responsabilidade criminal coletiva. Por conta disto, antes de ingressarmos na teoria vale uma breve referência acerca da evolução dos dispositivos com vistas à compreensão da legislação atual, a fim de se idealizar a própria concepção de responsabilidade criminal das organizações empresariais complexas.⁷

O Brasil, durante muitos anos, foi regulamentado pelo Direito português, bem como utilizou-se, por diversas vezes, de institutos e pensamentos oriundos de outras nacionalidades que acabaram sendo incorporadas ao nosso sistema jurídico-penal.⁸ Por conta disto, todo estudo mais completo do Direito Penal brasileiro precisa ser visto para além de nosso território, projetando-se em outras nacionalidades e muitas vezes nas mudanças legislativas, a fim de compreendermos os fundamentos teóricos que serviram de base para a atual edificação da teoria da autoria.⁹

⁶ Nesse sentido: ANTOLISEI, Francesco. **Manual de derecho penal**: parte general. 8. ed. Tradução Jorge Guerrero e Mariano Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1988, p. 401; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 29-30; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J; HORMAZÁBAL MALARÉ, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Vol. 2. Madrid: Trotta, 1999, p. 281; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 457; GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 409; HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. 1. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 398; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 353; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 490.

⁷ SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 9-11.

⁸ Sobre a aplicação do Direito Penal holandês no Brasil no período pré-colonial ver obra de: PINHO, Ruy Rebello. **História do direito penal brasileiro**: período Colonial. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

⁹ Nesse sentido ver: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. 1.

Ao que tudo indica, foram dos italianos as primeiras tentativas de edificação de uma teoria da autoria. Na Itália, o auxílio poderia ser prestado durante a própria execução do crime (*auxilium proximum*) ou poderia haver uma forma de penalização mais acentuada diante dos casos de instigação ou colaboração (*auxilium remotum*).¹⁰ A literatura especializada afirma que as primeiras codificações que dispuseram sobre a autoria foram o Código Bávaro de 1751 e a Theresiana de 1768. Porém, o melhor contributo legislativo teria sido realizado pelo Código Napoleônico de 1810 e do Código Prussiano de 1851.¹¹

A experiência prática preconiza que a primeira legislação criminal brasileira contemplativa da diferenciação entre autores e cúmplices foi o Código Criminal do Império do Brasil, cujo vigor iniciou-se em 16 de dezembro de 1830.¹² Para esta legislação, eram considerados autores aqueles que cometessem, constrangessem ou mandassem alguém cometer crimes¹³ e cúmplices todos os demais que tivessem diretamente concorrido para a prática desses mesmos delitos.¹⁴ O Código considerava, ainda, como cúmplice, aqueles que recebessem, ocultassem ou comprassem coisas obtidas por meio de criminosos, sabendo que o foram ou devendo sabê-lo em razão de sua qualidade ou condição das pessoas de quem as receberam ou compraram¹⁵ (dispositivo que muito se aproxima do atual tipo de receptação – art. 180, do

Tomos II. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 401-402; ROSA, Antônio José M. Feu. **Do concurso de pessoas**. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Direito penal: doutrinas essenciais**. Vol. 2. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010, p. 26; PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código criminal do império do Brasil**. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1885, p. 26.

¹⁰ Nesse sentido ver dentre outros: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. 1. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 401-402; ROSA, Antônio José M. Feu. **Do concurso de pessoas**. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Direito penal: doutrinas essenciais**. Vol. 2. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010, p. 26.

¹¹ ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro**: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada. Vol. 1. Recife: José Nogueira de Souza, 1889, p. 137-139; BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, p. 223-225; PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código criminal do império do Brasil**. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1885, p. 25-26; ROSA, Antônio José M. Feu. **Do concurso de pessoas**. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Direito penal: doutrinas essenciais**. Vol. 2. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010, p. 26.

¹² Por todos: ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro**: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada. Recife: José Nogueira de Souza, 1889. 486 p.

¹³ Art. 4º “São criminosos, como autores, os que cometerem, constrangerem, ou mandarem alguém cometer crimes”. TINÓCO, Antônio Luiz Ferreira. **Código criminal do império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2003, p. 19.

¹⁴ Art. 5º “São criminosos, como cúmplices, todos os mais, que directamente concorrerem para se cometer crimes”. TINÓCO, Antônio Luiz Ferreira. **Código criminal do império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2003, p. 21.

¹⁵ Art. 6º “Serão também considerados cúmplices: § 1º Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o em razão da qualidade ou condição das pessoas de quem as receberam, ou compraram; § 2º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem ou pretendem cometer crimes”.

CP).¹⁶ Diferentemente dos Códigos Italiano, Belga e Espanhol, os quais afirmavam expressamente ser autor material o cooperador imediato, o Código Criminal brasileiro entendia ser esse mero auxiliar necessário. Assim para Código de 1830 seria autor (psíquico ou material) aquele que primeiramente executasse o crime, ou seja, tão somente aquele que realizasse as circunstâncias descritas no tipo penal.¹⁷

O sistema introduzido à época era bem visto pela doutrina, nitidamente influenciada pelo Código Penal francês de 1810, que também diferenciava autoria e cumplicidade delitivas.¹⁸ Porém, os critérios de delimitação de autoria eram amplos o que acabava gerando certas dificuldades interpretativas diante do caso concreto.¹⁹ Notadamente, esse sistema adotado pelo Código Criminal do Império do Brasil, acabou sendo revogado pelo Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, cujo vigor deu-se em, 11 de setembro de 1890.²⁰ Para essa nova legislação penal haviam dois gêneros de delinquentes: os autores que seriam os agentes principais do crime e os cúmplices que configurariam meros agentes assessórios.²¹

A autoria se subdivide em: (i) autoria direta, quando o agente diretamente resolvesse e executasse o crime;²² (ii) autoria psíquica ou intelectual, quando o autor se limitasse a resolução

TINÓCO, Antônio Luiz Ferreira. **Código criminal do império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2003, p. 22.

¹⁶ Nesse sentido ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 5; PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código criminal do império do Brasil**. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1885, p. 26.

¹⁷ Nesse sentido ver dentre outros: ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada**. Recife: José Nogueira de Souza, 1889, p. 137-139; BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, p. 223-225; SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro: segundo o Código penal mandado executar pelo decr. n. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência**. Vol. I. Rio de Janeiro: J. r. dos Santos, 1932, p. 233; SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de direito criminal**. Brasília: Senador Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 108-109.

¹⁸ Nesse sentido ver dentre outros: ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada**. Recife: José Nogueira de Souza, 1889, p. 137-139; BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, p. 223-225; PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código criminal do império do Brasil**. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1885, p 25-26.

¹⁹ Nesse sentido ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 5; PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código criminal do império do Brasil**. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1885, p. 26.

²⁰ Por todos: SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da república dos estados unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. 862 p.

²¹ Art. 17. “Os agentes do crime são autores ou cúmplices”. SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da república dos estados unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 42.

²² Art. 18. “São autores. § 1. Os que directamente resolverem e executarem o crime”. SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da república dos estados unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 43.

criminosa que seria executada por intermédio de outra pessoa, a qual passaria ser o autor físico;²³ (iii) coautoria, quando o agente prestasse auxílio necessário para a realização do crime, sem o qual esse não seria cometido e;²⁴ (iv) autoria física, quando o sujeito fosse utilizado como instrumento nas mãos do autor intelectual, pois embora instigado executaria diretamente o delito, reunindo todos os elementos constitutivos da responsabilidade criminal individual.²⁵

Por outro lado, eram cúmplices os que: (i) prestassem auxílio material na execução do crime ou fornecessem instruções;²⁶ (ii) dessem assistência moral antes ou durante a execução do delito;²⁷ (iii) recebessem, ocultassem ou comprassem coisas obtidas por meio criminoso, sendo que o elemento central dessa forma de cumplicidade era o conhecimento real da origem da mercadoria e;²⁸ (iv) aqueles que proporcionassem asilo ou emprestassem a sua casa para reunião de assassinos ou roubadores, conhecendo-os como tais e a finalidade da reunião.²⁹ Em

²³ Art. 18. “São autores. § 2. Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dadas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influência hierárquica. O Código também considerava como autor no Art. 19. Aquele que mandar, ou provocar alguém a cometer crime, é responsável como autor: § 1. Por qualquer outro crime que o executor cometer para executar o de que se encarregou; § 2. Por qualquer outro crime que daquele resultar”. SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da república dos estados unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 45 e 47.

²⁴ Art. 18. “São autores. § 3. Os que, antes e durante a execução, prestarem auxílio, sem o qual o crime não seria cometido”. SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da república dos estados unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 43-44.

²⁵ Art. 18. “São autores. § 4. Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido”. SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da república dos estados unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 46.

²⁶ Art. 21. “Serão cúmplices: § 1. Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecessem instruções para cometê-lo, e prestarem auxílio á sua execução”. SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da república dos estados unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 49-50.

²⁷ Art. 21. “Serão cúmplices: § 2. Os que, antes ou durante a execução, prometerem ao criminoso auxílio para evadir-se, ocultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestígios”. SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da república dos estados unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 51.

²⁸ Art. 21. “Serão cúmplices: § 3. Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem”. SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da república dos estados unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 52.

²⁹ Art. 21. “Serão cúmplices: § 4. Os que derem asilo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como tais e o fim para que se reúnem”. SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da república dos estados unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 54.

consequência, na cumplicidade havia sempre codelinquência, pois o Código não considerava cumplicidade sem autoria.³⁰

No entanto, em que pese o grande avanço legislativo acerca do instituto já era possível perceber um início de discussão doutrinária acerca das teorias extensivas e restritivas (ainda que não houvesse essa denominação propriamente dita), pois para boa parcela da doutrina a classificação da cumplicidade tão somente como medida de culpabilidade já não era critério suficiente.³¹ Ademais, esse modelo alvitado pelo Código Penal brasileiro de 1890, pretendia estabelecer uma relação exaustiva das hipóteses de autoria e cumplicidade delitivas que não faziam frente às diversas vertentes do cotidiano. Em outras palavras, era difícil que um modelo abstrato pudesse antever e sancionar todos os possíveis comportamentos humanos dirigidos à produção de um tipo penal.³²

As falhas do Código Penal de 1890 se intensificaram, à medida em que a doutrina percebeu a dificuldade de se explicar o fenômeno da instigação, bem como outras formas de posição de autor, como a coautoria e o próprio modelo de cumplicidade utilizado como medida de codelinquência.³³ A verdade é que o novo modelo instituído foi pensado levando em conta tão somente a ideia de criminalidade individual, sendo desta forma, insuficiente frente aos

³⁰ Nesse sentido ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 5; SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da república dos estados unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 50-54.

³¹ Nesse sentido ver dentre outros: ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro: commentario philosophico-cientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada**. Recife: José Nogueira de Souza, 1889, p. 137-139; BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, p. 236-237; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7-10; GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. Vol. 1. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1975, p. 234-236; SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro: segundo o Código penal mandado executar pelo decr. n. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência**. Vol. I. Rio de Janeiro: J. r. dos Santos, 1932, p. 205-206.

³² Nesse sentido ver dentre outros: ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro: commentario philosophico-cientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada**. Recife: José Nogueira de Souza, 1889, p. 137-139; BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, p. 236-237; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7-10; GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. Vol. 1. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1975, p. 234-236; SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro: segundo o Código penal mandado executar pelo decr. n. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência**. Vol. I. Rio de Janeiro: J. r. dos Santos, 1932, p. 205-206.

³³ Nesse sentido ver dentre outros: ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro: commentario philosophico-cientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada**. Recife: José Nogueira de Souza, 1889, p. 137-139; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 9-11; SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro: segundo o Código penal mandado executar pelo decr. n. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência**. Vol. I. Rio de Janeiro: J. r. dos Santos, 1932, p. 205-206..

delitos cometidos dentro de um contexto de criminalidade coletiva ou até mesmo empresarial.³⁴ Isso sem contar a total falta de referência ao instituto da autoria mediata, apesar da doutrina brasileira já ter obtido acesso, à época, a obra de Liszt, traduzida em 1899 por Hygino, que contemplava e explicava esta modalidade de autoria.³⁵

Posteriormente, verifica-se uma tentativa de sucessão legislativa deste entendimento por intermédio de diversos outros projetos de lei.³⁶ Não obstante, somente no ano de 1940 é que houve a reformulação do até então Código Penal em vigor, instituindo o atual e, ainda, vigente Código Penal brasileiro, cuja parte geral fora modificada no ano de 1984, através da Lei nº 7.209.³⁷

Em sua versão original, o Código Penal de 1940, com nítida influência do Código italiano de 1930 (*Codice Rocco*),³⁸ acabou simplificando o sistema que já era defasado em termos de criminalidade coletiva, utilizando a terminologia “Da coautoria” para estabelecer somente três dispositivos no tocante à delimitação dos sujeitos ativos: o artigo 25 estabelecia um conceito extensivo de autor tendo por referência a teoria da equivalência das causas;³⁹ o artigo 26 regulamentava a comunicabilidade das circunstâncias e;⁴⁰ por fim, o artigo 27 levava à conclusão da impunidade do partícipe quando a execução não sobrevinha, excetuando-se as hipóteses de aplicação de medida de segurança.⁴¹ Verifica-se, assim, que para além das *teorias*

³⁴ SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 9-11.

³⁵ LISZT defendia que a ideia de instigação abarcaria o instituto da autoria mediata, na medida em que a instigação somente poderia ser considerada como produção mediata do resultado, ou seja, uma causação mediante a qual a ação influenciada do agente vem a ser somente um anel na cadeia causal. Veja em: LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Vol. 1. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899, p. 350.

³⁶ Nesse sentido ver o projeto de Código Penal de 1893 de autoria de João Vieira de Araújo; o projeto de 1913 de Galdino Siqueira; o projeto de Sá Pereira em sua versão primitiva no ano de 1927 e na segunda versão em 1928 e; o projeto de Alcantara Machado de 1938. Todos referenciados por: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 11-14.

³⁷ Ver Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto>.

³⁸ “Não há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da teoria da equivalência das causas, adotada no art. 11”. Ver exposição de motivos nº 22 do Código Penal.

³⁹ Artigo 25, do Código Penal: Quem, de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a esse cominadas. [Redação original].

⁴⁰ Artigo 26, do Código Penal: Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. [Redação original].

⁴¹ Artigo 27, do Código Penal: O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado {art. 76, parágrafo único}. [Redação original].

*pluralísticas*⁴² e *dualísticas*,⁴³ que também pretendiam explicar o fenômeno do *concurso delinquentium*, é manifesto que o legislador brasileiro, aspirou adotar no Código Penal de 1940 a *teoria unitária* (monista ou igualitária), eliminando, assim, as distinções apriorísticas entre os vários tipos de participação no delito.⁴⁴

A teoria unitária é corolário da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado,⁴⁵ isto é, todos que concorrem para o crime são autores dele.⁴⁶ Por conseguinte, a participação não é vista como acessória, uma vez que o partícipe nada mais é do que um coautor, respondendo inteiramente pelo evento do qual fez parte.⁴⁷ A exposição de

⁴² Para a teoria pluralística de caráter eminentemente subjetivo a participação é tratada como autoria ou crime autônomo. Desta forma, cada sujeito ativo realiza uma ação, a qual corresponde um evento, com um vínculo psicológico próprio e autônomo. Já o partícipe é tratado com autonomia de autor, isto é, a participação seria um delito *sui generis*. Nesse sentido ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 30; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 445; GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 411-414; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 370; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 491.

⁴³ Para a teoria dualística há dois crimes: um para os autores, aqueles que realizam a atividade principal – a conduta típica emoldurada no ordenamento jurídico positivo –, e outro para os partícipes, aqueles que desenvolvem uma atividade secundária – que não realizam a conduta nuclear descrita no tipo de injusto –. Assim, a teoria consagra dois planos de conduta: um principal, que seria a dos autores ou coautores, e um secundário destinado aos partícipes. Compare, dentre outros, em: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 30; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444; GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 411; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 370; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 491.

⁴⁴ Nesse sentido ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 15-16; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 540-542; DOTTE, René Ariel. **O concurso de pessoas**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, ano 5, n. 1, p. 73-93, jan./dez. 1991, p. 74; GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 412-413; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 354; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 490-492.

⁴⁵ Nesse sentido ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 15-16; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 540-542; GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 412-413; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 587 e 591; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998, p. 360-361; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 354; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 490-492.

⁴⁶ MIR PUIG adverte que o direito positivado espanhol e alemão não se utilizam de um conceito unitário de autor, na medida em que diferenciam expressamente autores de partícipes. Não obstante, a doutrina alemã acolhe o conceito unitário de autor nos delitos de imprudência, o que não se verifica na doutrina e na jurisprudência espanhola. Compare em: MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998, p. 361.

⁴⁷ Nesse sentido: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 30-31; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.

motivos do Código Penal à época fazia expressamente referência à adoção dessa teoria:⁴⁸ a participação criminosa – afirma a *Exposição* – “pressupõe uma associação incindível de causas conscientes, uma convergência de atividades que são no seu incindível conjunto, a causa única do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo”.⁴⁹

A sustentação teórica dessa premissa causal assumida pelo Código Penal de 1940 devia-se ao fato de que uma vez adotada a teoria da equivalência dos antecedentes causais, não haveria como se escapar das regras de causalidade anteriormente assumidas pelo legislador;⁵⁰ esse raciocínio jurídico foi, inclusive, prevalente na doutrina brasileira até o surgimento da teoria do domínio do fato décadas depois.⁵¹

A bem da verdade, o panorama legislativo até aqui exposto demonstra claros resíduos de responsabilidade objetiva que fizeram com que a doutrina refletisse muito acerca das proposições teóricas contidas na Exposição de Motivos do Código de 1940.⁵² Por conta disso, outros projetos de reforma foram sendo criados. A título de exemplo, cite-se o projeto elaborado por Nelson Hungria em 1963, promulgado em 1969,⁵³ cujo início de vigência acabou sendo sucessivamente adiado até o Código Penal de 1969 ser finalmente revogado sem nunca ter entrado em vigor.⁵⁴

446-447; GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 411; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 491.

⁴⁸ DOTTI, René Ariel. **O concurso de pessoas**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, ano 5, n. 1, p. 73-93, jan./dez. 1891, p. 74.

⁴⁹ Ver exposição de motivos nº 22 do Código Penal.

⁵⁰ Sobre o assunto ver a obra de LISZT que estabelece uma diferença entre causa e condição. Seria autor aquele que causa uma condição para a produção do resultado e cúmplice aquele que aporta simples condição. Desta forma, a cumplicidade seria apenas uma assistência convertida em coparticipação, na medida em que a distinção entre causa e condição é, na verdade, insustentável. Compare em: LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Vol. 1. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899, p. 350.

⁵¹ Adotavam a teoria da equivalência dos antecedentes causais dentre outros: BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 258; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: José Bushastky, 1977, p. 273; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. 1. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 407; LYRA, Roberto. **Expressão mais simples do Direito Penal**: introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 109; MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 312.

⁵² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. 1. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 400-405.

⁵³ HUNGRIA, Nelson. **Anteprojeto de Código Penal**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963.

⁵⁴ O Código Penal de 1969 foi promulgado pelo Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, sendo revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978.

Ademais, a opção causal apresentada pelo legislador não impedia, segundo alguns doutrinadores, o tratamento diferenciado aos diversos agentes que participassem da empreitada criminosa.⁵⁵ Nessa senda, seria possível, no momento da dosimetria da pena, a partir da análise dos limites mínimos e máximos cominados ao delito punir autor e partícipe de forma diferenciada.⁵⁶ Por conta disto, a doutrina brasileira começou a questionar a utilização tão somente da causalidade como critério central e único de distinção de autoria.⁵⁷ Para tanto, fora criada a teoria da acessoriedade,⁵⁸ construídas as formas de participação⁵⁹ e, finalmente, admitida a figura da autoria mediata (ainda que, atualmente, o tema permaneça sendo de grande controvérsia).⁶⁰

No âmbito da teoria do delito, especialmente no tocante a teoria da autoria, a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, empreendida em 1984, representou um importante avanço na dogmática penal, na medida em que as crescentes preocupações em torno da brutalidade e da criminalidade, principalmente a organizada, conduziram o legislador à elaboração de normas preventivas e sancionadoras das condutas responsáveis pelo agravamento

⁵⁵ Nesse sentido ver dentre outros: BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 259; DOTTI, René Ariel. **O concurso de pessoas**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, ano 5, n. 1, p. 73-93, jan./dez. 1891, p. 74; FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 10; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. 1. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 402-405.

⁵⁶ Nesse sentido ver dentre outros: BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 259; DOTTI, René Ariel. **O concurso de pessoas**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, ano 5, n. 1, p. 73-93, jan./dez. 1891, p. 74; FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 10; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. 1. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 402-405.

⁵⁷ Nesse sentido ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 22; BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 259; DOTTI, René Ariel. **O concurso de pessoas**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, ano 5, n. 1, p. 73-93, jan./dez. 1891, p. 74; FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 10; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. 1. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 402-405.

⁵⁸ De conformidade com a concepção pessoal do tipo de injusto que distingue o desvalor da ação e o desvalor do resultado adotou a doutrina brasileira a teoria da acessoriedade mínima. Entretanto, há quatro espécies de acessoriedade: a já mencionada acessoriedade mínima (conduta típica), a acessoriedade limitada (conduta típica e ilícita), a acessoriedade extremada (conduta típica, ilícita e culpável) e, por fim, a hiperacessoriedade (conduta típica, ilícita, culpável e punível). Compare em: PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 497.

⁵⁹ Outra categoria que não se confunde com a autoria é a dos cúmplices ou partícipes, que constituem figuras laterais, secundárias ou de segunda linha na integral realização da figura típica, que, via de regra, não realizam a descrição típica, mas participam de um tipo de ilícito realizado por outrem. Compare em: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 758.

⁶⁰ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 22.

dos crimes.⁶¹ Certo é, que as modificações que foram produzidas, constituíram a primeira etapa de um procedimento específico de revisão e reestruturação dos tipos penais de injusto, para atender exigências específicas, baseadas na realidade em concreto do sistema jurídico-penal brasileiro à época.⁶²

Fiel a esse axioma, a Comissão Elaboradora da reforma entendeu por necessário manter muitos dispositivos que provaram a sua qualidade e indispensabilidade ao longo dos anos, porém, optou por modificar alguns setores que estavam defasados.⁶³ E dentro desse campo de atuação revisional é que fora inserido o novo Título IV do Código Penal, agora denominado de “Concurso de pessoas”: essa nova designação teve por objetivo demonstrar o reconhecimento da existência de uma multiplicidade de hipóteses de atuação no tipo de injusto, incluindo aí, as acepções de autoria, coautoria, autoria mediata e participação delitivas.⁶⁴

Não obstante, as reformas, quanto ao concurso de pessoas, não foram tão marcantes como quis parecer o legislador, na medida em que se manteve a *teoria unitária*, forte na contribuição causal para o delito, como exigência de certeza e segurança jurídica.⁶⁵ Assim, justamente pela manutenção desse pensamento clássico é que, na *Exposição de Motivos* da reforma, podemos encontrar, expressamente, que o Código de 1940 teria rompido com a

⁶¹ Nesse sentido ver: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 22; DOTTI, René Ariel. **O concurso de pessoas**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, ano 5, n. 1, p. 73-93, jan./dez. 1891, p. 74.

⁶² DOTTI, René Ariel. **O concurso de pessoas**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, ano 5, n. 1, p. 73-93, jan./dez. 1891, p. 89.

⁶³ Nesse sentido ver: BARBOSA, Licínio Leal. **O novo código penal: principais inovações**. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 21, n. 84, p. 359-378, out./dez. 1984, p. 365-366; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 24; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Código penal de 1984: antecedentes, ideologia, princípios, orientação, finalidade**. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 22, n. 86, p. 147-204, abr./jun. 1985, p. 163; DOTTI, René Ariel. **O concurso de pessoas**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, ano 5, n. 1, p. 73-93, jan./dez. 1891, p. 89; MORAES, Benjamin. **As novas leis penais do Brasil**. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 18, n. 70, p. 185-192, abr./jun. 1981, p. 186-187.

⁶⁴ Nesse sentido ver: BARBOSA, Licínio Leal. **O novo código penal: principais inovações**. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 21, n. 84, p. 359-378, out./dez. 1984, p. 365-366; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 24; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Código penal de 1984: antecedentes, ideologia, princípios, orientação, finalidade**. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 22, n. 86, p. 147-204, abr./jun. 1985, p. 163; DOTTI, René Ariel. **O concurso de pessoas**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, ano 5, n. 1, p. 73-93, jan./dez. 1891, p. 89; MORAES, Benjamin. **As novas leis penais do Brasil**. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 18, n. 70, p. 185-192, abr./jun. 1981, p. 186-187.

⁶⁵ Quanto à adoção da Teoria Unitária pelo Código Penal de 1940 há quem entenda que o legislador ordinário pretendeu adotar uma *Teoria Unitária Temperada*, na medida em que o instituto do concurso de pessoas estaria subordinado à teoria da culpabilidade e com isso haveria distinção entre autoria e participação, além de limitar a punibilidade de cada participante à contribuição causal e pessoal para o fato típico. Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 74.

tradição originária do Código Penal do Império, e adotado, nesse particular, a teoria da equivalência das causas, sem completo retorno à experiência passada, pois o Projeto teria se curvado aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras mais precisas de participação delitivas.⁶⁶

Acresceu-se, ainda, a esse fundo causal uma referência de culpabilidade concorrente para cada sujeito ativo no delito, consoante art. 29 e seguintes do Código Penal.⁶⁷ Assim, embora todos os participantes do delito incidissem nas sanções de um mesmo e único tipo penal, teriam dosagem de pena diferenciada de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta realizada, na medida de sua culpabilidade que seria, portanto, individualizada.⁶⁸ Na verdade, a referência a esta medida de culpabilidade inserida na parte final do art. 29, do Código Penal é uma proclamação de princípio que ilumina todo o quadro do concurso de agentes e introduz uma “cláusula salvatória”,⁶⁹ contra os excessos a que se poderia levar uma interpretação literal e radical da teoria unitária.⁷⁰

Notadamente, o que pode ser extraído da evolução legislativa em sede de delimitação de autoria é que o atual Código Penal brasileiro foi influenciado pela teoria da equivalência dos

⁶⁶ Ver Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22 da Nova Parte Geral do Código Penal.

⁶⁷ Art. 29, do CP: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a esse cominadas, na medida de sua culpabilidade. §1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. §2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena desse; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. Artigo 30, do CP: Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. Artigo 31, do CP: O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

⁶⁸ Nesse sentido ver dentre outros: BARBOSA, Licínio Leal. **O novo código penal**: principais inovações. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 21, n. 84, p. 359-378, out./dez. 1984, p. 365-366; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 24; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 447; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Código penal de 1984**: antecedentes, ideologia, princípios, orientação, finalidade. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 22, n. 86, p. 147-204, abr./jun. 1985, p. 163; MORAES, Benjamin. **As novas leis penais do Brasil**. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 18, n. 70, p. 185-192, abr./jun. 1981, p. 186-187.

⁶⁹ Expressão cunhada por DOTTI, como crítica à adoção pelo legislador infraconstitucional brasileiro à teoria unitária, a qual determina que todos os participantes da empreitada criminosa incidam nas sanções de um único e mesmo crime. Para DOTTI a referência à culpabilidade no final do artigo 29, do CP consubstanciaria na adoção ao sistema diferenciador que distingue a atuação de autores e partícipes, permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e contribuição causal da conduta de cada agente. Compare em: DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 98.

⁷⁰ ANTOLISEI defende que o conceito unitário de autor estaria em conformidade com o sistema jurídico-penal italiano, pois as várias ações dos participantes não poderiam ser consideradas isoladamente, uma vez que fazem parte de uma única operação desencadeada pelo autor, o que, inclusive, estaria em perfeita consonância com o disposto no artigo 110 do Código Penal italiano, que considera autor todos os participantes do delito. Compare em: ANTOLISEI, Francesco. **Manual de derecho penal**: parte general. 8. ed. Tradução Jorge Guerrero e Mariano Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1988, p. 393.

antecedentes causais, com base no Direito Penal italiano.⁷¹ No entanto, apesar da crescente evolução verifica-se a ausência de um respaldo legislativo acerca da responsabilidade criminal coletiva, especialmente aquela praticada por meio de empresas organizadas. E isso é facilmente compreendido pois, as principais teorias desenvolvidas nos últimos tempos foram construídas a partir de um estado de coisas estabelecido na lógica da responsabilidade criminal individual, restando de lado a criminalidade organizada ou até mesmo aquela desencadeada dentro de organizações empresariais.⁷² Ocorre que esta perspectiva mudou com o crescente aumento de delitos praticados por meio de empresas de forma que a atual teoria da autoria encontra-se defasada para o atendimento dessas novas formas de criminalidade organizada.

1.2 Sistema unitário e diferenciador

A evolução do conceito de autoria e participação no sistema jurídico-penal brasileiro sofreu grandes transformações dada à dificuldade de se estabelecer, diante do caso concreto, a responsabilidade individual de cada participante.⁷³

Fato é que as proposições desenvolvidas pelo causalismo, essencialmente no século XIX, permitiram a construção tão somente de um critério unitário de autor.⁷⁴ A partir dessas

⁷¹ Nesse sentido ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 15-16; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 540-542; DOTTE, René Ariel. **O concurso de pessoas**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, ano 5, n. 1, p. 73-93, jan./dez. 1991, p. 74; GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 412-413; PACHELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 354; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 490-492.

⁷² Nesse sentido: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014; SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013.

⁷³ ROSA, Antônio José M. Feu. **Do concurso de pessoas**. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Direito penal**: doutrinas essenciais. Vol. 2. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2010, p. 25-27.

⁷⁴ Nesse sentido ver dentre outros: ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro**: comentario philosophico-cientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada. Recife: José Nogueira de Souza, 1889, p. 137-139; BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, p. 236-237; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7-10; GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. Vol. 1. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1975, p. 234-236; MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 306-307; SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Código penal mandado executar pelo decr. n. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Vol. I. Rio de Janeiro: J. r. dos Santos, 1932, p. 205-206; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

concepções, a literatura especializada começou a se dividir criando, basicamente, dois sistemas, quais sejam: sistema unitário e o sistema diferenciador.⁷⁵ A solução de acessoriedade pretendida pelo sistema unitário busca compreender toda forma imaginável de colaboração para a execução de um fato típico, sem distinguir, *à priori* autoria e participação. Portanto, a efetiva contribuição dada para o desenrolar do injusto somente poderia ser avaliada em eventual aplicação da pena, como medida de punibilidade.⁷⁶

O sistema unitário por sua vez, subdividiu-se em três categorias: o (i) *sistema unitário formal*, que parte de um conceito categoricamente amplo e indiferente quanto a ideia de autor, não diferenciando as diversas contribuições causais para o fato;⁷⁷ o (ii) *sistema unitário funcional*, que reconhece as diferentes formas de autoria, apesar de todos se sujeitarem a mesma sanção prevista, havendo diferenciação puramente conceitual de acordo com o tipo de injusto;⁷⁸ e o (iii) *sistema unitário reduzido*, que diferencia a contribuição causal tão somente como medida de pena, uma vez que todos que concorrem para o crime incidem nas penas a esse cominadas.⁷⁹

No entanto, as formas de solução pretendidas pelo sistema unitário conduzem a uma considerável extensão da punibilidade, na medida em que o partícipe também estaria submetido à plena punibilidade do autor.⁸⁰ Por conta disto, a doutrina desenvolveu o sistema diferenciador ao pretender que o ilícito do partícipe fosse independente do ilícito do autor.⁸¹ Assim, todos os

⁷⁵ Nesse sentido ver: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 107, p. 13-93, mar./abr. 2014, p. 15-16; MESTIERE, João. **Manual de direito penal**: parte geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 200; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p; 56-60.

⁷⁶ Nesse sentido ver: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 107, p. 13-93, mar./abr. 2014, p.18-21; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 287.

⁷⁷ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p; 57-58.

⁷⁸ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p; 58-59.

⁷⁹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-60.

⁸⁰ Nesse sentido ver: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 107, p. 13-93, mar./abr. 2014, p.18-21; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 289; MESTIERE, João. **Manual de direito penal**: parte geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 200; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-60;

⁸¹ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 289.

participantes no ilícito seriam distinguidos já no tipo de injusto,⁸² de acordo com a respectiva descrição dada para o autor nos crimes em espécies, sendo que “as contribuições fáticas seriam concebidas de acordo com o seu peso material”.⁸³

O sistema diferenciador ou diversificador geralmente é encontrado nos ordenamentos jurídicos que adotam a *common law*, embora também presente na *civil law*.⁸⁴ No direito consuetudinário classifica-se a participação da seguinte forma:⁸⁵ (i) *principals in the first degree* que considera autor aquele que praticou o ato responsável pela realização típica (*actus reus*), isto é, aquele que dispara a pistola, que subtrai o objeto; (ii) *principals in the second degree* que são aqueles que prestam auxílio ao autor principal em primeiro grau; (iii) *accessories before the fact* que são aqueles que prestam auxílio de alguma forma ao partícipe principal, antes do cometimento do delito e; (iv) *accessories after the fact* que prestam auxílio ao criminoso para que esse escape à prisão, julgamento ou sanção, isto é, aquele que fornece o carro para a fuga, compra alimentos, empresta dinheiro ou realiza qualquer ato que subtraia o autor à ação da autoridade estatal.⁸⁶

O Código Penal de 1940, por sua vez, partiu de um sistema unitário reduzido, considerando autor todos os intervenientes que aporem uma contribuição causal para a realização do tipo de injusto,⁸⁷ ou seja, basta o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado

⁸² Sobre a aplicabilidade dos sistemas unitário e diferenciador MAURACH traz o seguinte exemplo: se, por exemplo, X quer lesionar bens jurídicos próprios por intermédio de terceiros (induzindo o homicídio do indutor), não haveria tipicidade penal da conduta de X, a partir de um sistema diferenciador, pela falta de afetação à bem jurídico alheio. No entanto, no sistema unitário, a dependência da punibilidade do partícipe à despeito do fato principal do autor poderia conduzir a punibilidade de X. Compare em: MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 290.

⁸³ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

⁸⁴ Nesse sentido ver: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 107, p. 13-93, mar./abr. 2014, p. 15-16; MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 306-307; MESTIERE, João. **Manual de direito penal**: parte geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 200.

⁸⁵ Sobre as diferenças e semelhanças entre Civil e Common Law ver: VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Fabris, 2007. 270 p.

⁸⁶ MESTIERE, João. **Manual de direito penal**: parte geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 200.

⁸⁷ Nesse sentido ver dentre outros: ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro**: comentario filosofico-cientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada. Recife: José Nogueira de Souza, 1889, p. 137-139; BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, p. 236-237; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7-10; GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. Vol. 1. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1975, p. 234-236; MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 306-307; SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Código penal mandado executar pelo decr. n. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência.

para chegar-se a conclusão de que o indivíduo tenha sido autor.⁸⁸ A ideia básica de se abandonar os critérios de distinção entre autoria e participação no tipo de injusto, reside no fato de uma correta e justa medida de pena, isto é, caberia ao magistrado analisar se o sujeito foi autor ou participe no fato, por meio da significativa intervenção causal do sujeito ativo no transcurso do delito.⁸⁹

Contudo, é possível apontar alguns problemas no critério unitário reduzido pois, a ausência de diferenciação entre autoria e participação acaba por diminuir a segurança de distribuição de justa medida de reprovação. Por conta disto, foram desenvolvidos os conceitos extensivo e restritivo de autor.⁹⁰ O conceito extensivo de autor deriva da teoria da equivalência dos antecedentes causais, por isso considera autor qualquer um que realize conduta causal para a concretização do tipo.⁹¹ Veja-se, à título de exemplo o art. 155, caput, do CP – furto simples (“subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”) – deve-se considerar que, qualquer um que seja causa para a subtração de coisa alheia móvel, seja para si, seja para outrem, age tipicamente, desde que, cause o resultado (subtração) culpavelmente, de forma dolosa ou culposa e, por isso, deverá sofrer sanção penal como autor do tipo doloso ou culposos.⁹²

Vol. I. Rio de Janeiro: J. r. dos Santos, 1932, p. 205-206; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p; 56.

⁸⁸ ANTOLISEI assegura que não é somente o resultado delituoso que deve ser considerado senão também a ação e o conjunto de ações que foram determinantes para o resultado, isto é, será causa para o fato aquela sem a qual o resultado não seria produzido, como também aquela sem a qual não seria produzida determinada atividade executiva que efetivamente tenha sido realizada. Compare em: ANTOLISEI, Francesco. **Manual de derecho penal**: parte general. 8. ed. Tradução Jorge Guerrero e Mariano Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1988, p. 399.

⁸⁹ Sobre o tema ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 13-14; SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 275; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 354; WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 115.

⁹⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 426.

⁹¹ Sobre o tema ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 32-33; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 451-452 BUSTOS RAMÍREZ, Juan J; HORMAZÁBAL MALARÉ, Hernán. **Lecciones de Derecho Penal**. Vol. II. Madrid: Trotta S.A., 1999, p. 282-283; COBO DEL ROSA, Manuel. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 735-736; D`ALESSIO, Andrés José; DIVITO, Mauro A. **Código penal comentado y anotado**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 729; GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 426; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 355; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 492; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 61-66.

⁹² Exemplo referenciado por SILVA com relação ao tipo penal do homicídio – art. 121, do CP. Ver: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 62.

Naturalmente, sob o ponto de vista do conceito extensivo de autor, todos aqueles que contribuïrem de forma causal para o delito serão igualmente causadores do resultado; entretanto, se a lei determina que haja distinção entre autoria e participação (art. 29, do CP), tal distinção deverá ser feita tão somente no plano subjetivo, para fins de apenamento, isto é, a restrição imposta pela legislação diz respeito tão somente à punibilidade de forma diminuída para alguns dos participantes na empreitada criminosa.⁹³ Como se verifica, o conceito extensivo leva em conta somente critérios subjetivos de distinção entre autoria e participação.⁹⁴

Contudo, essa acepção meramente subjetiva não encontra fundamento no sistema jurídico-penal brasileiro,⁹⁵ justamente porque a multiplicidade de delitos contidos na Parte Especial do Código Penal e nas variadas legislações extravagantes torna praticamente impossível “a elaboração de uma distinção” entre autoria e participação “baseada em critérios individuais.”⁹⁶ Entretanto, é possível encontrar principalmente no direito comparado, países que adotam a concepção extensiva de autor. Veja-se, à título de exemplo, a legislação chilena, que traz um conceito estrito de autor no artigo 15, do CP,⁹⁷ mas que permite uma ampliação desse conceito a partir dos respectivos tipos previstos na parte especial do Código: falsificação

⁹³ Alguns autores consideram que o conceito extensivo de autor seria equivalente ao conceito unitário, forte na teoria da equivalência das condições. Veja em: ARLUCEA, Esseban. **Lecciones de teoría jurídica del delito**. Granada: Comares, 1999, p. 139; COBO DEL ROSA, Manuel. **Derecho penal: parte general**. 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 735-736.

⁹⁴ D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 118.

⁹⁵ Sobre o assunto assevera BITENCOURT que os conceitos puramente subjetivos de autoria seriam verdadeiros inconvenientes, pois se tratam de institutos que se fizeram presentes, com grande intensidade, nas condenações dos nazistas na jurisprudência alemã. Verifica-se, que por ocasião do julgamento dos executores diretos dos atos bárbaros, muitos acabaram sendo condenados como meros cúmplices porque os fatos estariam na esfera da vontade alheia. Compare em: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 451-452.

⁹⁶ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

⁹⁷ Artigo 15, do Código Penal de 1874: “Se consideran autores: 1º Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa; 2º Los que furzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo. 3º Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”. CHILE. **Lei nº 2561**, de 12 de noviembre de 1874. Código Penal. Diário Oficial da República do Chile, Santiago, CHI, 12 nov. 1874. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>. Acesso em: 27 de out. 2017.

de moeda (art. 163, do CP Chileno),⁹⁸ falso testemunho (art. 206, do CP Chileno),⁹⁹ e etc. Para esta legislação o fato da lei diferenciar autoria e participação já seria a principal razão para se estabelecer diferentes formas de intervenção no fato típico. Assim, se não houvesse normativamente diferença de tratamento todos os partícipes deveriam ser considerados autores.¹⁰⁰

Em Portugal, até a década de 70, do século passado, sob nítida influência do pensamento de Correia, defendia-se um conceito extensivo de autor, forte na teoria da adequação que fazia mera distinção entre autoria e participação tendo por fundamento a contraposição dos comportamentos *causam dans* e *causam non dans*.¹⁰¹ A participação teria natureza acessória, derivando sua criminalidade a partir da extensão da punibilidade do fato principal.¹⁰² Dessa forma, seria possível punir o partícipe quando o autor realizasse um fato punível (acessoriedade rigorosa), quando realizasse um fato típico e ilícito (acessoriedade limitada) ou, quando ao menos, realizasse um fato típico (acessoriedade mínima).¹⁰³

Dentro desse contexto dogmático se inseriam as figuras da autoria moral ou intelectual, e todas as situações em que alguém motivasse ou determinasse terceiro à prática de um tipo de injusto, desde que o resultado pretendido constituísse consequência previsível da conduta do

⁹⁸ Artigo 163, do Código Penal de 1874: “El que falsificare moneda de oro o plata que tenga curso legal, empleando otras substancias diversas, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Si la moeda falsificada fuere de vellón, las penas serán presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”. CHILE. **Lei nº 2561**, de 12 de noviembre de 1874. Código Penal. Diário Oficial da República do Chile, Santiago, CHI, 12 nov. 1874. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁹⁹ Artigo 206, do Código Penal de 1874: “El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, se se tratare de proceso penal por crimen o simples delito”. CHILE. **Lei nº 2561**, de 12 de noviembre de 1874. Código Penal. Diário Oficial da República do Chile, Santiago, CHI, 12 nov. 1874. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>. Acesso em: 27 de out. 2017.

¹⁰⁰ D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 118.

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 760.

¹⁰² CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 247.

¹⁰³ Nesse sentido ver: CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 247; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 760.

autor (autoria mediata). Contudo, a partir da década de 70, ocorreram mudanças substanciais no Direito Penal português, especialmente pelo reconhecimento da teoria do domínio do fato.¹⁰⁴

De outra banda, o desenvolvimento do conceito restritivo de autor parte de uma concepção do tipo de injusto, na medida em que esses são construídos de forma a apontar tão somente o autor, não compreendendo, via de regra, a atividade do partícipe (acessória).¹⁰⁵ Assim, o conceito restritivo abarca o tipo de injusto de forma estrita, pois somente o autor é quem realiza a conduta descrita no tipo, mas não o partícipe.¹⁰⁶ Segundo esta teoria, é autor somente aquele que: mata (art. 121, do CP), subtrai (artigo 155, do CP), destrói (art. 163, do CP), falsifica (artigo 168, do CP), isto é, aquele que preenche o núcleo do tipo.¹⁰⁷

A diferença entre autor e partícipe poderia ser meramente objetiva segundo uma classe de contribuição para o fato, conforme preleciona o princípio da acessoriedade.¹⁰⁸ Ademais, uma vez que se reconhecesse a natureza acessória da participação, somente se poderia pensar na punibilidade do partícipe a partir de uma extensão da própria punibilidade do autor. Todavia, esse conceito também não restou imune às críticas.¹⁰⁹

¹⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: questões fundamentais**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 765-768.

¹⁰⁵ No direito comparado ver dentre outros: ARLUCEA, Esseban. **Lecciones de teoría jurídica del delito**. Granada: Comares, 1999, p. 140; BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 1999, p. 488-489; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 589-590; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998, p. 363.

¹⁰⁶ Sobre o tema ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 31-32; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 450; D'ALESSIO, Andrés José; DIVITO, Mauro A. **Código penal comentado y anotado: parte geral**. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 729; GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 427; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 354; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 492; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66-69.

¹⁰⁷ Sobre o tema ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 31-32; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 450; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 354; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 492.

¹⁰⁸ Sobre o tema ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 31-32; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 450; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 354; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 492.

¹⁰⁹ D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 120.

As dificuldades que o conceito extensivo apresenta referem-se tanto à participação quanto à autoria mediata, “pois os partícipes não preenchem o tipo e somente são puníveis, porque há aspectos, sobretudo dogmáticos, que declaram a participação como punível”.¹¹⁰ Ademais, subsiste o problema quanto à questão da autoria mediata, pois segundo este critério o autor mediato não mereceria solução penal, já que ausente norma específica sobre sua atuação. A respeito do tema, veja-se o seguinte exemplo: “X” instiga “Y” para que roube “V”, mediante ameaça com arma de fogo, ambos atuando dolosamente. Pode-se dizer que a conduta de “Y”, de empunhar a arma de fogo para realizar o roubo é típica porque se enquadra nos elementos contidos do artigo 157, *caput*, do CP; porém, a conduta de “X”, de acordo com o conceito restritivo de autor, só seria típica enquanto conduta externa, diante de normas específicas sobre a instigação e caso estas não existissem, a conduta de “X” seria impune.¹¹¹

Há, ainda, quem critique essa teoria pelo fato de considerar como autores sujeitos que não reúnem condições exigidas pelo tipo penal. Assim, se um particular cooperasse com um funcionário público, na execução de um delito próprio da Administração Pública (por exemplo, nos crimes de peculato, prevaricação, corrupção ativa, corrupção passiva e etc.), de acordo com o conceito restritivo, o particular também poderia ser autor do tipo de injusto.¹¹² O mesmo sucederia com os chamados delitos de mão própria, em que somente pode ser autor quem realizar por si a ação típica (por exemplo, o auto aborto, e o falso testemunho). Nesses últimos casos, só o fato do sujeito cooperar de algum modo para o fato típico lhe converteria em autor, o que constituiria verdadeira (aberração) jurídica.¹¹³

No entanto, esta acepção encontra fundamento na doutrina comparada, como por exemplo, na legislação argentina, que estabelece um conceito restritivo de autor, na forma do art. 45 do CP.¹¹⁴ Para esta legislação são merecedores de pena aqueles que tomem parte na execução do fato; cooperem com o autor de tal modo que sem esta colaboração o ilícito não

¹¹⁰ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

¹¹¹ Exemplo referenciado por SILVA com relação ao tipo penal do homicídio – art. 121, do CP. Ver: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

¹¹² D’ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 120.

¹¹³ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 16-17.

¹¹⁴ Artigo 49, do Código Penal de la Nación: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”. Veja em: D’ALESSIO, Andrés José; DIVITO, Mauro A. **Código penal comentado y anotado**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 728.

poderá ser cometido e; quem determine diretamente a outro cometer o fato.¹¹⁵ Naturalmente, a participação é vista aqui como uma forma de extensão da punibilidade. Também é possível enxergar a concepção restritiva de autor no Código Penal francês de 1810 e no Código Penal prussiano, de 1851.¹¹⁶

Os déficits de conceituação clara e precisa entre autoria e participação surgidas com os conceitos extensivo e restritivo de autor fizeram com que literatura especializada procurasse elaborar outros fundamentos teóricos, que pudessem superar as críticas e os problemas criados.¹¹⁷ Dessa forma, foram desenvolvidas as teorias objetivas e a teorias subjetivas por meio de uma complementação aos conceitos extensivo e restritivo de autor, de forma que não seria correto falar propriamente em uma nova teoria delimitativa do conceito de autor, mas sim de uma reformulação dos já existentes critérios, a partir da distinção entre as diversas formas de contribuição para a ocorrência do tipo de injusto levando em conta duas acepções: grau de exteriorização da participação do fato delituoso ou a direção da vontade dos participantes.¹¹⁸

Veja-se, ainda, que os conceitos restritivo e extensivo de autor tampouco resolveram os problemas relativos à autoria nas organizações empresariais complexas. A uma porque a responsabilidade criminal nesse tipo de organização está umbilicalmente relacionada a uma concepção de autoria mediata, ou seja, a utilização de um instrumento (punível) para execução do fato típico e estas teorias sequer explicam a atuação de um sujeito por intermédio de um instrumento, de forma que não haveria como responsabilizar o autor mediato;¹¹⁹ A duas porque estes conceitos utilizam-se de uma concepção de autoria que necessariamente está relacionada a execução do núcleo descrito no tipo penal, não explicando os casos em que o autor não executa o tipo penal, mas determina que alguém o faça.¹²⁰

¹¹⁵ D'ALESSIO, Andrés José; DIVITO, Mauro A. **Código penal comentado y anotado**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 728-730.

¹¹⁶ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

¹¹⁷ Nesse sentido ver: BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 1999, p. 491; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 60-61; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 283; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 759; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 196.

¹¹⁸ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

¹¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 775.

¹²⁰ Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 451-452; D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y**

1.3 Teorias objetivas de autor

As teorias objetivas se fundamentam a partir de um critério meramente objetivo do fato punível, tendo em vista os elementos descritivos da conduta típica. Assim, o propósito de delimitação do conceito de autoria partiria de uma análise puramente objetiva do tipo.¹²¹

A doutrina também se dividiu quanto ao critério objetivo de autor, desenvolvendo a teoria objetivo-formal e a teoria objetivo-material.

A teoria objetivo-formal, ao que tudo indica, foi preconizada por Birkmeyer.¹²² Para o doutrinador seria autor quem executasse pessoalmente, de forma total ou parcial, a ação típica descrita no tipo de injusto previsto na parte especial. No caso do delito ser realizado em concurso de pessoas, seria autor quem realizasse alguns dos elementos típicos previstos no tipo de injusto.¹²³ Assim, de acordo com a teoria objetivo-formal, será autor quem: matar alguém (art. 121, do CP), caluniar alguém (art. 138, do CP), constranger alguém (art. 148, do CP), extorquir alguém (art. 158, do CP), e assim por diante.

Procura-se com isto superar as críticas ao conceito restritivo de autor estabelecendo-se duas diretrizes, a saber: a delimitação da autoria a partir da conduta praticada e do resultado

participación en la legislación penal colombiana. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 120; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65-68.

¹²¹ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 60-61.

¹²² Nesse sentido: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal.** 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 24; ANTOLISEI, Francesco. **Manual de derecho penal:** parte general. 8. ed. Tradução Jorge Guerrero e Mariano Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1988, p. 393; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 50.

¹²³ Sobre o tema ver dentre outros: ARLUCEA, Esteban. **Lecciones de teoría jurídica del delito.** Granada: Comares, 1999, p. 140; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 450; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J; HORMAZÁBAL MALARÉ, Hernán. **Lecciones de derecho penal.** Vol. 2. Madrid: Trotta, 1999, p. 285-286; D'ALESSIO, Andrés José; DIVITO, Mauro A. **Código penal comentado y anotado:** parte geral. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 731-732; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 759; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal:** parte general. 4. ed. Tradução José Luis Manzanera Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 590; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal:** parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998, p. 363; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 355; GALVÃO, Fernando. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 427-428; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 493-494; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016 p. 50; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69-71; SOTA SÁNCHEZ, Percy André. **Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho.** *Derecho y Cambio Social*, Lima, ano 9, n. 27, p. 1-23, jan./mar. 2012, p. 2-4; WESSELS, Johannes. **Direito penal:** parte geral. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 118.

ocorrido, sem que haja interferência da vontade humana ou do interesse do agente; e a necessidade de se recorrer aos tipos penais da parte especial do respectivo Código Penal, bem como da legislação extravagante, sendo decisivo para a delimitação do sujeito ativo a realização dos elementos do tipo penal.¹²⁴

Não obstante, o fundamento de validade dessa teoria não é uníssono na doutrina. Alguns consideram que o fato do indivíduo executar o delito já revela uma maior perigosidade e reprovabilidade do que aquele que comete um mero ato preparatório; dessa forma, aquele que puxa o gatilho e mata a vítima (autor) deveria receber tratamento penal diferenciado daquele que somente se presta a vigiar o local do crime (partícipe).¹²⁵ Há entendimentos doutrinários, no entanto, que defendem a teoria objetivo-formal como ponto de partida e limite obrigatório do conceito de autoria, na medida em que ela apontaria para uma ligação indissolúvel entre a figura do autor e a efetiva realização do tipo de injusto, conferindo-lhe um sentido dogmático que vai ao encontro do princípio *nullum crimen sine lege*.¹²⁶

Apesar da pequena divergência na literatura especializada quanto ao fundamento de validade da teoria, a maioria dos doutrinadores concorda que, segundo um critério formal-objetivo, seria autor aquele que executasse a ação descrita no tipo e partícipe aquele que não executasse a conduta típica, mas cuja ação prestasse auxílio prévio ou preparatório ao autor principal.¹²⁷

A utilização de um critério ínsito ao tipo fez com que a teoria objetivo-formal fosse predominante no pensamento alemão do século XIX.¹²⁸ No Direito Penal italiano essa teoria

¹²⁴ Nesse sentido: BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 1999, p. 491; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70

¹²⁵ Em sua obra ALBERTO DONNA menciona que Finger, Wegner e Gimbernat Ordeig defendem como fundamento de validade da teoria objetivo-formal uma maior perigosidade daquele que executa o delito. Compare em: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 25.

¹²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 759.

¹²⁷ Esclarece-nos BATISTA que o critério formal-objetivo se contenta na verdade não com a integral realização da conduta executiva, mas, sim com a realização de um ‘trecho’ dessa conduta, ou seja, com a mera interferência em parte da execução. Veja em: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 64.

¹²⁸ A teoria objetivo-formal foi dominante na jurisprudência alemã até meados da década de 30 do século passado. Sua fraqueza reside justamente na ausência de esclarecimento quanto à autoria mediata, como no caso do chefe do bando que permanece nos bastidores somente ordenando os atos, porém, raramente os executando. Compare em: WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 118.

também fora bem-conceituada, tanto sob o regime do Código Zanardelli, quanto sob o regime do Código Rocco.¹²⁹

A teoria objetivo-formal continua sendo aplicada em algumas legislações, como o Código Penal espanhol, que no parágrafo primeiro, do artigo 28¹³⁰ estabelece um conceito implícito, ao referir que será autor aquele que executar o fato por si só.¹³¹ Para a legislação espanhola é autor quem realiza o fato; e com a utilização da palavra fato, sem dúvida, quis o legislador se referir à ação ou omissão típica e, portanto, a um critério objetivo-formal.¹³²

Em que pese o avanço dogmático acerca das teorias delimitativas da autoria e a aceitação da teoria do domínio do fato no cenário brasileiro, certo é que o critério objetivo-formal ainda é dominante na doutrina brasileira,¹³³ e estrangeira, pois ela evitaria os defeitos de uma análise puramente causal, bem como premiaria a fórmula legislativa de manter as descrições típicas em primeiro lugar.¹³⁴

Entretanto, ainda que se pareça aceitável um critério baseado no tipo penal, há alguns problemas na teoria objetivo-formal. Isto porque, essa não responde todos os casos de autoria no direito penal, sendo insuficiente frente à complexidade da conduta humana e especificamente aos delitos praticados por meio de organizações empresariais complexas.¹³⁵

¹²⁹ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 60.

¹³⁰ Artículo 28, do Código Penal y legislación complementaria: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”. COBO DEL ROSA, Manuel. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 735.

¹³¹ MIR PUIG refere que apesar da teoria objetivo-formal ser dominante na doutrina espanhola frequentemente é possível identificar critérios próprios da teoria objetivo-material. Compare em: MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998, p. 363.

¹³² CEREZO MIR, José. **Autoría y participación en el nuevo código penal español**. *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, ano 25, n. 64, p. 90-110, jan./abr. 2003, p. 92.

¹³³ A ele aderem, dentre outros: BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 256; DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 304; MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Vol. 2. São Paulo: Millennium, 1965, p. 304; MARTINS, José Salgado. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 268; RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 40.

¹³⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 51.

¹³⁵ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 27.

Certo é que somente forçando alguns conceitos é que se poderia aplicar o critério objetivo-formal a certas hipóteses de autoria mediata e coautoria.¹³⁶

No que diz respeito a criminalidade realizada por meio de organizações empresariais complexas haveria problemas de aplicação da referida teoria.¹³⁷ Isto é, facilmente, compreendido a partir da análise do seguinte caso concreto: se um “coronel”, por exemplo, resolvesse determinar a seus “jagunços” que eliminassem determinado grupo de trabalhadores rurais que tentassem invadir sua fazenda, prescrevendo-lhes local, data, hora, *modus operandi* e fornecendo, ainda, os meios de execução, não poderia, em princípio, ser responsabilizado como autor dos homicídios cometidos, mas sim mero partícipe, uma vez que não executaria no todo ou em parte o tipo de injusto previsto no artigo 121, do CP.¹³⁸

Haveria, portanto, problemas de verificação prática da teoria objetivo-formal, diante das hipóteses de autoria mediata, pois nessa o autor não realiza de próprio punho o tipo penal, mas tão somente determina que alguém (terceiro) execute o núcleo do tipo, que, por sua vez, poderá atuar com dolo ou não.¹³⁹ Todavia, há aqueles que pretendem defender a teoria explicitando que a solução cabível seria encarar “o coronel” como mero instigador, com base em uma limitação da teoria da acessoriedade, caso contrário ele seria impunível.¹⁴⁰ Há, ainda, aqueles que destacam a autoria mediata, isto é, definem sempre o autor (em primeiro lugar), com base na execução do tipo de injusto para em seguida definir o autor mediato (instrumento), fundamentando-se no princípio da causalidade, ou seja, causação da realização da conduta típica, mas essa forma de pensar não estaria, em princípio, adequada ao modelo pretendido pelo critério objetivo-formal, havendo um desvirtuamento da teoria.¹⁴¹

Em segundo lugar, esta teoria também não resolve corretamente certas hipóteses de coautoria.¹⁴² Pensando em um delito complexo como, por exemplo, o crime de roubo (art. 157,

¹³⁶ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 27; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 196.

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 196.

¹³⁸ Exemplo referenciado por: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 64.

¹³⁹ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 64

¹⁴⁰ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 27.

¹⁴¹ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 65.

¹⁴² SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

do CP), em que um agente emprega a violência, enquanto o outro realiza a subtração do objeto, seria difícil esclarecer o autor do fato, na medida em que uma parte do tipo penal, a saber, a subtração, não estaria nas mãos daquele agente que causa a violência; e, isto implicaria em um prêmio (absurdo) ao agente que atuou de forma mais perigosa, qual seja, o que praticou a violência, mas não subtraiu.¹⁴³ Ademais, não se poderia aceitar que o legislador pretendesse valorar de forma distinta sujeitos ativos que realizaram o mesmo tipo penal em comunhão de desígnios.¹⁴⁴

A insuficiência quanto à definição dos critérios prático-normativos da autoria, fizeram com que a teoria objetivo-formal cedesse espaço a outras formas de pensar, tal como a teoria objetivo-material.¹⁴⁵

A teoria objetivo-material já nasce sendo objeto de divergência quanto à sua própria definição, uma vez que parcela da doutrina defende se tratar de mera equivalência da teoria do domínio do fato,¹⁴⁶ enquanto outros a consideram uma subespécie da teoria objetiva que nada tem a ver com o domínio do fato.¹⁴⁷ Para além dessa divergência de alocação doutrinária, a teoria objetivo-material procura diferenciar autores e partícipes de forma quantitativa, isto é, segundo o aporte causal realizado pelo sujeito ativo, distinguindo a “causa necessária ao inevitável” da “causa meramente aproveitável”; haveria também uma distinção entre causalidade que intervém fisicamente e aquela que intervém somente na psique humana.¹⁴⁸

¹⁴³ Exemplo referenciado por: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

¹⁴⁴ Nesse sentido ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 27; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 65; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

¹⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: questões fundamentais**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 760.

¹⁴⁶ Nesse sentido: BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 1999, p. 495; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal: parte general**. 3. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 283; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 196.

¹⁴⁷ SILVA assegura que a teoria objetivo-material é representada particularmente por Fuerbach, Berner, Flegenheimer, Birkmeyer e Frank, surgindo como uma complementação à teoria objetivo-formal que apresenta falhas em relação àquelas hipóteses de crimes de resultado. Compare em: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

¹⁴⁸ Sobre o tema ver dentre outros: ARLUCEA, Esteban. **Lecciones de teoría jurídica del delito**. Granada: Comares, 1999, p. 140; BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 1999, p. 494-495; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 450-451; D'ALESSIO, Andrés José; DIVITO, Mauro A. **Código penal comentado y anotado: parte geral**. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 732-733; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: questões fundamentais**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 760-

Assim, manteria-se aqui a relação de causalidade, que fundamenta a condição da autoria no fato típico, desde que não existissem razões de direito que a excluíssem. Dessa forma, também deveria ser considerado autor o sujeito que causa o resultado, independentemente de sua classificação doutrinária, já que a participação, nas suas formas de instigação e cumplicidade também são causas do crime, recebendo tratamento diferenciado tão somente por determinação legal.¹⁴⁹ Assim, a participação seria uma hipótese de menor relevância causal, que corresponderia a diminuta responsabilidade penal, por imposição legal. Por isso o autor seria causa e o partícipe condição do evento típico.¹⁵⁰

As teorias objetivo-material mais conhecidas na ciência penal e que trouxeram contribuições para a dogmática são: a teoria da necessidade, a teoria da simultaneidade, a teoria da supraordinação e a teoria diferenciadora da causalidade.¹⁵¹ Vejamos cada uma delas em separado.

Segundo a teoria da necessidade será considerado autor aquele que realizar um aporte imprescindível para a produção do resultado, sem o qual esse não se realizaria.¹⁵² Também conhecida como teoria do cooperador necessário, teve como principais expoentes Feuerbach, Stubel e Grolman.¹⁵³ Exemplificando, para esses autores, seria autor do delito de apropriação indébita aquele que se apropriasse da coisa alheia móvel da qual tivesse posse ou detenção (art. 168, do CP).

764; GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 428-429; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998, p. 364; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 355; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 494; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 55; SOTA SÁNCHEZ, Percy André. **Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho**. *Derecho y Cambio Social*, Lima, ano 9, n. 27, p. 1-23, jan./mar. 2012, p. 4; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71-73.

¹⁴⁹ GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 428.

¹⁵⁰ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 494.

¹⁵¹ D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 123-124.

¹⁵² Na literatura especializada há quem entenda que a teoria da necessidade teria influenciado o Direito espanhol, não podendo ser de todo descartada. Compare em: BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 1999, p. 494.

¹⁵³ Nesse sentido: D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 123; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 53-56.

Para a teoria da simultaneidade, também trabalhada por Birkmeyer,¹⁵⁴ seriam autores todos aqueles que participassem da fase executiva do delito, guardando estreita relação de proximidade com a produção do resultado.¹⁵⁵ Assim, por exemplo, no tipo penal de estupro (art. 213, do CP), seriam considerados autores todos aqueles que constrangessem a vítima, empregassem a violência para o constrangimento, ameaçassem a vítima, praticassem qualquer ato libidinoso contra a vítima ou observassem terceiro praticar a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso contra a vítima. Isto porque todos os elementos expostos no tipo penal se encontrariam dentro da execução e guardariam relação de proximidade com a produção do resultado.

Consoante a teoria da supraordinação, acastelada por Dahm e Schmidt,¹⁵⁶ não haveria um critério totalmente exato e perfilado que pudesse distinguir autoria e participação sem que se atendesse, diante do caso concreto, as circunstâncias de cada sujeito ativo segundo uma posição de superioridade (supraordinação), de inferioridade (subordinação) ou de igualdade (condição existente entre os coautores).¹⁵⁷ Dessa forma, no tipo penal de violação de domicílio (art. 150, do CP) seriam coautores todos os sujeitos que decidissem, de comum acordo, ingressar em residência alheia sem o consentimento do proprietário (igualdade). No entanto, se somente um decidisse ingressar, enquanto o outro permanecesse no carro, não haveria a criação de uma relação de igualdade, na medida em que aquele que ingressou na residência se encontraria em situação de supraordinação em relação ao que tivesse permanecido no interior do veículo (subordinado).

¹⁵⁴ Nesse sentido: D´ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 123; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 56-58.

¹⁵⁵ Nesse sentido: D´ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 123; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 56-58.

¹⁵⁶ Nesse sentido: D´ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 124; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 63-65.

¹⁵⁷ Nesse sentido: D´ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 124; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 63-65.

Há, ainda, a teoria objetivo-material, desenvolvida por Feuerbach e aprimorada por Loening, Wuttig y Goetz, dentre outros,¹⁵⁸ que diferencia autoria e participação segundo um critério de causalidade direta ou indireta. Para esses autores entre a conduta do interveniente e o resultado existiria uma relação direta, havendo ainda condutas de outros intervenientes que se traduziriam em um aporte intermediário ou indireto para a causação do resultado. Dessa forma, seria possível caracterizar a autoria diante dos casos em que existisse um elo físico entre a causalidade da ação e o resultado, isto é, uma causalidade direta; já na participação esse mesmo elo seria psíquico, ou seja, indireto.¹⁵⁹ Assim, no tipo penal do homicídio (art. 121, do CP), seria autor aquele que asfixiasse a vítima (causalidade direta) e partícipe aquele que vigiasse o local para que ninguém interrompesse a execução criminosa (causalidade indireta).

De fato, estas premissas trazidas pela teoria objetivo-material (em qualquer de suas acepções) devem ser analisadas com acuro. Isto porque, ao realizar uma análise acerca do aporte causal sem o qual o delito não teria sido produzido, estaríamos realizando uma consideração *ex ante*, isto é, se decisão sobre o cometimento do fato teria importância ou não.¹⁶⁰ Contudo, esses elementos não só situam o sujeito ativo no centro do acontecimento típico de forma geral, como também natural. Dessa forma, não há como se afastar de uma compatibilização entre a concepção unitária da autoria e o conceito restritivo de autor e todos os seus problemas já tratados no subcapítulo anterior.¹⁶¹

Certo é que a teoria objetivo-material preserva a causalidade como essência unitária de toda a fundamentabilidade da participação.¹⁶² No entanto, erra ao desconsiderar o aspecto subjetivo da autoria delitiva,¹⁶³ bem como peca por tentar realizar uma intermediação entre as noções de causa e condição do resultado, na medida em que a existência ou a inexistência de

¹⁵⁸ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 60.

¹⁵⁹ Compare em: D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 123-124; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 59-63.

¹⁶⁰ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 55.

¹⁶¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 55.

¹⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: questões fundamentais**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 760-764.

¹⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 451.

uma causalidade radica, não raras vezes, em mero acaso.¹⁶⁴ Não se pode utilizar a causalidade como único contributo necessário para a realização do fato sob pena estabelecer tratamentos injustos: se duas pessoas matam conjuntamente terceiro, não há razões para deixar de se considerar autor do homicídio uma delas sob alegação de que a outra também teria matado a vítima sozinha; da mesma forma, não há como considerar autor de um delito de auto aborto, o farmacêutico que vende o fármaco a uma mulher grávida, sob o fundamento de que sem a venda ela não teria consumado o delito.¹⁶⁵

Dessa forma, na busca da supressão dessas lacunas passou a doutrina a analisar no critério material a maior perigosidade do agente, que, portanto, deveria corresponder à ação realizada tanto pelo partícipe quanto pelo autor, corrigindo, assim, os problemas referentes à autoria mediata e à coautoria.¹⁶⁶ No entanto, criou-se um critério que não raras vezes chegará a ser impraticável, uma vez que na maior parte dos casos não se poderá saber se o contributo causal para o fato foi ou não realmente necessário, inclusive porque o contributo causal foi abandonado no âmbito da imputação.¹⁶⁷ Assim, no caso concreto supracitado, nem o farmacêutico, nem a mulher grávida saberiam se o método abortivo (medicamento) poderia ter sido conseguido por intermédio de outra farmácia ou por outra via. E de todo modo, fica, ainda, a dúvida, quanto a delimitação da participação do farmacêutico, se coautor ou mero cúmplice.¹⁶⁸

Denota-se, que nem sempre a causalidade estará no eixo da codelinquência, e assim, torna-se difícil estabelecer um critério de delimitação de autoria com base em um elemento que poderá ou não estar presente no tipo de injusto.¹⁶⁹ Ademais, a insegurança jurídica no que diz respeito à caracterização da autoria mediata, bem como a ausência de elementos subjetivos como critério de distinção fizeram com que a teoria objetivo-material também cedesse espaço, agora, para as ditas teorias subjetivas.¹⁷⁰

¹⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 760-764.

¹⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 451.

¹⁶⁶ Na literatura especializada há quem defenda que o ponto de partida para supressão das lacunas residiria na possibilidade de se perceber a diferença de valor causal entre a atuação do autor e do partícipe. Compare em: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 65.

¹⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 451.

¹⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 451.

¹⁶⁹ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 66.

¹⁷⁰ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73.

As teorias objetivas (formal/material) tampouco resolvem os problemas relativos à autoria nas organizações empresariais complexas. A uma porque a responsabilidade criminal nesse tipo de organização está umbilicalmente relacionada a uma concepção de autoria mediata, ou seja, a utilização de um instrumento (punível) para execução do fato típico e não há fundamento para essa espécie de atuação no tipo penal diante da atuação do autor mediato;¹⁷¹ A duas porque nessas teorias a delimitação do conceito de autoria partiria de uma análise puramente objetiva do tipo, ou seja, seria autor aquele que executasse a ação descrita no tipo e participe aquele que não executasse a conduta típica, mas cuja ação prestasse auxílio prévio ou preparatório ao autor principal.¹⁷²

Haveria, portanto, problemas de verificação prática dessas teorias diante das hipóteses de autoria mediata, como no caso da autoria mediata por meio do domínio por organização, pois nessa o autor não realiza de próprio punho o tipo penal, mas tão somente determina que alguém (terceiro) execute o núcleo do tipo, que, por sua vez, poderá atuar com dolo ou não.¹⁷³

1.4 Teorias subjetivas de autor

Em decorrência da falência das teorias objetivas, fundadas na causalidade e na execução do núcleo previsto no tipo penal, procurou-se no lado subjetivo da tipicidade, o fundamento de delimitação da autoria.¹⁷⁴

Para esta teoria será considerado autor aquele que atuar com *animus auctoris* e participe aquele que detiver tão somente o *animus socii*.¹⁷⁵ O fundamento dogmático da teoria subjetiva

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 775.

¹⁷² Na literatura especializada há quem defenda que o critério formal-objetivo não apresenta tanto compromisso com a tipicidade quanto o apregoado por seus seguidores, isto porque, há a necessidade de realização apenas de trechos da conduta típica e não a sua integralidade. Veja em: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 64.

¹⁷³ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 64

¹⁷⁴ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 17-18

¹⁷⁵ Sobre o tema ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 17-18; D'ALESSIO, Andrés José; DIVITO, Mauro A. **Código penal comentado y anotado**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 730-731; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 764-765; GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 427; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris,

coincide com o conceito unitário de autor,¹⁷⁶ qual seja, a teoria da equivalência das condições do resultado.¹⁷⁷

Segundo esse entendimento, partindo-se de uma perspectiva objetiva, não é possível estabelecer diferenças entre as intervenções dos vários sujeitos ativos no crime, na medida em que todos os indivíduos que realizam algum aporte causal para o fato são considerados causadores do resultado.¹⁷⁸ Assim, no tipo de injusto do homicídio, tanto o sujeito que presta auxílio material, cedendo a arma, quanto aquele que dispara o projétil contra a vítima produzem o resultado, sendo a contribuição causal de ambos idêntica para a morte. Dessa forma, para aqueles que defendem a teoria subjetiva, a distinção entre autoria e participação seria mera decorrência de imposição legislativa.¹⁷⁹ Isto porque, o elemento subjetivo poderia ser encontrado em realidades puramente internas ou psíquicas, sejam elas, a intenção, a vontade, os sentimentos, os motivos, as razões interiores do sujeito ativo e etc.¹⁸⁰ Nessa senda, seria autor quem realizasse o fato com vontade de autor e, portanto, quisesse o fato como próprio e participante quem colaborasse no fato de outrem, com vontade de partícipe e, portanto, quisesse o fato como alheio.¹⁸¹ Essa medida seria, “suficiente para delimitar tanto a ideia de autoria individual quanto de coautoria.”¹⁸²

1988, p. 196; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 355-356; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 493; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73-75; SOTA SÁNCHEZ, Percy André. **Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho**. *Derecho y Cambio Social*, Lima, ano 9, n. 27, p. 1-23, jan./mar. 2012, p. 4-7; WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 118-119.

¹⁷⁶ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 355.

¹⁷⁷ Em sentido contrário JESCHECK entende que a teoria subjetiva da participação estaria atrelada a um conceito extensivo de autor, na medida em não se poderia distinguir autoria e participação objetivamente dada a equivalência das contribuições desde uma perspectiva causal. Veja em: JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 591.

¹⁷⁸ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73-75.

¹⁷⁹ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 18.

¹⁸⁰ Nesse sentido ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 18; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 764; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

¹⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 764.

¹⁸² SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

Ainda dentro da teoria subjetiva, a doutrina separa duas acepções, quais sejam: teoria do dolo e teoria do interesse.¹⁸³ A importância de enunciar esta separação e suas devidas fundamentações reside no fato de que estas teorias trouxeram boas contribuições para a construção das modernas teorias de autoria, isto é, do domínio do fato e domínio por organização, sem as quais não seria possível compreender a conjunção dos critérios objetivos e subjetivos para a edificação da teoria do domínio por organização (objeto dessa pesquisa).¹⁸⁴

Ao que tudo indica, o principal expoente da teoria do dolo foi Buri,¹⁸⁵ o qual afirmava que somente seria possível distinguir autor de partícipe individualizando a independência da vontade do autor da dependência do partícipe, pois o partícipe somente poderia querer o resultado se assim quisesse o autor. Dessa forma, a decisão de produção do resultado residiria, basicamente, em um critério de autoria.¹⁸⁶ Para Bockelmann¹⁸⁷ a cumplicidade deveria ser diferenciada da autoria com o auxílio de pontos de vista subjetivos, contudo, o critério decisivo não seria meramente uma pretensão abstrata e vaga decorrente de querer o fato como alheio, mas consistiria em um estado de coisas psíquicas concretas, como a subordinação ao dolo, que faria com que a decisão (vontade) do partícipe estivesse atrelada à decisão do autor principal.¹⁸⁸

A teoria do dolo foi dominante na jurisprudência alemã até meados de 1956 (Tribunal Imperial), quando alguns partidários passaram a discutir em profunda escala a arbitrariedade de

¹⁸³ Dentro da doutrina alemã há quem faça classificação diversa ao discorrer sobre a teoria subjetiva. MAURACH afirma que a teoria subjetiva seria subdivida em: teoria subjetiva-extrema, na qual estariam inseridas a teoria do dolo e a teoria do interesse e, teoria subjetiva-restringida. Compare em: MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 302-310.

¹⁸⁴ Em que pese a valorosa contribuição das teorias subjetivas para a construção da teoria do domínio do fato, estas tiveram pouca aceitação da doutrina espanhola e somente de forma incidental foram mencionadas na jurisprudência. Compare em: COBO DEL ROSA, Manuel. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 739.

¹⁸⁵ Nesse sentido: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 18; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 302; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 66; SOTA SÁNCHEZ, Percy André. **Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho**. *Derecho y Cambio Social*, Lima, ano 9, n. 27, p. 1-23, jan./mar. 2012, p. 5.

¹⁸⁶ D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 121.

¹⁸⁷ Nesse sentido: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 19; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 66.

¹⁸⁸ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 19.

um conceito subjetivo. Busch¹⁸⁹ procurou introduzir certas seguranças objetivas na delimitação da autoria, pois o autor seria aquele que realmente quisesse, segundo um sentido objetivo, o fato aspirado e não somente aquele de detivesse o elemento da vontade.¹⁹⁰

Diferentemente da teoria do dolo, na qual o autor não reconhece uma vontade superior à sua, para a teoria dos interesses que, conforme a literatura especializada teria sido desenvolvida primeiramente por Feuerbach e aprimorada por Henke, Kostlin e Geib,¹⁹¹ é autor aquele que possui o *animus auctoris*, ou seja, tem interesse próprio no resultado da empreitada criminosa; já o partícipe, por possuir o *animus socii*, não teria vontade que fosse independente na causação do delito, pois atuaria com interesse alheio. A consequência prática fundamental dessa teoria reside no fato de que a realização formal da ação típica não seria requisito essencial para determinação da autoria, isto é, aquele que realizasse de mão própria a ação típica poderia ser mero cúmplice se não detivesse o elemento subjetivo que caracterizaria a autoria.¹⁹²

A teoria do interesse também sofreu rechaço por aquelas opiniões doutrinárias, como Busch,¹⁹³ que não negam a fundamentabilidade de um ponto de partida subjetivo, pois o ânimo do autor deveria sim ser considerado para aferição da delimitação da atuação. No entanto, a teoria do interesse acaba por devastar a função de garantia do tipo penal estabelecida em favor do autor, bem como, parte do pressuposto de que todos que atuam em fato alheio são meramente partícipes.¹⁹⁴

Por conta desses problemas desencadeados pela teoria subjetiva-extremada, (teoria do dolo e teoria do interesse), a doutrina e o Supremo Tribunal Federal alemão passaram a utilizar uma teoria subjetiva-restringida, que parte de um pensamento causal: a autoria que causa o resultado somente poderia ser delimitada com o auxílio de elementos subjetivos, como, por

¹⁸⁹ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Gensch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 302-303.

¹⁹⁰ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Gensch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 302-303.

¹⁹¹ Nesse sentido: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 19; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 68-69.

¹⁹² Veja em: D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 121; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Gensch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 304-305.

¹⁹³ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Gensch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 302-303.

¹⁹⁴ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Gensch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 305.

exemplo, a direção da vontade de todos os colaboradores.¹⁹⁵ Todavia, essa direção da vontade não poderia ser um fato meramente interno, já que a vontade de cada participante deveria ser investigada axiologicamente, a partir da conjugação de critérios subjetivos e objetivos.¹⁹⁶

Sobre esse conceito de autor é que se estruturaram os famosos casos do Tribunal do Reich alemão conhecidos como: “o caso da banheira” e “o caso Staschinskij”, respectivamente delineados abaixo.

Na década de 40 do século passado o Tribunal do Reich julgou o caso *Badewannnen* (RGSt 74, 84)¹⁹⁷ no qual duas irmãs, membros de uma família campesina e ambas solteiras ficaram grávidas em época similar. Uma delas perdeu a criança e o pai das irmãs, enfurecido pela gravidez as ameaçou com expulsão de casa caso algo similar voltasse a ocorrer. Com medo da reprimenda paterna, a irmã que permanecera grávida ocultou a gravidez de todos, exceto de sua irmã, e chegou a dar à luz a um menino vivo com a ajuda dessa. Ocorre que, enquanto a irmã banhava o menino em uma banheira, e ambas discutiam o que poderia ser feito para esconder o fato de seu pai, a mãe pediu que a irmã segurasse o recém-nascido embaixo d’água, até que esse último não desse mais sinais de vida, vindo a falecer. Em momento posterior, ambas se desfizeram do cadáver da criança.¹⁹⁸ A sentença de primeiro grau condenou a irmã por crime de homicídio ao entender que essa, com consciência e vontade, teria causado a morte por afogamento do recém-nascido, devido ao fato da mãe estar impossibilitada de fazê-lo em razão de sua extrema debilidade. Porém, o Tribunal do Reich reformou a decisão ao entender que a irmã não realizou, por si mesma, a conduta típica, pois para adequação de uma conduta ao tipo penal do homicídio não bastaria analisar se o sujeito ativo, que executou o núcleo descrito no tipo de injusto, o teria feito de forma consciente e voluntária, senão comprovar se ele queria a conduta de homicídio como própria ou somente auxiliar a conduta de terceiro.¹⁹⁹ Dessa forma, entendeu o Tribunal do Reich que, em que pese a irmã ter executado com suas

¹⁹⁵ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 24.

¹⁹⁶ Nesse sentido: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 24; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 308.

¹⁹⁷ Acórdão julgado pelo Supremo Tribunal Federal alemão e referenciado por: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75.

¹⁹⁸ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 20.

¹⁹⁹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76-77.

próprias mãos a morte, não o teria feito com *animus auctoris*, por atuar não em interesse próprio, mas alheio, de sua irmã e mãe da criança.²⁰⁰

Quanto ao segundo episódio (*o caso Staschinskij – BGHSt 18, 87*),²⁰¹ o que se pode extrair é que o agente Bogdan Staschinskij, que pertencia ao serviço secreto de determinado país da Europa oriental teria recebido ordens de matar exilados políticos russos na República Federal da Alemanha, conduta que prontamente realizou, de próprio punho e sem coação, utilizando-se de uma pistola com munição envenenada. O Ministério Público alemão denunciou Staschinskij pela prática de assassinato mediante traição, uma vez que ele tinha plena consciência de todas as circunstâncias e, justamente, por isso, teria se aproveitado delas para a execução do fato criminoso. O Tribunal do Reich alemão reconheceu que, normalmente, quem comete de mão própria a conduta de matar é autor do fato delituoso; entretanto, nesse caso, o sujeito ativo não seria interessado no fato, mas tão somente aqueles que determinaram a morte dos exilados e, portanto, Staschinskij teria atuado em fato alheio como cúmplice.²⁰² Seguindo taxativamente a teoria subjetiva-restringida o Tribunal entendeu que cúmplice, “tanto no homicídio, como em qualquer outro delito, não é quem comete o fato como próprio, mas apenas quem colabora como instrumento ou auxiliar no fato alheio”.²⁰³

Apesar do Tribunal do Reich valorar da mesma forma qualquer contribuição objetiva para a execução do fato, trouxe grande contribuição para posterior desenvolvimento da modalidade autoria mediata, na medida em que considerou, pela primeira vez, como mero partícipe o executor direto do fato punível ao entender que os “homens de trás” no aparato organizado de poder seriam os verdadeiros autores dos crimes de homicídio perpetrados pelo “homem da frente”.²⁰⁴ Por conta disto, a teoria subjetiva-restringida pode ser compreendida como uma tendência geral da jurisprudência alemã,²⁰⁵ já que considera a execução do tipo

²⁰⁰ D`ALESSIO, Andrés José; DIVITO, Mauro A. **Código penal comentado y anotado**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 731.

²⁰¹ Acórdão julgado pelo Supremo Tribunal Federal alemão e referenciado por: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77-78.

²⁰² ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 20.

²⁰³ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

²⁰⁴ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 21.

²⁰⁵ Em sentido contrário WESSELS defende que na aplicação da teoria subjetiva a jurisprudência alemã não teria desenvolvido uma linha unitária, pois ao lado de decisões que reprovam totalmente uma delimitação subjetiva (...) ou a admitam somente em situações fundamentais rigorosamente objetivas (...), colocou-se em prática excepcionalmente uma ‘teoria subjetiva extrema’, que em caso de ‘relações de subordinação’, e de ausência

penal, de mão própria, como autoria, e também admite que aquele que contempla em sua pessoa todos os elementos de autoria, pode ser considerado mero partícipe quando sua vontade estiver apoiada em um fato alheio.²⁰⁶

Todavia, as objeções que podem ser feitas à teoria subjetiva não são poucas, de forma que será realizada uma síntese sobre esse ponto. Inicialmente, o critério puramente subjetivo é uma completa contradição lógica, sendo não raras vezes arbitrário, na medida em que entrega toda carga de delimitação do fato típico à vontade do agente.²⁰⁷ Assim, o pai que furta determinada quantia de dinheiro para entregar ao filho, que necessita dos valores para uma viagem de estudos poderia tê-lo feito sem ânimo de autor, mas tão somente de contribuir (interesse alheio e não próprio). Logo, não poderia ser considerado autor e, tampouco, o filho, que não solicitou o dinheiro e que nada tem a ver com o furto do pai. Dessa forma, chegaríamos a uma verdadeira (aberração) jurídica, já que teríamos um fato típico sem autor, mas somente com partícipe.²⁰⁸

Segundo, sob o ponto de vista de um critério puramente subjetivo não há como se fugir de uma maior ou menor avaliação de merecimento de pena. Assim, a teoria subjetiva carece de análise objetiva e abstrata acerca das formas de intervenção realizadas no caso concreto, porque as distinções são alcançadas tão somente sob a forma da vontade (*animus auctoris* e *animus socii*), diante do julgador e, como medida de culpabilidade.²⁰⁹ Dessa forma, continuamos sob as asas da teoria da equivalência das condições, já que todas as condições que levam ao resultado são equivalentes sob o ponto de vista causal;²¹⁰ somente a conduta (de acordo com o injusto praticado e a medida de culpabilidade) é que poderá ter significado distinto, porém as diferenças não poderão ser objetivamente consideradas.²¹¹

de interesse próprio do executor também poderia punia somente como ‘cúmplice’, aquele que tivesse realizado inteiramente o tipo legal em pessoa. Veja em: WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 119.

²⁰⁶ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 21.

²⁰⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 283-284.

²⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 283-284.

²⁰⁹ D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 122.

²¹⁰ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Gensch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 302.

²¹¹ Sobre os problemas da vontade como critério de delimitação de autoria DIAS aduz que o sentimento pessoal do agente não pode, em si mesmo, constituir critério de autoria, à medida que não é porque alguém se sente

Uma decisão de período mais recente do Tribunal alemão poderá auxiliar no entendimento as críticas à teoria subjetiva: dois homens foram denunciados pela prática de abuso sexual de um doente mental, sendo que, provavelmente, apenas um deles manteve, efetivamente, relações sexuais com a vítima. O Tribunal condenou ambos como coautores, ao entendimento que, embora apenas um deles tivesse, efetivamente, praticado a conduta descrita no tipo penal, ou seja, realizado a cópula, o outro, no entanto, teria querido a conduta como própria (RGSt 71).²¹²

Denota-se que, ao utilizar o critério subjetivo da vontade, o Tribunal do Reich entendeu (absurdamente) que alguém poderia realizar a sua cópula por meio de ato de terceiro.²¹³

Dessa forma, para além de um critério de delimitação de autoria estaríamos diante de um problema quanto ao próprio princípio da legalidade, já que a distinção estaria em torno do ânimo do sujeito e não propriamente dentro dos princípios estabelecidos diretamente pela norma penal – quem não realiza a cópula não pode ser punido à título de autor, pois o tipo penal exige, expressamente, o ato sexual.²¹⁴

Ainda, em seu núcleo fundamental, o critério subjetivo carece de aceitação jurídico-penal, uma vez que o sentimento pessoal do sujeito ativo não pode, em si mesmo, constituir critério de delimitação de autoria: não é porque alguém se sente autor que lhe deverá ser atribuída essa qualidade.²¹⁵ O caso poderá estar simplesmente limitado a uma colaboração em fato de terceiro.²¹⁶ Denota-se, assim, que “a teoria subjetiva não explica o porquê, desde um ponto de vista objetivo, as atividades do autor e do partícipe podem ser consideradas,

autor (por ter a ideia de ser a ele que pertence o papel mais importante na realização do facto, quando na verdade se limitou a colaborar no facto de outrem) que uma tal qualidade lhe deve passar a caber. Compare em: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 764.

²¹² Acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal alemão e referenciado por: WELZEL, Hans. **Crítica à teoria subjetiva da participação**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, ano 2, n. 2, p. 104-111, jul./dez. 2014, p. 104-105.

²¹³ Sobre a realização da cópula vagínica FAYET esclarece que o tipo objetivo formal do delito de estupro seria o constrangimento, isto é, a união dos órgãos genitais de duas pessoas de sexo diverso. Desta forma, não haveria como imputar a responsabilidade jurídico-penal à terceira pessoa que não participou do ato sexual propriamente dito, na medida em que esse não realiza o núcleo do tipo penal (constrangimento). Compare em: FAYET, Fábio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56-57.

²¹⁴ D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 122.

²¹⁵ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 22.

²¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 764.

unicamente, como condições do resultado.” Veja-se que não se pode comparar o ato de entregar a arma ao ato de dispará-la, por mais que ambas as atividades cheguem à produção do resultado, até porque essa diferenciação não traz qualquer contribuição objetiva para saber se o resultado morte ocorreu ou não.²¹⁷

A experiência prática também aponta que o critério subjetivo não é bastante para delimitação da autoria, pois a fórmula subjetiva pretendida dificulta a investigação acerca da vontade real do sujeito ativo na execução do tipo de injusto, ou seja, se ele queria atuar com ânimo de autor ou de partícipe.²¹⁸ Os casos julgados pelo Tribunal alemão supracitados demonstram a falibilidade do julgador ao decidir com base no elemento de querer o fato como próprio ou alheio, criando, não raras vezes, situações jurídicas (grotescas) de responsabilizar o próprio autor como mero cúmplice.²¹⁹

Por derradeiro, a teoria subjetiva demonstra séria insuficiência prática, que não consegue ser superada, na medida em que as correções que foram propostas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência provêm justamente de uma análise objetiva da delimitação da autoria, de forma que para alguns não haveria que se falar em uma teoria subjetiva propriamente dita, mas sim de uma conjugação de critérios objetivos e subjetivos.²²⁰

Roxin, citando Stübel e Tjaben,²²¹ assegura que os numerosos critérios que pretenderam explicar o fenômeno da autoria no tipo de injusto nem sempre se mostraram em seu estado puro (puramente objetivo ou puramente subjetivo).²²² Assim, não raras vezes seria possível verificar

²¹⁷ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 22.

²¹⁸ Nesse sentido ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 22; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 68-69; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: questões fundamentais**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 764.

²¹⁹ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 68-69.

²²⁰ D’ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 124.

²²¹ ROXIN cita diversos autores que, no seu entendimento, teriam desenvolvido suas respectivas teorias com base em concepções mistas de autoria, quais sejam: STÜBEL, TJABEN, HAUPT, BAR. Compare em: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 70.

²²² Compare em: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 70.

um entrelaçamento das teorias tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência alemã, que se traduzem, verdadeiramente, em uma *teoria mista*.²²³

Notadamente, todo desenvolvimento que fora procedido com relação à conjugação dos critérios apresentam as vantagens de combinar distintos pontos de vistas sem o erro das extravagâncias de cada um; no entanto, como visto acima demonstraram algumas dificuldades práticas de aplicação por serem critérios demasiadamente complicados, bem como pecaram por restringir seu espaço de incidência a determinados âmbitos.²²⁴ É nesse cenário complicado de conjugação de critérios objetivos e subjetivos que se desenvolve a teoria do domínio do fato e o domínio por organização.

O fato é que as teorias subjetivas tampouco resolvem os problemas relativos à autoria nas organizações empresariais complexas. A uma porque a responsabilidade criminal nesse tipo de organização está umbilicalmente relacionada a uma concepção de autoria mediata, ou seja, a utilização de um instrumento (punível) para execução do fato típico.²²⁵ A duas porque nessas teorias a delimitação do conceito de autoria parte de uma análise meramente volitiva, isto é, será autor aquele que atuar com *animus auctoris* e partícipe aquele que detiver tão somente o

²²³ D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 124.

²²⁴ Nesse sentido ver dentre outros: JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 593; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 316; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 71; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 82; WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 168.

²²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 775.

animus socii.²²⁶ O fundamento dogmático da teoria subjetiva coincide, portanto, com o conceito unitário de autor,²²⁷ qual seja, a teoria da equivalência das condições do resultado.²²⁸

Haveria, portanto, problemas de verificação prática dessas teorias diante das hipóteses de autoria mediata, como no caso do domínio do fato pelo domínio por organização. Não é porque alguém se sente autor que lhe deverá ser atribuída essa qualidade.²²⁹ O importante nos casos de delimitação de autoria mediata diante do domínio por organização é a verificação da existência da estrutura hierárquica complexa, o poder de mando, a disposição elevada dos executores materiais ao fato, etc., e não a vontade do executor direto ou do homem de trás de atuarem com ânimo de autor ou de partícipe.

1.5 Teoria do domínio do fato

Ao que tudo indica, a expressão domínio do fato ou domínio sobre o fato fora empregada pela primeira vez no ano de 1915, por Hegler, em sua monografia sobre os elementos do delito, como conceito básico da sistemática do Direito Penal.²³⁰ Segundo o autor, agiria culpavelmente somente quem tivesse o pleno domínio do fato, ou seja, quem, como autor imputável e não

²²⁶ Sobre o tema ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 17-18; D'ALESSIO, Andrés José; DIVITO, Mauro A. **Código penal comentado y anotado**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 730-731; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 764-765; GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 427; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 196; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 355-356; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 493; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73-75; SOTA SÁNCHEZ, Percy André. **Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho**. *Derecho y Cambio Social*, Lima, ano 9, n. 27, p. 1-23, jan./mar. 2012, p. 4-7; WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 118-119.

²²⁷ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 355.

²²⁸ Em sentido contrário JESCHECK entende que a teoria subjetiva da participação estaria atrelada a um conceito extensivo de autor, na medida em não se poderia distinguir autoria e participação objetivamente, dada a equivalência das contribuições desde uma perspectiva causal. Veja em: JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 591.

²²⁹ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 22.

²³⁰ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 74.

coagido, fosse senhor do fato em sua concreta manifestação;²³¹ dessa forma o autor imprudente teria o domínio do fato, pois faleceria da vontade de evitar o fato ainda quando fosse possível conclusão inversa.²³² Contudo, denota-se que o autor alemão empregava definição distinta da que se tem atualmente, na medida em que considerava o domínio do fato apenas como elemento da figura do autor, isto é, como requisito material da culpabilidade jurídico-penal.²³³

Não obstante, quinze anos após a elaboração desse conceito, com a apresentação de segunda monografia (essência da autoria mediata), o próprio Hegler procurou modificar sua concepção original, para, então transferir o domínio do fato à teoria da autoria, utilizando esse critério para assegurar que o fundamento da autoria mediata residiria na supremacia do sujeito de trás, assinalando, nesse contexto, que se o executor atuasse de modo inculpável ou imprudente deveria ser considerado autor porque seria senhor do fato e, dada sua imprudência, teria o domínio do fato de forma mais intensa.²³⁴ Assim, é possível conectar as concepções trazidas por Hegler com a atual teoria da autoria, justamente por desenvolver a ideia de autoria mediata com executor impunível.²³⁵

²³¹ Nesse sentido: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 30; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 42-43; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 316; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 74; SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 82.

²³² Nesse sentido: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 30; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 42-43; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 316; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 74; SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 82.

²³³ Nesse sentido: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 30; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 316; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 73; SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83.

²³⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 74.

²³⁵ SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83.

Coadunando-se com as concepções de Hegler, também é possível verificar a utilização do domínio do fato em Frank e Goldshmidt.²³⁶ Contudo, ambos os autores não assumiram os princípios de que aqui se instauraria uma teoria de autoria propriamente dita, tendo se ocupado tão somente da utilização do domínio do fato como conceito de culpabilidade.²³⁷

A primeira vez que o domínio do fato fora utilizado como critério delimitativo de autoria ocorreu na obra de Bruns,²³⁸ apesar de ter, esse autor, partido de outra concepção. Bruns verificava o domínio do fato somente quando a ação fosse adequada para ocasionar resultados do gênero produzido (princípio de comportamento). Assim, por exemplo, não seria possível punir o agente que expulsa determinado andarilho de sua residência em plena tempestade para que um raio lhe atinja, pois, seu comportamento não produziria o resultado, mas somente um evento externo, alheio ao gênero pretendido e eventualmente produzido.²³⁹

Todavia, esta concepção trazida por Bruns fora excessivamente superficial não havendo como se atribuir ao autor a criação de uma doutrina do domínio do fato, já que esse não teria descrito em suas obras aquilo que entendia por domínio do fato, tampouco teria demonstrado os efeitos práticos de sua concepção.²⁴⁰

Pouco tempo após a exposição de Bruns, a expressão domínio do fato fora empregada por Weber,²⁴¹ a fim de trazer luz à teoria subjetiva: seria considerado autor quem realizasse a conduta com vontade de dominar o fato propriamente dito. Por conseguinte, seria autor mediato

²³⁶ Na doutrina comparada ver dentre outros: D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 125; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 74.

²³⁷ Nesse sentido: D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 125; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 74.

²³⁸ Nesse sentido: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 73; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83-84.

²³⁹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 73.

²⁴⁰ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83-84.

²⁴¹ Nesse sentido ver: MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 316; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 75; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 85.

quem se servisse de outra pessoa que, por sua vez, atuaria com vontade de dominar o fato.²⁴² A expressão domínio do fato, também fora utilizada por Schmidt,²⁴³ em uma pequena monografia sobre autoria nos crimes militares, cujo objetivo geral era conjugar os enfoques de um conceito extensivo de autor com a teoria subjetiva. Schmidt considerava que somente a conduta do autor, com disposição intencional do sujeito atuante é que poderia aparecer como senhor do fato, presumindo uma posição de dever especificamente militar.²⁴⁴

É possível identificar, ainda, a utilização do domínio do fato em diversos outros estudos científicos e sempre há aqueles que ainda não foram descobertos ou estudados. No entanto, hodiernamente, tem se entendido que somente em 1939, com a edição da obra de Welzel²⁴⁵ é que podemos apontar pela criação de um conceito de domínio do fato baseado na doutrina final da ação, como critério de delimitação de autoria, partindo de concepções dogmáticas plenamente estruturadas.²⁴⁶ Para Welzel a atividade final seria uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o aporte causal não estaria direcionado para um fim, mas sim resultaria de uma constelação de causalidades existentes em cada momento.

²⁴² Na literatura especializada SILVA adverte o leitor acerca de pequena divergência na doutrina alemã quanto à ordem cronológica de apresentação da ideia de domínio do fato. Schroeder contrariaria Roxin ao afirmar que antes mesmo de Weber, Berger e Lobe já teriam utilizado a ideia de domínio do fato. Compare em: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 85.

²⁴³ Nesse sentido: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 76; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 86

²⁴⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 76.

²⁴⁵ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

²⁴⁶ Nesse sentido ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 31; ARLUCEA, Esteban. **Lecciones de teoría jurídica del delito**. Granada: Comares, 1999, p. 140-142; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 39; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 452; SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 278-279; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: questões fundamentais**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 766; GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 429; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 43; MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho**. *Diálogos de Saberes Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, ano 9, n. 22, p. 95-116, jan./jun. 2005, p. 98; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998, p. 365; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 196-197; NASCIMENTO SILVA, Joyce Keli do. **A ampliação do conceito de autoria por meio da teoria do domínio por organização**. *Revista Liberdades*, São Paulo, ano 6, n. 17, p. 69-84, set./dez. 2014, p. 76; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 356; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 494; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

Dessa forma, a realização da vontade integraria a própria ação, sendo elemento essencial da autoria, que se constituiria em uma ampla forma de domínio final do fato.²⁴⁷

Autor é, segundo essa concepção, “quem domina o fato, quem dele é senhor, quem toma a execução nas suas próprias mãos de tal modo que dele dependa decisivamente o se, e o como da realização típica”.²⁴⁸ É, portanto, o senhor do acontecimento típico.²⁴⁹ Todavia, Welzel não considera o domínio final do fato como critério necessariamente único de autoria, mas afirma que haveria de se aferir a autoria em seu sentido socialmente relevante também, dependendo, portanto de outros pressupostos.²⁵⁰ Dentro dessa categoria o autor alemão insere requisitos objetivos que seriam decorrentes da estrutura típica (por exemplo, a condição de funcionário público, comerciante, soldado, etc.) e requisitos subjetivos, como as intenções especiais de determinados tipos de injusto (por exemplo, o ânimo de lucro, a satisfação da lascívia, etc.).²⁵¹

Naturalmente, para Welzel, o domínio final do fato seria apenas um pressuposto geral de autoria que deveria ser conjugado com outros movimentos pessoais exigíveis quando a manifestação ético-social da conduta assim dependesse, ou seja, quando o tipo de injusto prescrevesse esses aspectos como imprescindíveis para a execução e consumação do fato

²⁴⁷ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 157; WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

²⁴⁸ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 157.

²⁴⁹ Nesse sentido ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 31; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: questões fundamentais**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 767; JAKOBS, Günther. **Injerencia y dominio del hecho**: dos estudios sobre la parte general del derecho penal. Tradução Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 64; MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho**. *Diálogos de Saberes Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, ano 9, n. 22, p. 95-116, jan./jun. 2005, p. 99; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 196; NASCIMENTO SILVA, Joyce Keli do. **A ampliação do conceito de autoria por meio da teoria do domínio por organização**. *Revista Liberdades*, São Paulo, ano 6, n. 17, p. 69-84, set./dez. 2014, p. 76; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 79; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 86; WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 158-159; WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral**. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 119.

²⁵⁰ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 158-159.

²⁵¹ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 158-159. Dentre outros referem o autor alemão em suas obras: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 31-32; JAKOBS, Günther. **Injerencia y dominio del hecho**: dos estudios sobre la parte general del derecho penal. Tradução Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 64; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 79; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90.

criminoso.²⁵² Assim, se o tipo exigisse a conjugação do pressuposto geral com os pressupostos específicos, somente haveria autoria com a reunião de todos eles. Por outro lado, na ausência desses não se poderia falar em delimitação de autoria.²⁵³

Na atualidade, a obra do doutrinador alemão continua sendo editada e atualizada em que pese a sua morte, mantendo-se a concepção originária de domínio final do fato, sem modificações substanciais. No entanto, foi abandonado o conceito de domínio social, isto é, autoria em seu sentido socialmente relevante, ainda que com a manutenção dos pressupostos objetivos e subjetivos da autoria para o domínio final do fato.²⁵⁴

Ocorre que esta concepção welzeliana também não está imune as críticas. Roxin em rechaço ao critério desenvolvido por Welzel assegura que o domínio final do fato se aproximaria da teoria subjetiva do dolo, na medida em que exigiria que o autor não reconhecesse uma vontade superior à sua e que tivesse chegado, em qualquer caso, a empreender a ação pessoalmente.²⁵⁵

Evidentemente, o grande problema desse critério final do fato reside na não aceitação de um autor por de trás do autor, isto é, a teoria peca por não explicar o fenômeno da autoria mediata, já que entende que aquele que determina a alguém o cometimento de um fato típico é tão somente indutor, ou seja, instigador, não tendo, portanto, vontade de autor que pudesse ser convertida em autoria propriamente dita.²⁵⁶

O critério de domínio final do fato fora desenvolvido, ampliado e restringido por diversos autores posteriormente à criação da teoria por Welzel. Porém, somente Maurach²⁵⁷ levou a efeito uma concepção mais abrangente, tendo por base a teoria final de ação. Para o autor, o elemento comum das teorias objetivas (formal e material) seria o rechaço à distinção

²⁵² WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 158-159.

²⁵³ Nesse sentido ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 31-32; D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 126; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 79; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90-91; WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 158-159.

²⁵⁴ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 158-159.

²⁵⁵ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 80.

²⁵⁶ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 159-168.

²⁵⁷ Ver: MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995. 978 p.

entre coautoria e participação somente tendo por base o elemento da vontade do autor.²⁵⁸ Assim, também seria possível encontrar esse elemento comum na teoria do domínio do fato por meio da direção final de um acontecimento típico por parte do autor, na medida em que ele “teria em suas próprias mãos o curso do acontecimento típico abarcado pelo dolo”.²⁵⁹

Utilizando-se dessa fórmula (acontecimento típico e dolo) Maurach afirma a existência de um domínio do fato a todo aquele que “pode inibir, deixar correr ou interromper a realização do resultado por completo”.²⁶⁰ Dessa forma, o critério utilizado por Maurach permite-nos determinar não só a autoria direta, como também as hipóteses de coautoria e autoria mediata. Nessa última, o homem de trás, utilizando-se de um indivíduo que não é livre (intermediador) para a execução de um fato punível, detém o domínio final do fato, isto é, tem o poder de inibir ou paralisar o acontecimento típico até o seu resultado final.²⁶¹ Todavia, a teoria de Maurach peca por não reconhecer a possibilidade de uma punibilidade do autor de trás quando o autor da frente é penalmente punível, já que entende que o homem de trás não seria livre em seu atuar.²⁶²

Uma terceira manifestação acerca da teoria do domínio do fato pode ser encontrada no trabalho de Gallas, referenciado por Roxin.²⁶³ O autor parte de uma concepção objetiva-formal para, utilizando a doutrina finalista de ação, chegar a um conceito normativo de domínio com

²⁵⁸ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 315.

²⁵⁹ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 315.
Dentre outros referem o autor em suas obras: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 33-35; JAKOBS, Günther. **Injerencia y dominio del hecho**: dos estudios sobre la parte general del derecho penal. Tradução Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 64; MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho**. *Diálogos de Saberes Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, ano 9, n. 22, p. 95-116, jan./jun. 2005, p. 99; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 81-83; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96-98.

²⁶⁰ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 316.

²⁶¹ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 329.

²⁶² ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 82-83.

²⁶³ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 83.

uma ideia de adequação.²⁶⁴ Em outras palavras, Gallas movido pelos entornos da teoria objetivo-formal, agora modificada, parte de uma ideia de domínio do fato para flexibilizar e ampliar em seu conteúdo o conceito de autor, assinalando que a função normativa deve ser parâmetro para uma interpretação mais aprofundada da conduta típica. Assim, por exemplo, no delito de homicídio somente aquele que procedesse suas ações, segundo um programa pré-estabelecido, em suas próprias mãos para realização do resultado morte é quem deteria o domínio do fato.²⁶⁵

Esse domínio normativo pretendido por Gallas assegura a aplicabilidade da autoria mediata quando o homem de trás domina o executor direto, na medida em que o domínio do fato, por parte do homem de trás, depende unicamente da qualificação desse sujeito, tomando por base a natureza jurídica do fato como delituoso.²⁶⁶ Evidentemente, sob o ponto de vista metodológico, são notáveis as contribuições trazidas pelo autor alemão, que procurou relacionar o conceito ontológico de domínio do fato, desenvolvido por Welzel, contrapondo-o à teoria normativa da autoria, a partir de uma análise sistemática do delito orientada

²⁶⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 83.

²⁶⁵ Nesse sentido ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 70; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: questões fundamentais**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 766; JAKOBS, Günther. **Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la parte general del derecho penal**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 64; JAKOBS, Günther. **La competencia por organización en el delito omisivo**. Tradução José Luis Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 26; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 594; MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho**. *Diálogos de Saberes Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, ano 9, n. 22, p. 95-116, jan./jun. 2005, p. 100; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 315; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 83.

²⁶⁶ Nesse sentido ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 70; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: questões fundamentais**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 766; JAKOBS, Günther. **Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la parte general del derecho penal**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 64; JAKOBS, Günther. **La competencia por organización en el delito omisivo**. Tradução José Luis Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 26; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 594; MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho**. *Diálogos de Saberes Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, ano 9, n. 22, p. 95-116, jan./jun. 2005, p. 100; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 315; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 83.

teleologicamente.²⁶⁷ Todavía, Gallas também pecou por não reconhecer a possibilidade de uma punibilidade do autor de trás quando o autor da frente é penalmente punível, tratando-o como mero instigador.²⁶⁸

É possível, ainda, identificar diversas contribuições acadêmicas relacionadas ao domínio do fato como critério de delimitação de autoria.²⁶⁹ Não obstante, após os trabalhos elaborados por Welzel, Maurach e Gallas é, efetivamente, em Roxin e sua investigação denominada de *autoria e domínio do fato em direito penal*,²⁷⁰ que podemos identificar uma contribuição significativa para o estudo do domínio do fato.²⁷¹ Sem embargo, à vista da

²⁶⁷ Nesse sentido ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 70; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: questões fundamentais**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 766; JAKOBS, Günther. **Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la parte general del derecho penal**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 64; JAKOBS, Günther. **La competencia por organización en el delito omisivo**. Tradução José Luis Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 26; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Tradução José Luis Manzaneres Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 594; MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho**. *Diálogos de Saberes Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, ano 9, n. 22, p. 95-116, jan./jun. 2005, p. 100; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 315; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 83.

²⁶⁸ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 85-86.

²⁶⁹ Nesse sentido ROXIN cita as contribuições acadêmicas desenvolvidas por RICHARD LANGE, NIESE, SAX, BUSCH, WEBER, LESS, JESCHECK, BOCKELMANN, NOWAKOWSKI, BAUMANN, SAUER, MEZGER, MAYER, SCHRÖDER. Compare em: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 87-99.

²⁷⁰ Ver: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, 779 p.

²⁷¹ A contribuição acadêmica de ROXIN é notável. Citam o doutrinador alemão dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 35-36; AMBOS, Kai. **Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Colombia: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 11-13; BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 1999, p. 496-497; BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 55; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 71-74; BOLEA BARDÓN, Carolina. **La autoría mediata en algunos supuestos de error**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 2, n. 12, p. 14-44, jul./dez. 2003, p. 13; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal: parte general**. 3. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 284; CEREZO MIR, José. **Autoría y participación en el nuevo código penal español**. *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, ano 25, n. 64, p. 90-110, jan./abr. 2003, p.23; SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 278-279; COBO DEL ROSA, Manuel. **Derecho penal: parte general**. 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 743-744; CURY URZÚA, Enrique. **El concepto del autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena**. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, ano 12, n.1, p. 36-53, jan./abr. 1985, p. 46; D'ALESSIO, Andrés José; DIVITO, Mauro A. **Código penal comentado y anotado: parte geral**. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 735; D'ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos**

utilização dessa concepção roxiniana para a construção do cerne da presente dissertação (teoria do domínio por organização) — ainda que não totalmente —, é que conservaremos o desenvolvimento da teoria do domínio do fato, segundo Roxin, para segundo capítulo da presente dissertação.

de autoría y participación en la legislación penal colombiana. *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010, p. 126-128; FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. **Autoria e participação em organizações empresariais complexas.** Tradução Vânia Costa Ramos. *Revista Liberdades*, São Paulo, ano 4, n. 9, p. 26-57, jan./abr. 2012, p. 31-35; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: questões fundamentais.** Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 766-768; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. **El dominio del hecho en la autoría** (validez y límites). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ano 37, n. 1, p. 103-132, jan./abr. 1984, p. 108-114; HEFENDEHL, Roland. **El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 43-56, jan./jun. 2004, p. 45; HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Jorge Alberto. **Evolución doctrinal y jurisprudencia de la teoría del dominio del hecho.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 29, n. 86-87, p. 13-28, jan./dez. 2008, p. 18; JAKOBS, Günther. **Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la parte general del derecho penal.** Tradução Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 64; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general.** 4. ed. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 593-595; LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e participe na APn 470 do STF.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 61-64; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas.** *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 43; MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho.** *Diálogos de Saberes Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, ano 9, n. 22, p. 95-116, jan./jun. 2005, p. 105-115; MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal.** Parte General. 7. ed. MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general.** 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998, p. 365-366; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito.** Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 197; NASCIMENTO SILVA, Joyce Keli do. **A ampliação do conceito de autoría por meio da teoria do domínio por organização.** *Revista Liberdades*, São Paulo, ano 6, n. 17, p. 69-84, set./dez. 2014, p. 76; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **El autor mediato en Derecho penal español.** *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ano 22, n. 3, p. 461-488, set./dez. 1969, p. 471-473; SCHÜNEMANN, Bernd. **El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 27-42, jan./jun. 2004, p. 29; SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. **Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional: una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, através del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación.** *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, ano 8, n. 3, p. 1-25, jan./dez. 2006, p. 10; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104-151; SOTA SÁNCHEZ, Percy André. **Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho.** *Derecho y Cambio Social*, Lima, ano 9, n. 27, p. 1-23, jan./mar. 2012, p. 7; SVENSON, Gustavo. **Observações suscitadas pela teoria do domínio do fato: a responsabilidade jurídico-penal do “homem de trás” no âmbito da criminalidade.** *Jus Societas*, Paraná, ano 3, n. 2, p. 1-16, jul./dez. 2009, p. 2-3; WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral.** Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 120.

2 DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO: EVOLUÇÃO E ATUALIDADE DO TEMA

2.1 Origem da teoria do domínio por organização

Ao que tudo indica, a maior contribuição acadêmica acerca da ideia de domínio do fato como critério de delimitação de autoria partiu indubitavelmente de Roxin.²⁷² No ano de 1963, o autor alemão desenvolveu sua concepção a partir do rechaço aos contributos acadêmicos até então realizados com o objetivo de aclarar alguns conceitos que apresentavam certas dificuldades de compreensão.²⁷³

Esses problemas assinalados se apresentaram, em primeiro lugar, a partir das diferentes opiniões sobre a forma e o conteúdo do domínio do fato e, em segundo lugar, pela inexistência de um conceito geral de autor que permitisse sua exata delimitação. Em vista disso, o autor procurou encontrar um marco axiológico epistemológico que orientasse seu saber teórico, bem como estabelecesse limites à teoria.²⁷⁴ Para chegar a esta concepção Roxin considerou imprescindível a análise de três premissas basilares: a indeterminabilidade, a fixidez e a abertura do conceito de domínio do fato.²⁷⁵

A primeira perspectiva diz respeito à ideia de domínio do fato como conceito indeterminado a partir da renúncia por completo a elementos determináveis, ou seja, a questão de ter o domínio do fato se resumiria a uma visão global de todas as circunstâncias do fato concreto. Teriam procedido dessa maneira, dentre outros, Daham, Gallas, Schmidt, Schwinge e Welzel.²⁷⁶ Ainda, como informa Roxin, é em Henkel que pode ser encontrado o fenômeno da indeterminabilidade de forma fundamentada.²⁷⁷ Para Henkel, os diversos critérios que

²⁷² Por todos: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104.

²⁷³ Ver obra de: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. 779p.

²⁷⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 115-132.

²⁷⁵ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 115-132.

²⁷⁶ Nesse sentido ver dentre outros: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 116-117; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 105-106.

²⁷⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 119-120.

pretenderam explicar de modo exato e lógico o domínio do fato demonstraram sua incapacidade em vista das diversas manifestações possíveis acerca da execução do fato típico; o sujeito ativo poderia adotar diferentes posturas frente ao acontecimento típico e isto dificultaria o enquadramento de sua ação. Portanto, quanto mais abstrato o conceito legal de domínio, melhor seria a justiça para o caso concreto.²⁷⁸

De fato, pretendia Henkel estabelecer um conceito de domínio do fato que fosse *per se*, sem a estipulação de outros elementos, mas determinável mediante aferição no respectivo caso concreto. Invariavelmente, esta proposta traria o bônus de possibilitar uma decisão justa à demanda, mas também ocasionaria o ônus de transferir a delimitação da autoria totalmente para as mãos do julgador, mitigando de forma sensível o princípio da segurança jurídica. Ademais, para fundamentar esta concepção indeterminada seria imprescindível uma reflexão que excederia a interpretação do próprio conceito de domínio do fato, tornando-se inócua.²⁷⁹

A segunda perspectiva que diz respeito à ideia de domínio do fato como conceito fixo utiliza-se de elementos individualmente determináveis, captáveis por via de subsunção objetivamente verificável mediante um procedimento dedutivo. Pretende-se, por intermédio desse conceito, estabelecer premissas fixas a serem aplicadas diante do caso concreto. Todavia essa perspectiva é evidentemente complicada, pois não é complicado o estabelecimento de um conceito matemático fixo de domínio do fato, até porque são raríssimos os conceitos jurídicos de univocidade absoluta. Fixar o conceito de domínio do fato mediante critérios rígidos esbarraria em complicações de origem metodológica, histórico-dogmática e na própria essência da autoria.²⁸⁰

²⁷⁸ Nesse sentido ver dentre outros: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 119-120; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 105-106.

²⁷⁹ Na visão de ROXIN é perfeitamente admissível a utilização de conceitos indetermináveis. No entanto, assevera o doutrinador alemão que seu uso deve ser racionalizado aplicando-se somente a três grupos de casos, quais sejam: conceitos de conteúdo fluído – aqueles cuja regulação remete o legislador a convicções populares –; conceitos formados prejudicialmente – cujo conteúdo remete ao âmbito do ser e de vida extrajurídica – e; princípios regulativos, que se caracterizam por não serem jurídicos nem extrajurídicos. Compare em: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 121-122.

²⁸⁰ Quanto ao problema metodológico ROXIN refere a dificuldade de se estabelecer um sistema normativo sem lacunas que ofereça soluções a todos os supostos conceitos. Já quanto ao problema histórico-dogmático esbarramos nas mesmas experiências passadas, que desde o começo do século XX procuraram em vão encontrar um conceito de autor fixo, que garantisse a aplicação a qualquer caso da realidade, soluções adequadas ao sentido dos princípios desenvolvidos no começo. Compare em: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 126-127.

Diante das dificuldades apresentadas pelos conceitos indeterminável e fixo de domínio do fato Roxin procurou estabelecer outra via que pudesse complementar o conteúdo do alcance do domínio, de forma a dar conta dos diversos fenômenos da realidade, bem como que alcançasse, em certa medida, alguma determinação. Trata-se de terceiro viés que almejou estabelecer um conceito aberto, derivado da natureza das coisas, a partir de um procedimento descritivo e do estabelecimento de regulações.²⁸¹

Entende Roxin que “no lugar de uma definição exata ou de um conceito indeterminado deveria ser inserida uma descrição”,²⁸² na medida em que esta conseguiria ajustar-se a todos os diversos casos concretos. Para o autor, se ter o domínio do fato significasse fazer “a”, “b”, “c”, etc., então todos esses fatos não estariam subordinados aos mesmos elementos sem considerar suas particularidades. De outra banda, ter o domínio do fato também significaria estabelecer regulações, ou seja, o legislador deveria fundar algumas diretrizes básicas que por sua vez necessitariam ser seguidas pelo aplicador do direito diante de cada caso concreto.²⁸³

Estas diretrizes seriam suficientes para se estabelecer um conceito de domínio do fato que, no entanto, não poderia estar assentado em um conceito ontológico, teleológico, nem exclusivamente descritivo, mas sim normativo, já que os tipos penais não seriam meras abstrações jurídicas, “mas sim uma tentativa de circunscrever a figura central do acontecimento típico com todas as suas afinidades pessoais”.²⁸⁴ Daí porque Roxin refere que o legislador alemão teria distinguido três formas de autoria: autoria direta (§ 25, I: quem comete o fato punível por si mesmo), autoria mediata (§ 25, II: quem comete o fato punível por meio de outrem) e coautoria (§ 25, III: vários cometem o fato conjuntamente).²⁸⁵

Afirma, ainda, Roxin que “tem o domínio do fato e é autor, quem aparece como figura central, a figura-chave na realização do delito, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento”, advertindo, no entanto, que o critério da “figura central” seria apenas uma “medida valorativa de diferenciação” que mereceria conjugação com as descrições típicas para

²⁸¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 129-132.

²⁸² ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 130-131.

²⁸³ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 130-131.

²⁸⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 131-132.

²⁸⁵ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 131-132.

que fosse concretizado. Assim, o domínio do fato somente restaria caracterizado quando “a conduta analisada pelo legislador” fosse digna de pena e “dominável” pelo autor.²⁸⁶

A partir dessa ideia de figura central do acontecimento típico Roxin desenvolve um modelo tripartido de domínio do fato, distinguindo entre os diversos critérios de domínio: da ação (autoria direta), funcional (coautoria) e da vontade (autoria mediata).²⁸⁷

Terá o domínio da ação quem realizar em sua própria pessoa a conduta típica; terá o domínio da vontade quem executar o fato típico por meio de outrem e; terá o domínio funcional quando realizar no curso da execução uma contribuição funcionalmente relevante.²⁸⁸ Roxin insere, ainda, dentro do critério de domínio da vontade ao lado das hipóteses de domínio da vontade em virtude de coação e domínio da vontade em virtude de erro uma “terceira forma absolutamente independente de autoria mediata”, caracterizada de domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder também denominada de *teoria do domínio por organização*.²⁸⁹

A teoria do domínio por organização, ao que tudo indica, é considerada hoje um dos principais temas do debate jurídico acerca da ideia de delimitação de autoria no direito penal.²⁹⁰ Diversos manuais, artigos e comentários pretenderam trazer o conceito de domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, embora nem todos o tenham feito com o rigor e a presteza necessária.²⁹¹ Notadamente, o tema ainda desperta inúmeros diálogos que merecem

²⁸⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 130-131.

²⁸⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 132.

²⁸⁸ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111.

²⁸⁹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 132.

²⁹⁰ Nesse sentido ver dentre outros: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valorização crítica e ulteriores contribuições**. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 44-45; BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 55-61; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas**. *Direito em Revista*, Paraná, ano 3, n. 18, p. 8-16, jan./dez. 2006, p. 13-15.

²⁹¹ Com o fito de aclarar determinados conceitos é possível encontrar algumas dissertações e teses de doutoramento sobre o tema. Compare a título exemplificativo os seguintes trabalhos acadêmicos: ARANA SAGANOME, Federico Nicolás. **La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia**. 2014. 81f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014; CAVALCANTI, Eduardo de Araújo. **A ampliação do conceito de autor mediato à luz da teoria de Claus Roxin como forma de combate à criminalidade organizada**. 2005. 109f. Dissertação (Mestrado em Direito Público)-Faculdade de Direito, Faculdade de

o devido enfrentamento, a começar pela ideia de criminalidade no âmbito de organizações empresariais complexas.

Certo é que o domínio por organização não se confunde com a ideia de crime organizado. Sobre a diferença entre criminalidade da empresa e crime organizado Heloísa afirma que o conceito de criminalidade empresarial deveria ser extraído a partir de uma leitura das concepções de delitos econômicos, isto é, “ações puníveis” cometidas dentro da atuação econômica lícita. Já a organização criminoso propriamente dita seriam aquelas desempenhadas por uma “estrutura criminal” com vistas à “obtenção de lucro por meios ilícitos.”²⁹² Em princípio, não seria razoável aprofundar a temática da criminalidade organizada, até porque somente o conceito de organização criminoso já é controvertido.²⁹³ Por enquanto, nos basta compreender a evolução legislativa brasileira sobre o tema.

Inicialmente, diante da inexistência de um conceito interno de organização criminoso, o Brasil por meio do Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004 ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova Iorque em 15 de novembro de 2000. Efetivamente, durante alguns anos esteve vigente em nosso sistema jurídico-penal as Leis nº 9.034/95 e 10.217/01, bem como as instâncias normativas trazidas pela Convenção de Palermo.²⁹⁴ Contudo, no ano de 2013 com o advento da Lei nº 12.850, que definiu organização

Direito do Recife, Recife, 2005; DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder**: teoria do domínio por organização. 2012. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal)-Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia. **Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder**. 2015. 596f. Tese (Doutorado em Direito Penal e Criminologia)-Faculdade de Direito, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2015; RODRÍGUEZ MEZA, Jaime de Jesús. **Estudio sobre la teoría del dominio del hecho en le código penal guatemalteco**. 2007. 48f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais)-Faculdade de Direito, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2007; RUEDA GUZMÁN, Lily Andra. **Autoría mediata por control de la voluntad através de aparatos organizados de poder aplicada a máximos responsables en Colombia**: análisis y propuestas. 2014. 197f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidad Nacional de Colombia, 2014; SANTOS, Ulisses Pessoa. **A teoria do domínio por organização e sua aplicação junto à administração pública**: possibilidades e discussões acerca do seu real alcance. 2016. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Evolução Social)-Faculdade de Direito, Universidade Estácio de Sá, 2016.

²⁹² Compare em: ESTELITA, Heloisa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminoso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

²⁹³ A doutrina assegura que o fenômeno da criminalidade organizada se tornou objeto de uma profusão praticamente indomável de estudos e de proclamações das mais diversas índoles, a partir dos mais variados pontos de vista: sócio-filosóficos, sócio-econômicos, histórico-culturais, político-internacionais, político-criminais, criminológicos, ou pura e simplesmente, políticos. Compare em: DIAS, Jorge de Figueiredo. **A criminalidade organizada**: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 71, p. 11-30, jul./set. 2008, p. 12.

²⁹⁴ FAYET, Paulo Agne. **Da criminalidade organizada**. Porto Alegre: Fábri, 2012, p. 58.

criminosa e dispôs sobre os meios de investigação e obtenção de prova, passou-se a adotar um conceito legal definido no artigo 1º, §1º.²⁹⁵

Em que pese a definição legal pré-estabelecida, ainda há problemas de delimitação de autoria, especialmente no que tange às organizações que atuam em conformidade com o ordenamento jurídico. Cite-se, a título de exemplo, o âmbito da criminalidade empresarial que continua despertando dúvidas quanto à ideia de punibilidade do autor de escritório quando o funcionário também é punível.²⁹⁶ Veja-se que a dogmática penal não consegue delimitar adequadamente a participação do autor de escritório nesses delitos específicos, ora tratando-o como mero instigador, ora como autor mediato. Isto acontece porque a ideia de criminalidade organizada não deriva “aprioristicamente nem do dicionário, nem da natureza das coisas, nem sequer em definitivo das especificidades sócio criminológicas que o fenômeno respectivo possa apresentar”,²⁹⁷ mas sim de um conceito ontológico que deriva do estudo do homem como indivíduo, inserido em determinado espaço, tempo e sociedade, que deve ser lido e compreendido a partir de uma análise fenomenológica.²⁹⁸

Com efeito, o importante é reconhecer que esta fenomenologia social criminosa ajustou-se a mais variadas formas de punição estatal, colocando em risco até mesmo o princípio da responsabilidade penal, à medida em que não conseguimos ajustar as condutas praticadas no seio organizacional a um modelo de delimitação de autoria previamente ajustado e instituído.²⁹⁹

²⁹⁵ Art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13: “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”. BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

²⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 71, p. 11-30, jul./set. 2008, p. 21.

²⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 71, p. 11-30, jul./set. 2008, p. 21.

²⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 71, p. 11-30, jul./set. 2008, p. 21.

²⁹⁹ A Associação Internacional de Direito Penal em seu XVI Congresso monográfico sobre “sistemas penais no crime organizado”, celebrado em Budapest em 1999, concluiu que a dogmática penal da autoria e da participação poderia não ser idônea para imputar a responsabilidade penal aos membros de organizações criminosas, sugerindo então, a adoção de um princípio de responsabilidade organizacional, com base no qual, aqueles que tivessem poder de controle sobre a decisão final, deveriam responder por todos os atos cometidos pelos membros da organização, caso tenham dado a ordem. Compare em: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José

Isto porque as organizações empresariais complexas atuantes na contemporaneidade constituem uma “realidade social emergente que não pode ser tratada, sem mais, como mera soma de indivíduos, constituindo uma nova realidade deles distinta”.³⁰⁰ É preciso que haja uma reformulação das estruturas originais de imputação concebidas para a dita criminalidade individual, em que sujeitos ativos de delitos atuam de forma isolada e independente, os quais são insuficientes para determinar eventual responsabilidade penal de quem atua por intermédio de aparatos organizados de poder.³⁰¹

As organizações empresariais como estruturas complexas representam um problema central para a moderna teoria da autoria, em particular quando não se trata de microempresas ou empresas de pequeno porte, nas quais ainda é possível recorrer a soluções tradicionais, mas sim de organizações empresariais complexas, que atingem grandes dimensões.³⁰² Se o Direito Penal brasileiro se revela escasso para solucionar a questão das atividades ilícitas praticadas por meio de organizações de forma complexa, tal acontece porque ainda “não tratamos de forma

Ulises. **La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 5, n. 17, p. 45-80, jan./jun. 2006, p. 46.

³⁰⁰ Nesse sentido ver dentre outros: ESTELITA, Heloisa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29-30; FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. **Autoria e participação em organizações empresariais complexas.** Tradução Vânia Costa Ramos. *Revista Liberdades*, São Paulo, ano 4, n. 9, p. 26-57, jan./abr. 2012, p. 27.

³⁰¹ Nesse sentido ver dentre outros: FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. **Autoria e participação em organizações empresariais complexas.** Tradução Vânia Costa Ramos. *Revista Liberdades*, São Paulo, ano 4, n. 9, p. 26-57, jan./abr. 2012, p. 27; HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Jorge Alberto. **Evolución doctrinal y jurisprudencia de la teoría del dominio del hecho.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 29, n. 86-87, p. 13-28, jan./dez. 2008, p. 19; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. **La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 5, n. 17, p. 45-80, jan./jun. 2006, p. 45-48; HUERTAS DÍAZ, Omar; AMAYA SANDOVAL, Carolina; MALTE RUANO, Germán Diário. **Autoría mediata através de aparatos organizados de poder: tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito.** *Opinión Jurídica*, Medellín, ano 12, n. 23, p. 81-98, jan./jun. 2013, p. 83; MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 146-148; OLIVEIRA, Ana Paz Ferreira Perestrelo de. **A imputação da responsabilidade individual na criminalidade de empresa: a aplicabilidade da figura da autoria mediata por 'domínio da organização'.** *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, ano 46, n. 1, p. 721-773, jan./jun. 2005, p. 723-724; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación.** *Revista Penal*, Huelva, ano 9, n. 9, p. 107-121, jan./jun. 2002, p. 108-109; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas.** *Direito em Revista*, Paraná, ano. 3, n. 18, p. 8-16, jan./dez. 2006, p. 12-13.

³⁰² Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. **A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal.** *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 16, n. 71, p. 11-30, jul./set. 2008, p. 20-21; HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Jorge Alberto. **Evolución doctrinal y jurisprudencia de la teoría del dominio del hecho.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 29, n. 86-87, p. 13-28, jan./dez. 2008, p. 19.

satisfatória uma característica central das empresas modernas, qual seja, a organização empresarial como estrutura hierarquizada e com rígida repartição de funções”.³⁰³

Não é por outro motivo que atualmente a “jurisprudência dos tribunais superiores alemães” parte do entendimento de que “o homem, que está por trás das ações criminosas, tem o domínio do fato” (apesar de ser o instrumento um sujeito penalmente responsável), “quando se aproveita de determinadas condições pré-estabelecidas por organizações empresariais complexas.” Assim, uma vez que o homem de trás detém as condições especiais “poderá estabelecer o modo de configuração do fato típico e como se desencadeará os processos regradados.” “Esse tipo de condição-marco pode existir especialmente nas estruturas de organização, sejam elas de caráter estatal, empresarial ou próximas a um negócio, assim como no caso de hierarquias de poder”.³⁰⁴

Dentro desse contexto histórico é que se insere a *teoria do domínio por organização* que funda uma terceira modalidade de domínio da vontade, a qual não se confunde com o domínio do erro, com o domínio da coação ou com a hipótese de utilização de um indivíduo inimputável, mas que integra um fundamento autônomo de delimitação de autoria, cujo principal objetivo é estipular critérios mínimos a fim de solucionar a questão relativa às atividades ilícitas praticadas por organizações constituídas de forma complexa.³⁰⁵

2.2 Representantes da teoria do domínio por organização

A figura jurídica do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder desenvolvida por Roxin,³⁰⁶ pela primeira vez no ano de 1963,³⁰⁷ baseia-se na tese de que em

³⁰³ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. **Autoria e participação em organizações empresariais complexas**. Tradução Vânia Costa Ramos. *Revista Liberdades*, São Paulo, ano 4, n. 9, p. 26-57, jan./abr. 2012, p. 27.

³⁰⁴ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valorização crítica e ulteriores contribuições**. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 44.

³⁰⁵ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 45.

³⁰⁶ Ver: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. 779 p.

³⁰⁷ Ainda que se credite à ROXIN os méritos construtivos da teoria do domínio por organização, há mais de um século atrás, em 1872, o Tribunal Superior da Prússia já havia reconhecido a possibilidade do homem de trás utilizar-se de um instrumento doloso. Compare em: LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade**

uma organização delitiva os homens de trás que ordenam o cometimento de fatos típicos, com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis. Para Roxin esses homens de trás seriam caracterizados na linguagem alemã corrente como “autores de escritório”.³⁰⁸

Na visão tradicional (e de acordo com o princípio da responsabilidade) a autoria mediata se restringiria aos casos em que o executor material agiria sem dolo, movido por erro ou por coação exercida pelo homem de trás; nessa concepção se o autor imediato praticasse o crime de forma voluntária e consciente não haveria que se falar em autoria mediata do sujeito que atua por trás, constituindo mera instigação.³⁰⁹ Entretanto, a partir de um esforço jurídico criativo Roxin passou a defender que a autoria mediata não estaria limitada a uma ação defeituosa do instrumento, podendo ocorrer perfeitamente frente a um atuar plenamente delitivo do executor material, caracterizada pela circunstância de que o homem de trás teria à sua disposição pessoal um aparato — geralmente organizado pelo Estado —, cujo auxílio seria indispensável para a consumação dos delitos.³¹⁰

A razão imediata desse esforço jurídico criativo promovido pelo doutrinador alemão foi justamente o “caso Staschinskij”³¹¹ e o processo desenvolvido em Jerusalém contra Adolf Eichmann, um dos principais responsáveis pela morte de judeus no período nazista. O “caso Staschinskij” já fora trabalhado quando da apresentação das teorias subjetivas de modo que será priorizado o “processo Eichmann” que acabou se tornando um dos melhores exemplos concretos de domínio por organização. Isto porque, tanto a defesa técnica quanto o Tribunal mantiveram distintas posturas de qualificação das questões de autoria e participação para

criminal do “homem de trás” das organizações criminosas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 44.

³⁰⁸ A expressão “autor de trás do autor” foi cunhada por Richard Lange em 1950 e, pouco tempo depois, foi desenvolvida e amplamente difundida por Roxin e Schroeder, em 1963 e 1965, respectivamente. Contudo, é preciso lembrar que Schroeder desenvolveu seus estudos anteriormente a Roxin, em que pese a publicação de sua obra ter ocorrido em momento posterior. Compare em: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81-86.

³⁰⁹ Por todos: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: questões fundamentais**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 775-777.

³¹⁰ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 240-242.

³¹¹ O agente Bogdan Staschinskij, que pertencia ao serviço secreto de determinado país da Europa oriental, teria recebido ordens de matar exilados políticos russos na República Federal da Alemanha, conduta que prontamente realizou, de próprio punho e sem coação, utilizando-se de uma pistola com munição envenenada. Veja em: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77-79.

aplicação ao caso e as razões expostas por ambos acabaram por captar e descrever de forma acertada diversos problemas característicos do domínio por organização.³¹²

Em primeiro lugar, a defesa de Eichmann asseverou em favor de seu cliente que se o acusado tivesse recusado a ordem de morte contra os judeus nenhum efeito teria surtido contra a execução do extermínio, uma vez que as ordens continuariam a ser seguidas por outros membros dentro da própria estrutura organizada de poder. “Aqui o crime não fora obra do indivíduo, mas sim do próprio Estado”.³¹³ Estas palavras representam muito bem a estrutura de maquinaria das instâncias superiores que pretendia demonstrar a defesa. Efetivamente, “a organização seguiria funcionando com independência da falha do indivíduo;” assim o importante seria estabelecer o comportamento dos sujeitos que atuavam por trás, induzindo, influenciando ou determinando o cometimento dos extermínios e não as figuras dos executores materiais propriamente ditos.³¹⁴

Contudo, o Tribunal regional de Jerusalém concluiu que a teoria tradicional da participação não poderia apreender de modo adequado os crimes cometidos, pois “Eichmann não seria mera marionete nas mãos alheias, conforme pretendia demonstrar a defesa, mas tinha

³¹² Sobre o tema ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 61; AMUCHÁSTEGUI, Alejo. **La teoría del dominio de la voluntad através de un aparato organizado de poder de Claus Roxin: luces y sombras a poco más de cincuenta años de su surgimiento**. *Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, ano 13, n. 57, p. 9-31, abr./jun. 2015, p. 11-13; BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 56-58; MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 172; PARIONA ARANA, Raúl. **El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana: análisis de la fundamentación de la sentencia de la corte suprema contra Alberto Fujimori**. *Revista Oficial del Poder Judicial*, Lima, ano 4, n. 6-7, p. 291-302, jan./dez. 2010-2011, p. 293; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 241-242;

³¹³ Nesse sentido: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valorização crítica e ulteriores contribuições**. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 58-59; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 241.

³¹⁴ Nesse sentido: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valorização crítica e ulteriores contribuições**. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 59; GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 28; ROXIN, Claus. **El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata**. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago del Chile, ano 5, n. 7, p. 11-22, jan./jun. 2006, p. 11.

seu lugar entre os diretivos”;³¹⁵ o acusado não era somente executor material, mas também imprimia ordens a seus subordinados. A melhor solução seria, portanto, “o aumento da responsabilidade jurídico-penal individual, invertendo-se a ordem da teoria habitual da participação” para “punir tanto Eichmann quanto aqueles que teriam determinado as ordens do extermínio.” Dessa forma, ao julgar o caso concreto entendeu o Tribunal regional de Jerusalém que “a proximidade ou a distância quanto ao homem que matou de fato a vítima não poderia ter qualquer influência no alcance da responsabilidade penal.” Pelo contrário, “a medida da responsabilidade aumentaria quanto mais nos distanciássemos daquele que colocou em funcionamento a arma homicida (com suas mãos), chegando aos níveis de hierarquia superior.”³¹⁶

Advertiu ainda o Tribunal que seriam crimes de proporções gigantescas e múltiplas ramificações, cuja participação de inúmeras pessoas em distintos postos de escala de mando ocasionaria certa dificuldade de aplicação prática de conceitos comuns de autoria e comparticipação. No caso, “chegou-se à conclusão de que todos — dentro da estrutura organizada de poder — teriam agido em coautoria mediante uma decisão comum para o fato.” O que o Tribunal não mencionou é que alguns indivíduos foram responsabilizados como meros instigadores, por terem aportado uma menor contribuição causal para o acontecimento típico, o que gerou uma (grave) sensação de injustiça penal.³¹⁷

³¹⁵ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder:** uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 59-60.

³¹⁶ Nesse sentido ver dentre outros: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder:** uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 59-60; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas.** *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 63; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 241-242; SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal.** Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 34.

³¹⁷ Nesse sentido ver dentre outros: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder:** uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 59-60; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas.** *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 63; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 241-242; SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal.** Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 34.

Denota-se que esta aceção de coautoria encontra fundamento dogmático a partir de uma ideia de que os atos deveriam ser praticados de acordo com as instruções da direção, baseando-se a coautoria em uma obrigação mútua dentro da estrutura organizada de poder. Efetivamente, também é possível encontrar esta aceção defendida pelo Tribunal à época na doutrina: a coautoria em aparatos organizados de poder defendida, dentre outros, por Jescheck³¹⁸ e Jakobs,³¹⁹ aborda a codelinquência a partir de um princípio configurador de toda sociedade qual seja a autorresponsabilidade — todos respondem pelas consequências de seus comportamentos —, mas também reside no denominado funcionamento automático, pois quem executa uma ordem superior se deixa corromper pelo comando recebido.³²⁰

A consciência comum sobre o ilícito que é executado pelo homem da frente, determinado pelo homem de trás seria suficiente para satisfação do requisito específico da coautoria — o “acordo comum sobre o fato”.³²¹ Ademais, cada indivíduo que comporia a estrutura organizada de poder deveria aportar objetivamente uma contribuição ao fato que por sua importância resultaria qualificada para o resultado.³²²

Wessels, há muito assegura que a coautoria poderá ocorrer de duas maneiras: por intervenção igual a dos outros sujeitos ou por divisão de funções. Por outras palavras, a coautoria seria a espécie de autoria cuja particularidade consistiria em um domínio do fato comum a várias pessoas: todos participariam da realização do acontecimento típico, sendo desnecessário que todos praticassem o mesmo ato executivo, podendo haver divisão de tarefas. Nessa senda, todo colaborador seria parceiro dos mesmos direitos, “co-titular da resolução

³¹⁸ Ver: JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 594-595.

³¹⁹ Ver: JAKOBS, Günther. **Injerencia y dominio del hecho**: dos estudios sobre la parte general del derecho penal. Tradução Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 72-73.

³²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 786.

³²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 786.

³²² Nesse sentido ver dentre outros: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 364-365; MARTÍNEZ ALCÁÑIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 156-157; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa**: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, Huelva, ano 9, n. 9, p. 107-121, jan./jun. 2002, p. 116; REYES CUARTAS, José Fernando. **La autoría mediata com aparatos organizados de poder**. *Revista de Derecho Penal e Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 135-158, jan./jun. 2004, p. 147-148.

comum para o fato e da realização comunitária do tipo”,³²³ de forma que as contribuições individuais se complementariam em um todo unitário e o resultado total deveria ser atribuído a todos os participantes.³²⁴

Com efeito, em determinados delitos a colaboração de vários indivíduos é de suma importância para a realização completa do plano criminoso, pois cada indivíduo poderá dar cabo ao plano conjunto retirando sua contribuição. Veja-se, por exemplo, o caso de um roubo a banco, cuja participação de todos é muito importante para a consumação do delito; se um agente deixar de intimidar os funcionários enquanto outro efetiva a subtração poderá haver interrupção do curso causal do projeto criminoso. Não obstante, com todas as vênias, esta posição defendida por Muñoz Conde, Jescheck, Jakobs, Otto, Samson, dentre outros, esbarra no próprio conceito legal de coautoria, isto é, na necessidade de comunhão de desígnios para a execução do fato.³²⁵

A falta de decisão conjunta — de realizar o fato típico — entre quem ordena e quem executa é determinante para a não aplicação dessa modalidade de autoria aos casos de domínio por organização. Isto porque, no domínio por organização não há uma decisão conjunta ou uma comunhão de desígnios para execução do fato típico.³²⁶ Ao contrário, temos apenas uma ordem dada que será ou não levada a efeito pelo executor material.³²⁷ Não há como estabelecer uma relação de contribuição conjunta para o acontecimento típico nos casos de domínio por organização justamente porque a ordem é emanada do autor de escritório;³²⁸ o executor material

³²³ WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 120-121.

³²⁴ WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 121.

³²⁵ Nesse sentido ver dentre outros: LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 55; MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 155; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa**: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, Huelva, ano 9, n. 9, p. 107-121, jan./jun. 2002, p. 118; REYES CUARTAS, José Fernando. **La autoría mediata con aparatos organizados de poder**. *Derecho Penal e Criminología*: Bogotá, año 25, n. 75, p. 135-158, jan.-jun., 2004, p. 146-148.

³²⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa**: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, Huelva, ano 9, n. 9, p. 107-121, jan./jun. 2002, p. 116.

³²⁷ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 72.

³²⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa**: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, Huelva, ano 9, n. 9, p. 107-121, jan./jun. 2002, p. 116.

tem apenas a responsabilidade de realizar materialmente o fato típico, e caso esse desista outro virá a concluir.³²⁹

Esta dificuldade dogmática de aplicação da coautoria ao domínio por organização chamou a atenção de Roxin, que pretendeu dar uma explicação que se ajustasse tanto à dogmática penal, quanto aos casos concretos. Assim, segundo o autor alemão tanto nos casos de extermínio dos judeus por autoridades competentes, quanto no “caso Statschinsky”, não haveria dúvidas de que o processo teria ocorrido por meio de autoria mediata e não coautoria por meio das autoridades competentes e do serviço secreto estrangeiro.³³⁰ No entanto, não constituiria o caso de um domínio da vontade em virtude de erro ou de coação, pois seria impensável que alguém que matasse com suas próprias mãos pessoas inocentes não compreendesse o injusto material de sua conduta devido a uma ofuscada visão ideológica.³³¹ Uma organização dessa magnitude teria vida independente da de seus membros, funcionando automaticamente sem que fosse importante a pessoa individual do executor direto.³³² Para entender melhor a figura jurídica desenvolvida por Roxin, será citado outro caso concreto, mais recente, que fora tratado pelo Tribunal como uma espécie de autoria mediata através do domínio por organização. Trata-se do famoso “caso Fujimori”.

“Alberto Fujimori, engenheiro e professor de matemática de nacionalidade peruana e japonesa foi eleito presidente do Peru em 1990.”³³³ Depois de seu terceiro mandato, no ano 2000, decidiu abandonar o país rumo ao Japão como consequência de um escândalo de corrupção e de uma luta radical contra grupos insurgentes ativos.³³⁴ Durante seu governo, na

³²⁹ Nesse sentido ver dentre outros: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa**: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, Huelva, ano 9, n. 9, p. 107-121, jan./jun. 2002, p. 116; ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 72; SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 31-34.

³³⁰ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 72.

³³¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239.

³³² ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239.

³³³ AMBOS, Kai. **El juicio a Fujimori**: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 3, n. 5, p. 229-272, jan./jun. 2011, p. 234.

³³⁴ Nesse sentido: AMBOS, Kai. **El juicio a Fujimori**: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 3, n. 5, p. 229-272, jan./jun. 2011, p. 234; PARIONA ARANA, Raúl. **El posicionamiento de la**

luta contra o terrorismo, Fujimori estabeleceu uma política repressiva com violação sistemática a direitos humanos a partir de um regime crescentemente corrupto e infiltrado pelo serviço secreto. O presidente concentrou em sua pessoa não só o poder político como exerceu também diretamente o comando supremo das forças armadas, das agências secretas de inteligência e da polícia peruana. No entanto, com a sua fuga se designou um governo interino de transição que com o apoio de uma oposição democrática majoritária no Congresso instalou, em 2 de junho de 2001, uma Comissão da Verdade e da Reconciliação do Peru. Esta comissão ao final do ano de 2003 apresentou um relatório final contendo inúmeros casos de homicídios, desaparecimentos forçados, sequestros, torturas e etc., apontando como principal autor (mediato) o ex-presidente Fujimori. Conseqüentemente, no ano de 2009, Alberto Fujimori acabou sendo condenado pela Corte Suprema de Justiça pelas graves violações a direitos humanos. Especificamente, por crimes de lesa humanidade cometidos entre os anos 1991 e 1992 durante sua presidência. O fundamento da condenação alinhou-se à concepção de autoria mediata mediante um aparato organizado de poder a partir da concepção roxiniana de domínio da vontade.³³⁵

Um governo ditatorial, ainda que com aparência democrática como no caso Fujimori, que implanta seu esqueleto de forma a eliminar seus desafetos ou grupos de pessoas age por meio de uma autoria mediata.³³⁶ Dada essa situação, o sujeito de trás que “detém o poder de mando na estrutura organizada”³³⁷ determina a ordem de matar, tendo a confiança de que sua ordem será imediatamente cumprida independente de quem venha a ser o executor material.³³⁸ Tampouco será necessário que o autor de escritório recorra a meios coercitivos ou ao engano

teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana: análisis de la fundamentación de la sentencia de la corte suprema contra Alberto Fujimori. *Revista Oficial del Poder Judicial*, Lima, ano 4, n. 6-7, p. 291-302, jan./dez. 2010-2011, p. 292.

³³⁵ Nesse sentido ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 63-68; AMBOS, Kai. **El juicio a Fujimori:** responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 3, n. 5, p. 229-272, jan./jun. 2011, p. 231-235; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. **La coautoría mediata:** una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 172; PARIONA ARANA, Raúl. **El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana:** análisis de la fundamentación de la sentencia de la corte suprema contra Alberto Fujimori. *Revista Oficial del Poder Judicial*, Lima, ano 4, n. 6-7, p. 291-302, jan./dez. 2010-2011, p. 292.

³³⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 243.

³³⁷ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 63-68.

³³⁸ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. **La coautoría mediata:** una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 172.

de interposta pessoa, uma vez que tem certeza que alguém dentro da organização composta irá realizar o fato criminoso.³³⁹ Assim, “quem detém o poder de mando, em qualquer lugar, em uma “maquinaria organizada”, podendo determinar ordens a seus subordinados é autor mediato em virtude do domínio da vontade que lhe corresponde,” utilizando-se dessas atribuições para o cometimento de ações puníveis.³⁴⁰

Roxin estrutura, portanto, sua teoria dentro de uma concepção de autoria mediata, ou seja, tanto o executor material que cumpre objetivamente a ordem emanada quanto o autor mediato que determina a ordem devem ser responsabilizados pelo resultado ocorrido.³⁴¹ Esse entendimento inclusive é encampado pelo Direito Penal Internacional.³⁴² Isto porque o art. 25, inciso III, alínea “a”, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional não só reconhece a autoria mediata como acentua expressamente que a punição do autor mediato é independente da punição do executor direto, ainda que esse seja penalmente responsável.³⁴³

Em que pese a concepção de Roxin resolver de forma concreta o problema da delimitação de autoria em organizações empresariais complexas, há ainda aqueles que a rechaçam por entenderem que a autoria mediata somente poderia ser utilizada diante dos casos em que o homem da frente (instrumento) não seria penalmente responsável. Justamente por isso desenvolveu-se outro viés acadêmico que pretendeu assegurar a aplicação de uma modalidade de instigação ao homem de trás.³⁴⁴

Para Bitencourt, a instigação é uma espécie de participação moral em que o partícipe age sobre a vontade do autor direto, “quer provocando para que surja nele a vontade de cometer o crime (induzimento), quer estimulando a ideia existente, que seria a instigação propriamente

³³⁹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 243.

³⁴⁰ PARIONA ARANA, Raúl. **El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana**: análisis de la fundamentación de la sentencia de la corte suprema contra Alberto Fujimori. *Revista Oficial del Poder Judicial*, Lima, ano 4, n. 6-7, p. 291-302, jan./dez. 2010-2011, p. 292.

³⁴¹ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 70.

³⁴² ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 70.

³⁴³ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 70.

³⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 457.

dita, mas, de qualquer modo, contribuindo moralmente para a prática do delito”.³⁴⁵ Não obstante, a lei penal brasileira destoa das demais legislações porquanto não define a figura jurídica da participação. Em Portugal, define-se o instigador “como aquele que determina a outrem a prática do fato criminoso”, sendo certo que “o artigo 26 do Código Penal português o pune como se autor fosse, assim como na legislação alemã e na espanhola.”³⁴⁶

Não por outro motivo que Figueiredo Dias,³⁴⁷ em rechaço à ideia de autoria mediata, assegura que o domínio do fato, quando aplicado à autoria mediata, “exige que todo acontecimento seja obra do homem de trás”.³⁴⁸ Somente nessa acepção é que se poderia qualificar o homem da frente como instrumento, isto é, “todos os pressupostos de punibilidade teriam de concorrer na pessoa do homem da frente e haveriam de colocar-se, para efeito da sua caracterização dogmática, unicamente face a ele”.³⁴⁹ Defende o autor português que o fundamento da autoria mediata começa e termina com o “princípio da autorresponsabilidade”, ou seja, devem ser “excluídas todas as situações em que entre a conduta do homem de trás e o delito se interponha a atuação de um homem da frente plenamente responsável” que atue a título de dolo.³⁵⁰

Se esta condição básica — ausência de intenção dolosa — não se verificar, a qualificação jurídica a ser concedida ao homem de trás seria a de mero instigador (eventualmente a de cúmplice), mas não de autor mediato. A utilização da figura jurídica da autoria mediata para os casos em que ambos atuam com plena responsabilidade não seria dogmaticamente concebível, na visão do autor português, face ao princípio fundamental da autorresponsabilidade. Assegura ainda Figueiredo Dias que não haveria como manter a figura jurídica da autoria mediata, pois nesses casos ou a dependência psicológica é tamanha que não deixaria aparecer o homem da frente — por intervenção de uma causa de exclusão ou de

³⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 457.

³⁴⁶ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 59.

³⁴⁷ Ver: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1061 p.

³⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 777.

³⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 777.

³⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 777.

justificação da culpa — havendo verdadeira autoria mediata, ou o homem da frente atuaria de forma plenamente responsável de forma que o homem de trás somente poderia ser considerado instigador, desaparecendo a figura da autoria mediata.³⁵¹

Entende, ainda, que deveria ser afastada a ideia de coautoria defendida por alguns doutrinadores, fundada na consciência do homem de trás de que suas instruções seriam seguramente cumpridas aliada à consciência do executor material de pertencer a uma organização complexa, na medida em que a “subordinação voluntária do executor à decisão do homem de trás não parece em definitivo que possa corresponder a uma decisão conjunta”.³⁵² Todavia, defendem esse entendimento dentre outros: Alberto Donna,³⁵³ Gimbernat Ordeig,³⁵⁴

³⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 790.

³⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 790.

³⁵³ ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 71-81.

³⁵⁴ Nesse sentido ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 69-71; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 60; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa**: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, Huelva, ano 9, n. 9, p. 107-121, jan./jun. 2002, p. 118.

Köhler,³⁵⁵ Renzikowski,³⁵⁶ Herzberg,³⁵⁷ Maurach,³⁵⁸ Rotsch e, mais recentemente Zaczyk, ambos referenciados por Roxin.³⁵⁹

Herzberg, referenciado por Roxin,³⁶⁰ assegura que “a tentativa de determinar a autoria sobre o poder real de condução, deve ser inteiramente abandonada, pois se trata de uma espécie fática de observação que pretende opor uma compreensão normativa do domínio do fato.” Assim, o organizador da estrutura seria mero instigador porque o executor material não seria responsável por seu ato e por trás dele não haveria outra espécie de autoria.³⁶¹ Por isso, Hitler não teria cometido os delitos de homicídio que ordenara na qualidade de autor, mas sim os teria provocado na qualidade de instigador. A esse entendimento junta-se Zaczyk, referenciado por Roxin.³⁶² Para Zaczyk a inclusão do “aparato organizado de poder dissolve as circunstâncias

³⁵⁵ Nesse sentido ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 69-71; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 60; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación**. *Revista Penal*, Huelva, ano 9, n. 9, p. 107-121, jan./jun. 2002, p. 118.

³⁵⁶ Nesse sentido ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 69-71; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 60; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación**. *Revista Penal*, Huelva, ano 9, n. 9, p. 107-121, jan./jun. 2002, p. 118.

³⁵⁷ Nesse sentido ver dentre outros: ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002, p. 69-71; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 60; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación**. *Revista Penal*, Huelva, ano 9, n. 9, p. 107-121, jan./jun. 2002, p. 118.

³⁵⁸ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 355.

³⁵⁹ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 73.

³⁶⁰ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 74.

³⁶¹ Nesse sentido ver dentre outros: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. **La codelinuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 5, n. 17, p. 45-80, jan./jun. 2006, p. 62; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 54.

³⁶² ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 74.

que o influenciaram (de forma concreta) ao ato em apreço dentro da organização que, porém, por não serem tão concretas, acabam por suprimir a responsabilidade do autor direto”.³⁶³

No caminho oposto à legitimação de uma mera instigação do homem de trás, no marco da estrutura organizada de poder, segue Rotsch, também referenciado por Roxin.³⁶⁴ Rotsch apresenta a tese de que um habitual instigador pode ter o resultado nas suas mãos com “a mesma segurança daquele que ordena os fatos puníveis no marco de uma organização criminosa”.³⁶⁵ O instigador nos casos de aparatos organizados de poder não se distinguiria dos demais instigadores e, portanto, deveria ser tratado como tal.³⁶⁶ Rotsch procura comprovar sua tese a partir da construção de um exemplo: se o político X, em uma manifestação diante de mil de seus — não vinculados a uma organização —, mas fanáticos partidários, desafia a matar o malquisto concorrente Y e para isso promete uma recompensa de um milhão de dólares; poderá estar certo da execução do fato “da mesma forma que aquele que confia no cometimento de um ato no decurso regular de um aparato organizado”.³⁶⁷

A teoria da instigação a fim de responsabilizar criminalmente o autor de escritório, que se utiliza do aparato organizado de poder, em tese seria adequada no Direito Penal brasileiro, na medida em que as respectivas leis brasileiras não exigem do instigador a participação direta na execução do fato típico.³⁶⁸ Contudo, leva a uma situação injusta de penalizar de forma mais branda quem efetivamente delineou o projeto criminoso e determinou a sua realização. Por

³⁶³ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 74.

³⁶⁴ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 76.

³⁶⁵ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 76.

³⁶⁶ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 76.

³⁶⁷ Nesse sentido ver dentre outros: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. **La codelinuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 5, n. 17, p. 45-80, jan./jun. 2006, p. 65; ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 75-76.

³⁶⁸ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 60.

conta desse problema de medida de punibilidade é que a utilização da figura jurídica da instigação deve ser rechaçada no sistema jurídico-penal brasileiro.³⁶⁹

Por outro lado, há ainda aqueles como Bockelmann e Volk, ambos referenciados por Figueiredo Dias,³⁷⁰ que reconduzem a situação a uma autoria paralela. Para esses autores, tanto o homem de trás quanto o executor material direto conheceriam todos os elementos do tipo especial sendo o resultado perseguido conscientemente por eles.³⁷¹ Esse fenômeno receberia a designação de autoria paralela. Bockelmann e Volk ainda pontuam que poderia haver uma tentativa de participação pelo autor mediato quando o resultado típico não chegasse à concretização,³⁷² consoante o disposto no § 49 da legislação penal alemã.³⁷³ No entanto, esta acepção recebe a mesma crítica apontada à coautoria, na medida em que não haveria um auxílio mútuo em busca do resultado comum, mas sim a determinação de uma ordem pelo superior hierárquico e o efetivo cumprimento pelo executor material, que somente teria o domínio da ação, mas não o domínio da vontade.³⁷⁴

Na literatura especializada, ainda é possível encontrar entendimentos no sentido de que a responsabilidade jurídico-penal no âmbito das organizações empresariais complexas poderia ser resolvida a partir de uma concepção de omissão imprópria. Isto porque, o dirigente teria um dever de cuidado e vigilância, não devendo criar riscos, sob pena de contenção. Desta forma, caso ocasionasse um dano ao meio ambiente responderia o dirigente, por exemplo “como autor

³⁶⁹ REYES CUARTAS, José Fernando. **La autoria mediata com aparatos organizados de poder**. *Revista de Derecho Penal e Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 135-158, jan./jun. 2004, p. 148-149.

³⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 365.

³⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 365.

³⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 365.

³⁷³ § 49. Causas legais especiais de atenuação. (1) Se uma atenuação é prescrita de acordo com este preceito ou é autorizada, então para atenuação o seguinte se aplica: 1. Em vez de privação da liberdade perpétua, uma penalidade de privação de liberdade é aplicada menos de três anos. 2. Nos casos de penas de prisão, no máximo três quartos do imposto máximo. No caso das multas, o mesmo se aplica ao número máximo de as quantidades diárias. 3. O aumento no mínimo de uma pena de privação de liberdade é diminuído - em casos de um mínimo de dez ou cinco anos a dois anos, - em casos de um mínimo de três ou dois anos a seis meses, - nos casos de um período mínimo de um ano a três meses, - nos restantes casos, para o mínimo legal. (2) Se o tribunal permitir, de acordo com uma lei referida neste preceito, atenuar a pena de acordo com a sua critério, o tribunal pode reduzir ao mínimo a sentença ordenada ou em vez da pena privação de liberdade impõe uma multa. Compare em: DIAS, Cláudia López. **Código Penal Alemán**: del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 15-16. [Tradução livre do espanhol].

³⁷⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 262.

de omissão imprópria frente a um crime ambiental comissivo”.³⁷⁵ Esse entendimento teria sido, inclusive, encampado por alguns Ministros no Julgamento da AP nº 470/MG, quando da fundamentação de uma posição de garantidor.³⁷⁶

Por ocasião do julgamento chegou-se a compreensão de uma possível fundamentação da responsabilidade jurídico-penal por meio do instituto da omissão imprópria. Isto porque, os sujeitos que se encontravam em posição de comando em bancos ou agências de publicidades seriam garantidores, o que justificaria a obrigação de evitar que os recursos das empresas fossem destinados ao pagamento de parlamentares à título de corrupção.³⁷⁷ Esse entendimento poderia ser compreendido a partir de uma análise do artigo 13, §2º, do Código Penal, que prevê a possibilidade de uma posição de garante para os delitos omissivos impróprios.³⁷⁸

É claramente perceptível a proximidade entre as figuras do administrador do negócio (garantidor) e a teoria do domínio por organização, na medida em que ambas as figuras dizem respeito aos sujeitos ativos que se encontram em poder de mando, estando também atreladas à ideia de um princípio de autorresponsabilidade.³⁷⁹ Ocorre que a fundamentação da responsabilidade do garante está umbilicalmente relacionado a um domínio sobre o fundamento do resultado, ou seja, é possível chegar a uma responsabilidade jurídico-penal sem que tenha havido uma participação ativa do garante, o que, a princípio, não viria a ocorrer com a teoria do domínio por organização.³⁸⁰

Ademais, esse entendimento de posição de garante não resolve a questão do executor material. Se, por exemplo, o homem da frente deixar de agir, por não ter recebido a ordem do

³⁷⁵ SCALCON, Raquel Lima. **Problemas Especiais de Autoria e de Participação no Âmbito do Direito Penal Secundário**: Exame da Compatibilidade entre “Domínio da Organização” (Organisationsherrschaft) e Criminalidade Corporativa. *Revista de Estudos Criminais*, ano, 12, n. 54, p. 181-210, jul./set. 2014, p. 205-206.

³⁷⁶ Nesse sentido ver o voto do Ministro Luiz Fux nas fls. 54.348 e o voto da Ministra Rosa Weber nas fls. 52.775, ambos do acórdão da AP nº 470/MG. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

³⁷⁷ Nesse sentido ver o voto do Ministro Luiz Fux nas fls. 54.348 e o voto da Ministra Rosa Weber nas fls. 52.775, ambos do acórdão da AP nº 470/MG. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

³⁷⁸ SCALCON, Raquel Lima. **Problemas Especiais de Autoria e de Participação no Âmbito do Direito Penal Secundário**: Exame da Compatibilidade entre “Domínio da Organização” (Organisationsherrschaft) e Criminalidade Corporativa. *Revista de Estudos Criminais*, ano, 12, n. 54, p. 181-210, jul./set. 2014, p. 195-197.

³⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 777.

³⁸⁰ SCALCON, Raquel Lima. **Problemas Especiais de Autoria e de Participação no Âmbito do Direito Penal Secundário**: Exame da Compatibilidade entre “Domínio da Organização” (Organisationsherrschaft) e Criminalidade Corporativa. *Revista de Estudos Criminais*, ano, 12, n. 54, p. 181-210, jul./set. 2014, p. 201-205.

homem de trás, ou ainda, se ele efetivamente agir independentemente do recebimento da ordem não será possível definir sua responsabilidade por meio da omissão imprópria, sendo necessário recorrer a outros institutos jurídicos.³⁸¹ Nesse ponto, percebe-se que a teoria do domínio por organização é a que melhor responde a questão relativa ao executor material que deixa de agir. Isto porque, o “deixar de agir”, acaba por ingressar dentro do seu âmbito de atribuição, sendo perfeitamente solucionável o problema relativo à sua delimitação de autoria.

Na literatura contemporânea, o próprio Roxin, em rechaço às ideias de omissão imprópria assegura que sua teoria não fora desenvolvida para responder *in totum* os casos de delimitação de autoria, não tendo o condão de ser universal, mas sim de abarcar as hipóteses de crimes dolosos comissivos. E, ainda rechaçando as demais concepções de autoria paralela, coautoria e instigação acaba por assegurar que o instigador não estaria no centro das decisões despertando tão somente a tomada da decisão.³⁸²

O instigador, após incutir a ideia na mente do executor direto abandonaria o desenvolvimento posterior do acontecimento típico.³⁸³ No domínio por organização ocorreria justamente o contrário pretendido pelo instigador, pois o homem de trás, que detém o poder de mando decidiria sobre como, quando, e de que forma seria realizado o fato típico, enquanto que o homem da frente produziria de forma geral tão somente a situação concreta de atuação.³⁸⁴ Assim, “ele não poderia mudar mais nada de essencial no curso do acontecimento traçado pelo aparato, senão quando muito modificá-lo”.³⁸⁵ Mesmo a recusa em praticar o fato típico determinado de nada serviria para a vítima, porque as condições estruturais da organização, geralmente assegurariam a execução de uma ordem para esse caso também.³⁸⁶

Portanto, o homem de trás tem de longe o máximo poder sobre o fato e o domínio sobre a forma como já o reconheceu a Corte Suprema Federal alemã, no ano de 1997, no caso dos

³⁸¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 237-240.

³⁸² ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 262.

³⁸³ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 262.

³⁸⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 262.

³⁸⁵ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 262.

³⁸⁶ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 73.

disparos do muro. Segundo a jurisprudência alemã o comportamento dos autores mediatos que determinavam o fuzilamento daqueles que tentavam ultrapassar o muro de Berlim era antijurídico diante da inobservância do § 27 da Lei da Fronteira, bem como o artigo 103, inciso II, da Constituição Federal alemã atuando, portanto, de forma dolosa.³⁸⁷ Seria impensável pretender que tais homens de trás fossem penalmente responsabilizados apenas como meros indutores; isso constituiria má interpretação das relações de domínio, uma vez que o autor principal — homem da frente — atuaria sozinho e os organizadores da criminalidade em massa figurariam como meros marginais sem domínio.³⁸⁸

Por esta razão a Corte Suprema Federal alemã tem reconhecido a autoria mediata nos casos de organizações criminosas, aproveitando a incondicional disposição ao fato do executor à ordem recebida. O BGH tem afirmado expressamente também que nos casos dos soldados de fronteiras que efetuavam os disparos no muro se apresentaria um erro de proibição vencível de acordo com o artigo 17, cláusula 2, do Código Penal alemão.³⁸⁹

Seguindo a mesma linha de intelecção, Schroeder,³⁹⁰ em 1965, defendeu em sua tese doutoral intitulada “o autor de trás do autor” os possíveis casos de autoria dupla, buscando a dependência do executor material ao fato em relação ao homem por de trás que instiga, tratando-o como autor mediato. Assegurou o também doutrinador alemão que em tempos de nacional-socialismo foi predominante na Alemanha o *slogan*: “Führer ordena, nós seguimos!”, demonstrando a nítida estrutura organizada que concentrava nas mãos do Führer todo o poder

³⁸⁷ AMBOS, Kai. **Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro**. Tradução de Claudia López Días. Colombia: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 31.

³⁸⁸ Nesse sentido ver dentre outros: BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 60; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 52; PARIONA ARANA, Raúl. **El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana: análisis de la fundamentación de la sentencia de la corte suprema contra Alberto Fujimori**. *Revista Oficial del Poder Judicial*, Lima, ano 4, n. 6-7, p. 291-302, jan./dez. 2010-2011, p. 294-295; REYES CUARTAS, José Fernando. **La autoria mediata com aparatos organizados de poder**. *Revista de Derecho Penal e Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 135-158, jan./jun. 2004, p. 145-146; ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 74.

³⁸⁹ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 28-29.

³⁹⁰ Ver: SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013. 129 p.

de mando ao ponto de convertê-lo em autor de todo o ordenado. O critério de domínio do fato, no entanto, era aqui a utilização de um sujeito decidido ao fato ou disposto a cometê-lo.³⁹¹

Para simplificar o entendimento veja-se outro exemplo trazido por Schroeder: X se inteira de que Y planeja um ataque a Z e envia seu inimigo W ao local previsto, onde acaba morto por um disparo de Y, que incorre em erro *in persona*. O domínio do fato por parte do homem de trás é nesse caso manifesto não podendo ser tratado como mero provocador ou instigador. Com isso resta como único elemento decisório que leva o sujeito X a se converter em autor o conhecimento e o aproveitamento da intenção manifesta e a disposição de Y ao fato. O envio de W ao lugar do acontecimento típico é unicamente a produção do fato de Y, de maneira que X converte Y em seu instrumento.³⁹²

Nos processos contra os delitos estatais durante o nacional-socialismo, como no “caso Eichmann”, e também nos casos dos agentes enviados pela União Soviética para cometer assassinatos, como no “caso Staschinskij”, a Corte Federal alemã qualificou como autores os correspondentes homens de trás, isto é, o comando nacional-socialista do império alemão e os chefes da União Soviética, o que fora possível unicamente pelo fato de que os executores materiais dos fatos (por exemplo quem fuzilava os indivíduos ou manipulava o gás das câmaras de gás), fossem considerados como meros cooperadores, raras as vezes aceitou-se a possibilidade de coautoria. Isto foi considerado como uma redução inaceitável da pena dos executores. Essa situação somente mudou quase trinta anos depois nos julgamentos penais contra o pessoal chefe da República Democrática Alemã pelos disparos contra as pessoas que cruzavam o muro e fugiam para a Alemanha Federal. O BGH condenou em 1994 os membros responsáveis pela chefia da República Democrática Alemã como autores (autoria mediata) apesar dos atiradores que realizaram os disparos mortais já terem sido condenados como autores anteriormente (autoria imediata). Com isso, “foi reconhecido pela primeira vez na jurisprudência alemã a figura jurídica do “autor de trás do autor”.³⁹³

Ao que tudo indica, a figura da autoria mediata mediante aparatos organizados de poder tem sido predominante na discussão científica. Da literatura alemã é possível citar ainda dois

³⁹¹ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 33.

³⁹² SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 33-34.

³⁹³ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 34.

grandes autores que vêm contribuído de forma significativa para a dogmática penal. São eles: Heine³⁹⁴ e Joecks,³⁹⁵ ambos referenciados por Roxin.³⁹⁶ Heine assegura que a autoria mediata pode estar amplamente certificada, pois “se trata de um aparato organizado de poder desvinculado do direito”; Joecks acentua que o domínio do fato em virtude de aparatos organizados de poder se mostra compatível com a dogmática penal, apresentando-se como uma terceira forma independente de autoria mediata.³⁹⁷

Ainda na doutrina alemã, Stratenwerth³⁹⁸ assegura que os casos de crime organizado por meio de um aparato organizado de poder demanda resposta penal por meio de uma autoria mediata, na medida em que haveria aqui a manifestação do homem de trás que não colabora propriamente na execução material do fato típico, mas que sendo senhor do acontecimento detém nas mãos a organização criminosa, “podendo confiar que suas ordens serão convertidas em ações através do aparato”.³⁹⁹

A utilização da figura jurídica da autoria mediata aclara as dificuldades de delimitação de autoria em organizações empresariais complexas, trazendo a justa medida de pena. Isto porque, com a sua aplicação é possível estender o alcance do tipo penal tanto ao homem de trás (que verdadeiramente comanda todo o aparato) quanto ao homem da frente (que executa a ordem recebida). Todavia, sua aplicabilidade ainda caminha a passos curtos. Os Tribunais espanhóis, por exemplo, ainda não apuseram a figura do autor mediato por utilização de uma estrutura organizada de poder o que não significa dizer que rechaçam essa solução. Talvez, pela amplitude com que tratam outras figuras jurídicas, como a coautoria e a indução, fazendo com

³⁹⁴ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 77.

³⁹⁵ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 77.

³⁹⁶ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 77.

³⁹⁷ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 77.

³⁹⁸ Ver: STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Edersa, 1982, 362 p.

³⁹⁹ STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Edersa, 1982, p. 243.

que haja ampla possibilidade de castigar o partícipe com a mesma pena do autor, não tenham sentido a necessidade de recorrer à outras modalidades de autoria.⁴⁰⁰

Efetivamente, para que seja aceitável dogmaticamente falando a aplicação da autoria mediata nos casos de organizações empresariais complexas é preciso antes de tudo fundamentá-la com exatidão e convicção suficientes, o que será feito no próximo subcapítulo que tratará dos requisitos estruturantes da teoria do domínio por organização.

2.3 Requisitos da teoria do domínio por organização

As contribuições acadêmicas até então construídas procuraram fundamentar a figura da autoria mediata mediante o domínio por organização com a ajuda da teoria do *animus auctoris*, isto é, atribuindo-se a figura da vontade de autor ao sujeito que atua por trás do fato. Porém, essa solução pretendida pela teoria subjetiva concebe somente uma aparente fundamentação, pois os indutores e coautores também podem deter o mesmo *animus* de autor, o que acaba sendo incompatível com a teoria do domínio do fato, na medida em que o fundamento não pode estar estribado em uma tomada de posição anímica especial daquele que determina as ordens, senão no mecanismo de funcionamento do aparato de poder que efetivamente deterá o domínio final do acontecimento típico.⁴⁰¹

O domínio por organização certamente oferece uma detalhada percepção fático-normativa do que se poderia constituir a realização de um acontecimento típico por meio de outro indivíduo. A autoria mediata se apresenta, dessa forma, como categoria dogmática suficientemente precisa para aplicação tanto aos sujeitos que executam as ordens recebidas, quanto para aqueles que dirigem as organizações.⁴⁰² Contudo, é imprescindível se estabelecer

⁴⁰⁰ GIL GIL, Alicia. **La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española.** *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ano 61, n. 1, p. 53-88, jan./dez. 2008, p. 84.

⁴⁰¹ Nesse sentido ver dentre outros: MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. **La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 170-173; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239-240; SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal.** Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 31-36; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 226-229.

⁴⁰² MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. **La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 170-173.

balizas dentro dessa própria estrutura organizada. Para tanto, a doutrina capitaneada especialmente por Roxin⁴⁰³ e Schroeder⁴⁰⁴ estabeleceu uma série de requisitos aferíveis diante do caso concreto como forma de estruturar a incidência da teoria do domínio por organização.

O primeiro ponto basilar dessa teoria é a existência de uma estrutura hierárquica em que o dirigente/líder se encontra em uma posição vertical sobrepondo-se aos seus subordinados de forma que a ordem decorra de cima para baixo, diferenciando-se, portanto, da coautoria em que a relação entre os indivíduos se dá de forma horizontal.⁴⁰⁵ Dentro dessa estrutura organizada deve haver rígido controle de regras e designação de tarefas para cada membro, fortemente influenciada pelos princípios de subordinação e da supremacia, já que as ordens emitidas pela cúpula de poder devem ser imediatamente levadas a cabo pelos executores diretos.⁴⁰⁶

Roxin, no entanto, diverge no que tange a “divisão de funções”, pois essa designação segundo o jurista alemão poderia confundir o leitor, pois trata-se de termo específico da coautoria.⁴⁰⁷ Para tanto, prefere utilizar a palavra “automatismo”, significando que o aparato de poder se organiza de tal forma autônoma que não haveria necessidade do emprego de meios coercitivos ou errôneos, pois as ordens seriam devidamente cumpridas pelos seus membros.⁴⁰⁸

Em outras palavras, o que possibilita ao homem de trás a execução de suas ordens não é só o executor material que dá causa com suas próprias mãos ao acontecimento típico; pelo contrário, o verdadeiro instrumento é o aparato organizado de poder.⁴⁰⁹ Esse consiste em uma diversidade de indivíduos que estão inseridos dentro de estruturas pré-estabelecidas que atuam de forma conjunta em diferentes funções condicionadas pela estrutura organizada e cuja

⁴⁰³ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239-240.

⁴⁰⁴ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 31-36.

⁴⁰⁵ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 173.

⁴⁰⁶ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 173.

⁴⁰⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 240.

⁴⁰⁸ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 240.

⁴⁰⁹ BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 57.

totalidade assegura ao homem de trás o domínio sobre o resultado típico.⁴¹⁰ Efetivamente, “o executor individualmente não desempenha nenhum papel decisivo para a atuação da organização porque ela pode dispor de muitos outros executores diretos solícitos.”⁴¹¹

Além de uma estrutura aparelhada de forma vertical com rígido controle e estabelecimento de ordens é imprescindível um poder de mando, ou seja, os autores mediatos (homens de trás) devem ter pleno poder sobre o controle do acontecimento típico (domínio da vontade) porque geralmente pertencem a um nível estratégico superior dentro do plano criminoso ocupando a posição de vértice dentro do aparato de poder.⁴¹²

Para elucidar, é imprescindível fazer menção ao chamado “Käsemannfall”, caso em que se analisou a responsabilidade penal do general Jorge Videla e do comandante Emilio Massera pela morte da estudante alemã Elizabeth Käsemann. No período de março de 1977, forças da segurança nacional argentina sequestraram a estudante Elizabeth Käsemann e a aprisionaram em um quartel general da Capital Federal, onde foi torturada por dias a fio. Em maio de 1977, a estudante foi transportada ao campo de detenção “El Vesubio” situado nas proximidades de Buenos Aires. Na noite do dia 24 de maio de 1977, Elizabeth Käsemann foi novamente transportada pelas forças de segurança nacional argentina, junto com outros quinze detentos, algemada, encapuzada e levada para o Monte Grande, onde foi assassinada por meio de disparos

⁴¹⁰ BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 57.

⁴¹¹ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 78.

⁴¹² Nesse sentido ver dentre outros: AMUCHÁSTEGUI, Alejo. **La teoría del dominio de la voluntad através de un aparato organizado de poder de Claus Roxin**: luces y sombras a poco más de cincuenta años de su surgimiento. *Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, ano 13, n. 57, p. 9-31, abr./jun. 2015, p. 18; HUERTAS DÍAZ, Omar; AMAYA SANDOVAL, Carolina; MALTE RUANO, Germán *Diário. Autoría mediata através de aparatos organizados de poder*: tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. *Opinión Jurídica*, Medellín, ano 12, n. 23, p. 81-98, jan./jun. 2013, p. 93; NASCIMENTO SILVA, Joyce Keli do. **A ampliação do conceito de autoria por meio da teoria do domínio por organização**. *Revista Liberdades*, São Paulo, ano 6, n. 17, p. 69-84, set./dez. 2014, p. 79; MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 174; ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 81; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140.

à queima roupa no pescoço e nas costas. Elizabeth Käsemann foi considerada à época uma dissidente política.⁴¹³

Segundo a perspectiva alemã de Roxin e Schroeder, é possível assegurar que tanto o general Jorge Videla — chefe do exército — quanto o membro da Junta Militar, o comandante Emilio Massera, se utilizaram do aparelho repressivo sob o uso do comando que lhes correspondia de tal forma que por meio deles, integrantes desse aparato organizado sequestraram e eliminaram pessoas suspeitas de subversão, como por exemplo, a estudante Elizabeth Käsemann. Para isso, Jorge Videla e Emilio Massera realizaram uma contribuição ao fato sob a utilização das condições descritas, produzindo concretamente a eliminação dos elementos subversivos por meio da estrutura hierárquica e de seu poder de mando.⁴¹⁴

A relevância do poder de mando se encontra na faculdade para ditar uma ordem ou determinação, que deverá ser cumprida de forma automática sem que o líder tenha que se preocupar com o cumprimento da mesma, pois terá a certeza de que ela será levada a cabo por um executor material ou por outro distinto, os quais normalmente não conhecerá. Ademais, o dirigente não terá que recorrer ao engano ou qualquer forma de coação para que haja o efetivo cumprimento da ordem, uma vez que o executor direto cumprirá com os objetivos da organização justamente por sua pré-disposição ao fato típico. Assim, por intermédio do domínio da vontade do autor mediato é que se exercerá a causa de integração do executor dentro do aparato organizado de poder.⁴¹⁵

Pois bem, dentro da estrutura organizada é perfeitamente possível que várias pessoas exerçam o poder de mando. Seguindo o exemplo acima exposto, dentro do Estado Maior do Exército argentino é possível que tanto o general quanto o comandante determinem o fuzilamento de dissidentes políticos. De certo, o órgão militar estará composto por uma pluralidade de pessoas, as quais aportam elementos essenciais ao fato típico, quais sejam: o

⁴¹³ AMBOS, Kai; GRAMMER Christoph. **Dominio del hecho por organización**: la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 26, n. 77, p. 103-130, jan./abr. 2005, p. 104.

⁴¹⁴ Nesse sentido ver dentre outros: AMBOS, Kai; GRAMMER Christoph. **Dominio del hecho por organización**: la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 26, n. 77, p. 103-130, jan./abr. 2005, p. 23; BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 8; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas**. *Direito em Revista*, Paraná, ano 3, n. 18, p. 8-16, jan./dez. 2006, p. 14.

⁴¹⁵ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 175.

planejamento, a direção, a atualização, a concreção e etc., ainda que isto seja feito em fase preparatória.⁴¹⁶ Dessa forma, todos que pertencem ao nível estratégico maior se enquadrariam dentro dessa qualidade de homem de trás, ao pronunciarem a ordem aos executores materiais do acontecimento típico, seja de forma direta seja por meio de intermediários. Isto porque, “quem é empregado de uma maquinaria organizada em qualquer lugar, de maneira que possa imprimir ordens a seus subordinados é autor mediato em virtude do domínio da vontade que lhe corresponde”.⁴¹⁷

Não por outro motivo que o Tribunal Oral Federal Criminal de Córdoba, em 22 de dezembro de 2010, ao condenar o general chefe do exército Jorge Videla e o comandante Emilio Massera, assegurou que haveriam diversos níveis de escala e formas de participação no aparato organizado do poder: em nível estratégico os autores por mando, em nível intermediário os autores por organização e em nível de execução os autores executivos; de forma que os primeiros níveis seriam considerados autores mediatos, uma vez que “sua posição dentro da organização os colocaria na cúspide da mesma em um nível de condução e controle, mas sem execução material do fato”.⁴¹⁸ Portanto, o autor mediato somente poderia ser quem detivesse um poder de mando dentro de uma organização conduzida rigorosamente para a produção de realizações típicas.⁴¹⁹

Além desse poder de mando é inserido outro requisito, denominado de desvinculação da organização ao direito. Todavia, esse pressuposto é passível de críticas, justamente por impor obstáculos à responsabilidade penal de organizações empresariais complexas por meio da aplicação do domínio por organização.⁴²⁰

⁴¹⁶ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 176.

⁴¹⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 243.

⁴¹⁸ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 177.

⁴¹⁹ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 177.

⁴²⁰ BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 58-59.

O pressuposto fora desenvolvido por Roxin, já na primeira edição de sua obra, em 1963, considerando o autor como imprescindível que o aparato organizado atuasse à margem do direito. Contudo, o aparato não precisaria estar desvinculado do direito em todos os aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais por ele realizados. Para exemplificar o pressuposto, Roxin utiliza as medidas tomadas pelo Estado Nacional-Socialista que teriam se movido em muitos setores dentro do direito vigente, mas que, no entanto, em alguma medida acabaram se desvinculando da legalidade, como no caso dos impedimentos de fuga da República por meio de disparos mortais ou o extermínio massivo de judeus nas câmaras de gás.⁴²¹

De igual maneira, a estrutura organizada de poder deveria permanecer à margem não só do sistema jurídico interno como também internacional. O direito referido deveria ser o próprio ordenamento jurídico do Estado ao qual pertenceria a organização e isto incluiria normas internacionais especialmente as que dispõem sobre direitos humanos.⁴²² Dessa forma, toda vez que o Estado ratificasse um Tratado Internacional fazendo aderência aos seus termos, encamparia todos os direitos e deveres ali presentes, aos quais também estariam submetidos os aparatos organizados de poder exclusivamente em relação ao marco do tipo penal que o direito internacional pretende coibir.⁴²³

Nessa senda, a desvinculação ao direito poderia ocorrer de duas formas: a primeira seria mediante o próprio direito, ou seja, o aparato organizado se utilizaria de mecanismos legais que justificassem os crimes cometidos — certamente o que ocorreu no período nazista — e, a segunda seria quando o aparato organizado sem modificar o direito vigente efetuasse atos desvinculados do mesmo não tendo qualquer consideração pelo disposto no sistema jurídico

⁴²¹ Nesse sentido: BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 58-59; ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 81-82; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140-141.

⁴²² Nesse sentido: ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 81-82; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140-141.

⁴²³ Nesse sentido: ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 81-82; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140-141.

interno ou pelas normas internacionais, produzindo assim uma atuação paralela ao direito interno e internacional; são os casos de milícias e guerrilhas.⁴²⁴

A crítica seria no sentido de que não haveria uma desvinculação ao direito propriamente dito, pois, o próprio Estado Nacional-Socialista formaria tais dispositivos que determinavam a morte de indivíduos, isto é, as normas fariam parte do próprio sistema legal, o que implicaria em uma nova justificação para a perpetuação pelo aparelho organizado de poder.⁴²⁵ Assim, nesses casos haveria certa dificuldade do próprio subordinado entender as ações praticadas, já que eram consideradas de acordo com o direito vigente.⁴²⁶ Portanto, o problema central estaria na interpretação concebida a estas normas e não sua vinculação ao Direito.⁴²⁷ De qualquer sorte, a necessidade ou não desse requisito não altera em nada a figura jurídica do autor mediato em virtude de aparatos organizados de poder, uma vez que se trata de requisito de delimitação de autoria e não de verificação de compatibilidade do sistema jurídico-penal ao Direito.⁴²⁸

Seguem esse entendimento, dentre outros, Ambos,⁴²⁹ Ibáñez Fernández⁴³⁰ e Meini.⁴³¹ Acrescentam ainda que o peculiar nesses casos é que são os próprios órgãos do Estado que de forma lícita ou não aproveitam-se de sua estrutura organizada e do poder de mando inerente a um órgão hierarquizado para determinar instruções e ordens tendentes a cometer um crime tendo, a todo momento, o domínio da vontade dos executores e dos autores da organização que

⁴²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 368-370.

⁴²⁵ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valorização crítica e ulteriores contribuições**. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 64-67.

⁴²⁶ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 178.

⁴²⁷ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 141-142.

⁴²⁸ Nesse sentido ver dentre outros: MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 178; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 141-142.

⁴²⁹ AMBOS, Kai. **Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori**. *Revista de estudios criminais*, Porto Alegre, ano 10, n. 40, p. 73-110, jan./mar. 2011, p. 82.

⁴³⁰ IBÁÑEZ FERNANDEZ, Eva. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. Granada: Comares, 2006, p. 200.

⁴³¹ AMBOS, Kai; MEINI, Iván. **Autoría mediata: el caso fugimori**. Lima: Ara, 2010, p. 223.

apresentam nível intermediário.⁴³² É assim, um requisito específico para determinar a autoria (mediata) diante de crimes cometidos por meio de aparatos organizados de poder.⁴³³

Dando prosseguimento à lista de pressupostos uma das características mais relevantes da autoria mediata mediante o domínio da vontade por aparatos organizados de poder reside no fato de que o executor material poderá ser penalmente responsável.⁴³⁴ E isto somente é possível porque o homem da frente poderá desistir da execução do crime e isso não gerará prejuízos para a própria estrutura, na medida em que ele poderá ser substituído por outro a qualquer tempo.⁴³⁵ Trata-se, do requisito da fungibilidade do executor material.⁴³⁶

A fungibilidade é, portanto, “a possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais de preenchimento do tipo penal”.⁴³⁷ O cumprimento das ordens do autor mediato é assegurado em grande parte pelo fato de que muitos potenciais executores materiais encontram-se à sua disposição; de modo que a recusa ou a perda de um indivíduo dentro da estrutura não irá impedir a realização do acontecimento típico.⁴³⁸ Isto também segue na literatura alemã quando, por exemplo, Stratenwerth afirma que “qualquer indivíduo que colabora na execução é substituível não sendo

⁴³² MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 179.

⁴³³ Nesse sentido ver dentre outros: MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 179; ROXIN, Claus. **El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata**. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago del Chile, ano 5, n. 7, p. 11-22, jan./jun. 2006, p. 245.

⁴³⁴ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 82.

⁴³⁵ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 34.

⁴³⁶ Nesse sentido ver dentre outros: ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 82; SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 34.

⁴³⁷ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 82.

⁴³⁸ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 82.

necessário em relação a ele nenhuma coação ou erro para transferir ao homem de trás o domínio do fato”.⁴³⁹

O conceito de Herzberg, referenciado por Roxin, coincide de modo pleno com o pressuposto da fungibilidade.⁴⁴⁰ Para o Herzberg, o domínio por organização é uma exceção ao princípio da responsabilidade pelo reconhecido, ou seja, a liberdade de decisão de quem recebe as ordens (executores materiais) não afetaria o domínio do fato dos homens de trás.⁴⁴¹ Dessa forma, em sua opinião, o verdadeiro instrumento não seria a pessoa individual do executor material, mas sim um mecanismo de poder que funcionaria de modo automático (o aparato), que seguiria funcionando independente da negativa de ação de alguns dos instrumentos.⁴⁴² Bloy assegura que se trata de uma suposição de imputação por injusto de organização, pois somente no caso do clássico injusto individual é que se poderia reconhecer uma limitação da autoria mediata através do princípio da responsabilidade.⁴⁴³ Schmidhäuser, referenciado por Ambos, também aceita o critério da fungibilidade, mas afirma a ocorrência de autoria mediata também nos casos em que a vítima seria posta à mercê de uma multidão disposta a levar o fato adiante.⁴⁴⁴

A Corte Suprema do Peru no “caso Fujimori” suscitou que a fungibilidade seria a característica do homem de trás de poder modificar ou substituir pelo nível estratégico superior que ocupa o homem da frente para a concretização e realização de seu desígnio delituoso.⁴⁴⁵ Os executores materiais em sua vertente individual não seriam relevantes para o aparato organizado

⁴³⁹ STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Edersa, 1982, p. 240-245.

⁴⁴⁰ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 82.

⁴⁴¹ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 82.

⁴⁴² ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 82.

⁴⁴³ Nesse sentido ver dentre outros: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 47-48; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. **La codelinuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 5, n. 17, p. 45-80, jan./jun. 2006, p. 62.

⁴⁴⁴ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 47-48.

⁴⁴⁵ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 181.

de poder, pois a negativa de um não impediria ou frustraria o mandamento do autor mediato, na medida em que esse deteria o pleno controle da organização por meio de uma pluralidade de executores modificáveis a qualquer tempo. O domínio da vontade nesses casos não poderia ser reduzido exclusivamente ao autor mediato e ao imediato, mas deveria compreender toda a organização em nível intermediário e executivo.⁴⁴⁶

Com efeito, é possível assegurar a existência de uma fungibilidade negativa e outra positiva. A primeira se refere a situações em que existe uma negativa do executor material em dar cumprimento à ordem recebida.⁴⁴⁷ Todavia, isto não ocorreria porque a organização poderia se utilizar de outro executor material em seu lugar.⁴⁴⁸ A segunda espécie de fungibilidade seria aquela na qual o nível estratégico superior selecionaria os executores materiais dentre aqueles dispostos na organização que seriam utilizados para levar a ocorrência do resultado típico.⁴⁴⁹ Em ambos os casos o executor material seria intercambiável, pois a tomada de decisão continuaria centrada na estrutura organizada.⁴⁵⁰

Parte da doutrina entende que o critério da fungibilidade também não seria relevante para determinar a autoria mediata por meio de um aparato organizado de poder.⁴⁵¹ Schroeder assegura que o importante dentro da estrutura organizada seria a disposição incondicional do subordinado para cometer o fato, uma vez que poderiam haver especialistas imprescindíveis enquanto executores que poderiam ser substituíveis apesar do homem de trás ser o autor mediato. Os especialistas necessários requerem frequentemente um amplo tempo para se

⁴⁴⁶ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 181.

⁴⁴⁷ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 47-48.

⁴⁴⁸ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 181.

⁴⁴⁹ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 47-48.

⁴⁵⁰ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 182.

⁴⁵¹ Nesse sentido ver: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. **Delincuencia organizada**: aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999, p. 98; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. **La codelinencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 5, n. 17, p. 45-80, jan./jun. 2006, p. 53-57; SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 33.

familiarizarem com suas tarefas, e, nesse sentido, dificilmente são substituíveis por outrem à margem do tempo requerido. Com isso, o critério decisivo na visão do autor alemão seria a incondicional disposição à execução do fato.⁴⁵²

Bottke, citado por Ambos, faz uso do “conceito de domínio de configuração a partir de uma posição (relevantemente) superior no lugar do domínio da vontade”. No entanto, aceita a ocorrência da autoria mediata ao assegurar que “quem ocupa dentro de uma estrutura organizada de poder com atitude global criminógena determinado posto, dando instruções a outrem, seguramente atua a partir de uma posição relevantemente superior através da autoria mediata”.⁴⁵³ Schild, também citado por Ambos, reconhece a constituição do domínio por organização, mas a reconduz ao domínio da ação do superior.⁴⁵⁴ Quanto ao resultado alcançado esse autor, contudo, se mostra partidário de uma autoria individual contra a autoria mediata como categoria autônoma.⁴⁵⁵

A concepção de Schroeder foi seguida pela Corte Penal Nacional do Peru, na sentença do “caso Guzmán Reynoso” de 13 de outubro de 2006, em que Abimael Guzmán e a cúpula de Sendero Luminoso foram condenados por crime de terrorismo e homicídio em decorrência da incondicional disposição dos executores materiais ao acontecimento típico, consubstanciada pelas “cartas de subjeção ao Presidente Gonzalo”, que nitidamente demonstravam a estrita obediência ao líder e à organização.⁴⁵⁶ Em todo caso, a câmara especial da Corte Suprema do Peru manteve na sentença ambos os elementos, isto é, a fungibilidade e a disposição para o fato considerando-os como imprescindíveis.⁴⁵⁷ Essa sentença estabeleceu quatro casos de autoria

⁴⁵² SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 33.

⁴⁵³ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valorização crítica e ulteriores contribuições**. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 48.

⁴⁵⁴ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valorização crítica e ulteriores contribuições**. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 48.

⁴⁵⁵ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valorização crítica e ulteriores contribuições**. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 48.

⁴⁵⁶ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 34.

⁴⁵⁷ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 35.

mediata mediante aparatos organizados de poder,⁴⁵⁸ utilizando tanto das concepções de Roxin quanto as de Schroeder. Na literatura secundam esta concepção dentre outros: Ibáñez Fernandez,⁴⁵⁹ Faraldo Cabana,⁴⁶⁰ Parioana Arana⁴⁶¹ e Meini Mendéz, esse último referenciado por Schroeder.⁴⁶²

Murmann, referenciado por Ambos, defende um domínio do fato por poder de instrução, ou seja, o domínio por organização seria “parte de um mero domínio instrumental do sucesso exterior deixando de lado da mesma forma um hipotético funcionamento perfeito da organização, que não poderia prescindir da liberdade do executor.”⁴⁶³ Schulz, referenciado por Ambos, em sua medida rechaça a ideia de domínio por organização por entender que “se trata de critério demasiadamente amplo, substituindo-o pelo domínio de coação já conhecido em sua teoria do domínio do fato”.⁴⁶⁴ Stein, também referenciado por Ambos, por sua vez afirma que “se trataria de executores não livres, ingressando no jogo as regras de domínio por coação e por erro”.⁴⁶⁵

Reinzikoski, referenciado por Roxin, defende que o resultado somente é garantido em virtude da possibilidade de substituição do executor direto, isto é, quanto à sua fungibilidade.⁴⁶⁶ No entanto, ele critica o fato de que as condutas hipotéticas de terceiros não estariam abarcadas

⁴⁵⁸ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 34-35.

⁴⁵⁹ IBÁÑEZ FERNANDEZ, Eva. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. Granada: Comares, 2006, p. 200.

⁴⁶⁰ FARALDO CABANA, Patricia. **La fórmula de Radbruch y la construcción de una teoría mediata con aparatos organizados de poder**. *Anuario da Facultad de Derecho da Universidad da Coruña*, La Coruña, ano 13, n. 1, p. 145-163, jan./dez. 2009, p. 150-161.

⁴⁶¹ PARIONA ARANA, Raúl. **El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana**: análisis de la fundamentación de la sentencia de la corte suprema contra Alberto Fujimori. *Revista Oficial del Poder Judicial*, Lima, ano 4, n. 6-7, p. 291-302, jan./dez. 2010-2011, p. 295.

⁴⁶² SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 34-35.

⁴⁶³ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 48.

⁴⁶⁴ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 52.

⁴⁶⁵ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 52.

⁴⁶⁶ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 83.

pelos pressupostos, isto é, a possibilidade de aproveitamento de outros executores que não poderia fundamentar um domínio efetivo do comportamento.⁴⁶⁷ Todavia, a crítica é solucionada pela própria estrutura da organização, pois o automatismo característico dessas organizações consegue com o poder de mando suficiente e com uma diversidade de executores fungíveis, substituíveis, intercambiáveis ou dispostos ao fato, assegurar a execução do acontecimento típico.⁴⁶⁸

Por conta desse automatismo, na primeira edição de sua obra, Roxin entendeu como imprescindível para aplicação da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder três pressupostos, quais sejam: poder de mando, desvinculação do direito e fungibilidade do executor. No entanto, acrescentou tardiamente um quarto elemento que intitulou de “disposição essencialmente elevada dos executores ao fato”.⁴⁶⁹ Requisito que muito se assemelha aos conceitos com os quais Schroeder e Heinrich já trabalhavam: Schroeder fala em uma “disposição incondicional do agente imediato de levar a cabo o tipo penal”,⁴⁷⁰ e Heinrich, referenciado por Roxin, aduz uma “inclinação do executor de uma típica organização ao fato”.⁴⁷¹

Roxin parte de uma concepção de que “aquele que em um aparato organizado de poder desvinculado do direito executa o último ato de preenchimento do tipo é diferente de um autor isolado em si mesmo”.⁴⁷² Esse executor material estaria sujeito a numerosas influências específicas da estrutura organizacional que na verdade não excluiriam de nenhum modo a sua responsabilidade, mas que o tornariam mais disposto ao fato que outro potencial criminoso.⁴⁷³

⁴⁶⁷ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 83.

⁴⁶⁸ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 183.

⁴⁶⁹ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 85

⁴⁷⁰ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 34.

⁴⁷¹ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 85.

⁴⁷² ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 86.

⁴⁷³ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 142-143.

Dessa forma, em uma visão global se aumentaria a possibilidade do resultado típico por meio de uma ordem que contribuiria com o domínio do fato do homem de trás.⁴⁷⁴

Esta disposição segundo a Corte Suprema do Peru é uma “predisposição psicológica do executor à realização da ordem que envolve a prática do ato ilícito”.⁴⁷⁵ Assim, não seria somente a fungibilidade do executor material que ratificaria o domínio do fato senão também a predisposição para a realização do tipo penal — quem internaliza e está de acordo com ele —; dessa forma, a internalização do crime estaria estritamente vinculada ao elo existente entre o aparato organizado de poder e o executor material. A pré-disposição do homem da frente implicaria que esse não atuaria como qualquer outro indivíduo, mas sim que seu comportamento partiria de um todo estratégico, operativo e ideológico que integraria a estrutura organizada de poder.⁴⁷⁶

A integração de uma organização provoca como tal uma tendência à adaptação. Espera-se com isso que os membros se adaptem concretamente, podendo levar a uma adesão irrefletida de condutas que jamais passariam pela cabeça de pessoas incorporadas a tal estrutura. Soma-se a isso o obsequioso zelo pela ambição na carreira, pela ostentação, pelo deslumbramento ideológico ou também por impulsos sádicos. Tendo, dessa forma, indivíduos pré-dispostos ao cometimento de qualquer ação.⁴⁷⁷

Todas estas misturas alternadas dos fatores apresentados não excluem a culpabilidade e nem a responsabilidade do executor direto, que continuaria sendo penalmente responsável pelos atos praticados.⁴⁷⁸ Esses pressupostos conduziriam a uma disposição (in)condicionada dos membros da organização ao fato, que juntamente com a possibilidade de substituição pelo

⁴⁷⁴ Nesse sentido ver dentre outros: ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 86; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, 142-143.

⁴⁷⁵ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 183.

⁴⁷⁶ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 183-184.

⁴⁷⁷ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 86.

⁴⁷⁸ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 85.

homem de trás seria um elemento essencial de segurança com base no qual se poderia confiar no cumprimento das ordens.⁴⁷⁹

Apesar de todo o exposto, a figura da autoria mediata por meio de um aparato organizado de poder não resta imunes às críticas. De qualquer sorte, é possível combater a maioria delas seja por meio de fundamentos teóricos, seja mediante fundamentos dogmáticos-penais.

2.4 Superando as críticas à teoria do domínio por organização

A figura da autoria mediata mediante o emprego de um instrumento doloso sempre se mostrou deveras controvertida. O problema central encontrado pelos juristas diz respeito à seguinte questão: como se poderia fundamentar uma autoria mediata nos casos de domínio por organização?⁴⁸⁰ A resposta a esta indagação se assenta sobre alguns pilares: o primeiro diz respeito à própria estrutura da organização, pois como já visto quem possibilita ao autor mediato a execução de suas ordens não é somente o executor direto, mas sim o próprio aparato organizado.⁴⁸¹ O homem da frente não desempenha nenhum papel decisivo para a atuação da organização, porque ela dispõe de muitos outros instrumentos solícitos a cumprir a ordem caso algum indivíduo dentro da estrutura se negue a cumpri-la.⁴⁸²

Assim, resta superada a crítica de ausência de fundamentação do domínio por organização diante de um instrumento penalmente punível, já que ela estaria estritamente ligada à própria estrutura organizada de poder.⁴⁸³ O instrumento seria apenas mais um indivíduo que

⁴⁷⁹ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 84-86.

⁴⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 369-370.

⁴⁸¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239-240.

⁴⁸² ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239-240.

⁴⁸³ BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 47-50.

comporia a organização complexa de forma que sua atuação poderia ser plenamente dispensável.⁴⁸⁴

O segundo ponto diz respeito às várias formas de domínio que não se excluem mutuamente, pois o homem de trás possui o domínio da organização enquanto o homem da frente possui o domínio da ação propriamente dita.⁴⁸⁵ Nesse sentido, o autor mediato teria a possibilidade de influenciar e determinar o acontecimento típico lhe garantindo com isso a produção do resultado por meio de uma ordem à estrutura organizada de poder existente, sem que a execução material do fato seja feita por suas próprias mãos.⁴⁸⁶

Logo, o executor material teria apenas o domínio da ação, ou seja, poderia escolher o melhor momento para concretizá-la ou a melhor forma de alcançar o resultado.⁴⁸⁷ No entanto, o domínio da vontade, isto é, o domínio sobre a execução ou não do acontecimento típico continuaria nas mãos do homem de trás, restando superada mais uma vez a ausência de fundamentabilidade do domínio por organização.⁴⁸⁸

Por fim, não se pode deduzir a autoria mediata e o domínio do fato pela existência de algum déficit do executor material, na medida em que esse poderá atuar de forma penalmente responsável, a partir da posição do autor mediato no acontecimento integral, ou seja, o domínio do fato do homem de trás baseia-se em que por meio de uma ordem sua, por meio da estrutura organizada existente, ele poderá causar o resultado típico com maior segurança.⁴⁸⁹ Dessa forma, as possibilidades de autoria mediata não se esgotam com as formas básicas, isto é, a vontade do domínio do manipulador que descansa sobre uma coação ou sobre um erro do manipulado, mas também pode restar caracterizada pela circunstância de que o homem de trás tem à sua

⁴⁸⁴ BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 47-50.

⁴⁸⁵ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239-240.

⁴⁸⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239-240.

⁴⁸⁷ BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 47-50.

⁴⁸⁸ BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 47-50.

⁴⁸⁹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239-240.

disposição pessoal um aparato — geralmente organizado de poder — cujo auxílio é imprescindível para a consumação dos delitos.⁴⁹⁰

Sem embargo, ainda é possível superar eventuais problemas de fundamentação do domínio por organização a partir de simples distinção entre os tipos de injusto individual e coletivo.⁴⁹¹ “Um princípio estrito de autorresponsabilidade há de fracassar frente ao contexto de injusto coletivo porque não se pode apreender o injusto do superior já por definição, enquanto parte da autorresponsabilidade como princípio liberal e jurídico-individual”.⁴⁹² Isto porque, torna-se imprescindível questionar as normas jurídicas tradicionais do Direito Penal desenvolvidas em um sentido de criminalidade individual quando o contexto abranger condutas de macro criminalidade.⁴⁹³ O fato do homem de trás não dominar de forma direta mas sim indireta, por meio da estrutura organizada de poder, “conduz a uma responsabilidade em virtude de competência funcional como autor mediato”.⁴⁹⁴ Consequentemente, é preciso que se prove o domínio por organização do homem de trás para que se possa falar em imputação por autoria mediata, para isso a construção dos critérios já supracitados.⁴⁹⁵

Como visto no primeiro subcapítulo dessa segunda parte, o domínio do fato, na visão de Roxin, é um conceito aberto do qual não podemos extrair formulações precisas de delimitação mediante a indicação exaustiva de seus elementos.⁴⁹⁶ A autoria mediata mediante aparatos organizados de poder não é um conceito cerrado em si pelo qual bastaria mera

⁴⁹⁰ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239-240.

⁴⁹¹ O injusto coletivo é aquele que se apresenta em contextos organizados de poder e ação, ou seja, a dita macrocriminalidade (conceito desenvolvido por AMBOS). Compare em: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 56.

⁴⁹² AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 56.

⁴⁹³ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 56.

⁴⁹⁴ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 56.

⁴⁹⁵ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 56.

⁴⁹⁶ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 25.

subsunção lógica para aplicação ao caso concreto; tampouco se trata de uma construção *ad hoc* criada especialmente para os delitos tidos como altamente reprováveis; mas, sim, um conceito aberto que enfrenta com êxito as diferentes formas de atuação delitativa em nossa realidade prática contemporânea.⁴⁹⁷

Não por outro motivo que o Direito Penal Internacional, em relação à autoria mediata, tem adotado uma postura avançada, permitindo a incidência dessa figura jurídica no âmbito do Direito Penal Internacional. Tal fato dá-se estritamente em virtude do Estatuto da Corte Penal Internacional (ECPI)⁴⁹⁸ tratar de forma indiferente os casos em que o executor direto é penalmente punível ou não. Veja-se, que o artigo 25 do Estatuto assegura que será considerado autor quem cometer crime individualmente ou em conjunto com outrem ou por meio de outrem, seja esse ou não penalmente responsável.⁴⁹⁹ Optou, portanto, o Tribunal Penal Internacional pela modalidade de autoria mediata conhecida como “o autor de trás do autor”.⁵⁰⁰

Com base nessa fórmula adotada pela Corte Penal Internacional, é possível que tanto o homem de trás, quanto o executor direto, sejam penalmente responsáveis. Em primeiro lugar porque assim determina o tipo legal e em segundo porque quem controla a vontade do executor

⁴⁹⁷ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 25.

⁴⁹⁸ O Estatuto da Corte Penal Internacional denominado de Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi promulgado no Brasil através do Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002.

⁴⁹⁹ Artigo 25. Responsabilidade penal individual: “1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas. 2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto. 3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso: i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime; e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática; f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que esse se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso. 4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.” BRASIL. **Decreto nº 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁵⁰⁰ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 188.

e o curso do acontecimento típico é efetivamente o homem de trás, constituindo o homem da frente mero instrumento nas mãos do autor de escritório.⁵⁰¹ A autoria mediata se apresenta como uma categoria dogmática muito sugestiva para aplicação a indivíduos que não atuam diretamente na execução do fato típico, mas que se utilizam da estrutura organizacional e do material humano para satisfazê-lo e concretizá-lo.⁵⁰²

Organizações ou centros organizados de poder existem desde sempre; na verdade, são estruturados hierarquicamente e dotados de forte disciplina interna, assumindo um modo de funcionamento automático para aqueles que lhe compõem, adquirindo esses a natureza de meros instrumentos que realizam de forma mecânica as ordens recebidas, mediante uma subordinação voluntária do executor material à decisão do agente mediato.⁵⁰³ Resta saber se toda essa estrutura pode ser aplicada às organizações empresariais complexas.

2.5 Atualizando a teoria do domínio por organização

O domínio por organização por meio de aparatos organizados de poder foi originariamente desenvolvido para delimitar a autoria mediata nas hipóteses de crimes praticados por meio de organizações criminosas, incluindo as atividades terroristas, sobretudo em relação aos aparatos paraestatais, como nos infelizes casos desencadeados pelo sistema nacional-socialista alemão, o regime comunista da RDA e as ditaduras militares da América Latina.⁵⁰⁴ Isto porque, em todos esses casos seria possível apontar objetivos adversos à ordem jurídica pré-estabelecida, bem como verificar a existência de todos os pressupostos já citados, gerando uma estrutura grandiosa que muito se assemelharia a um “Estado dentro do Estado”.⁵⁰⁵

⁵⁰¹ AMUCHÁSTEGUI, Alejo. **La teoría del dominio de la voluntad através de un aparato organizado de poder de Claus Roxin**: luces y sombras a poco más de cincuenta años de su surgimiento. *Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, ano 13, n. 57, p. 9-31, abr./jun. 2015, p. 30.

⁵⁰² HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. **La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 5, n. 17, p. 45-80, jan./jun. 2006, p. 72.

⁵⁰³ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 31.

⁵⁰⁴ ROXIN, Claus. **El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata**. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago del Chile, ano 5, n. 7, p. 11-22, jan./jun. 2006, p. 247.

⁵⁰⁵ Expressão cunhada por: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 366.

Para além dessas hipóteses, não se encontrariam preenchidos os pressupostos desenvolvidos por Roxin, Schroeder, Heinrich, dentre outros, pelo que mesmo em se tratando de criminalidade organizada apenas poderiam intervir os demais critérios de domínio do fato.⁵⁰⁶ Todavia, esse entendimento não merece prosperar. Primeiro porque a tendência da dogmática penal é se atualizar frente às novas formas de cometimento de delitos.⁵⁰⁷ Segundo porque se não pudéssemos modernizar as diversas figuras jurídicas já criadas para o acautelamento de novas situações geradas dentro da sociedade moderna não haveria razão de ser do estudo jurídico-científico. Continuaríamos cegos, desatualizados e desprovidos de instrumentos modernos de responsabilidade jurídico-penal.⁵⁰⁸

Organizações criminosas e organizações empresariais complexas estão estreitamente relacionadas tanto no seu *modus operandi* quanto no seu sucesso financeiro, mas não constituem estruturas sinônimas.⁵⁰⁹ A confusão se opera, pois, tal como se projeta uma organização complexa voltada ao sucesso financeiro, projeta-se uma organização criminosa. “À sofisticação de sua atuação corresponde a dificuldade de sua repressão no âmbito penal”. É imprescindível que haja diariamente um aprimoramento das técnicas de combate ao crime, correspondendo à evolução do seu *modus operandi*, bem como das formas de delimitação de autoria e punibilidade. Em suma, o que permite a reformulação de teorias relativas à autoria e participação é justamente a complexidade da evolução social e criminológica, que nos fazem procurar instrumentos mais seguros de justa medida de pena.⁵¹⁰

Por conseguinte, é rechaçada também a ideia de que haveria necessidade de uma desvinculação ao direito por parte do aparato. Certamente as organizações empresariais complexas não são criadas para desenvolverem desde o princípio atividades criminosas, pelo

⁵⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 370-371.

⁵⁰⁷ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 47.

⁵⁰⁸ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 47.

⁵⁰⁹ ESTELITA, Heloisa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

⁵¹⁰ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 47.

contrário, exercem atividades amparadas pelo Direito.⁵¹¹ No entanto, podem, por exemplo, cometer diversos delitos fiscais e nem por isso acabariam desvinculando-se da ordem jurídica. Não por outro motivo que o próprio Roxin modificou sua concepção para assegurar que “a desvinculação do direito não deveria ser total, bastando tão somente que o fato concreto fosse realizado à margem do direito”.⁵¹² Dessa forma, verifica-se que o próprio criador da figura jurídica tem modificado suas concepções alargando o alcance do domínio por organização de maneira que tal requisito se mostra insuficiente para negar a aplicação da teoria do domínio às organizações empresárias complexas.⁵¹³

Quanto ao requisito da fungibilidade do executor, Roxin limita-se a referir que nas organizações complexas faltaria a possibilidade de substituição justamente porque não haveriam outros indivíduos e nem se poderia obtê-los por outros meios.⁵¹⁴ Todavia, trata-se de falácia jurídica que não se sustenta: a uma porque dentro de organizações empresárias complexas especialmente as multinacionais haveria inúmeros executores à plena disposição do autor mediato que poderiam a qualquer tempo serem substituídos, removidos, realocados, demitidos ou até mesmo promovidos caso a ordem fosse cumprida. A duas porque a própria estrutura organizada permite um total desconhecimento do autor mediato acerca de quem seria o executor material da ordem. Não podemos esquecer que estamos diante de empresas compostas por diversos funcionários, que podem estar em diversos países e que nem sempre tem a ciência de quem deteria o poder de mando sobre eles.⁵¹⁵

⁵¹¹ Sobre o tema ver dentre outros: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 65; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 368-369.

⁵¹² ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 81-82.

⁵¹³ Sobre o tema ver dentre outros: BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 58; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 369; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico** ¿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*, Madrid, ano 5, n. 9. p. 59-98, jan./dez. 2002, p. 79.

⁵¹⁴ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 88.

⁵¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico** ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito

Por fim, também não se sustenta a falta de disposição elevada ao fato em virtude da possível consciência do executor material de estar em conflito com a lei penal.⁵¹⁶ De acordo com o maior ou menor nível de sofisticação da organização empresarial, conforme o local de atuação e de seus objetivos poderá haver alguma variação da estrutura organizada.⁵¹⁷ Contudo, sempre haverá uma organização mínima no qual o diretor/presidente posiciona-se no vértice da pirâmide e os executores/funcionários em sua base, sendo que, invariavelmente, esses não conhecem aqueles, porquanto existe uma cadeia de sujeitos com intermediários entre eles (coordenador/gerente), que transmitem a ordem superior.⁵¹⁸

Esta estrutura piramidal permite afirmar que nem sempre o funcionário terá ciência de que a ordem recebida é contrária ao Direito. Evidentemente, diante de um ilícito de homicídio, por exemplo, seria indiscutível o conhecimento sobre o caráter ilícito do fato. Todavia, se o caso concreto fosse de utilização de filtro de ar de menor qualidade que permitisse a transmissão de fumaça tóxica à população de determinada cidadela, vindo alguns de seus habitantes a falecer seria mais difícil delimitar a autoria do funcionário que troca os filtros, bem como a do diretor que emite a ordem, podendo ambos serem penalmente responsáveis em virtude do domínio que detém sobre o fato, o funcionário pelo domínio da ação e o diretor pelo domínio da vontade.⁵¹⁹

Por conta disso, o Supremo Tribunal Federal alemão vem defendendo a possibilidade de declarar como autor mediato também os diretores e presidentes de empresas, caso eles fomentem empregados de seu estabelecimento a cometerem fatos puníveis.⁵²⁰ O Tribunal

en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Madrid, ano 5, n. 9. p. 59-98, jan./dez. 2002, p. 80-81.

⁵¹⁶ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 88.

⁵¹⁷ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder:** uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 68-71.

⁵¹⁸ Nesse sentido ver dentre outros: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder:** uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 68-71; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas.** *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 49.

⁵¹⁹ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas.** *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 47.

⁵²⁰ Nesse sentido ver dentre outros: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder:** uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 64-65; BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata.** Tradução Pablo

alemão já assegurou, inclusive, na decisão referente ao Conselho Nacional de Defesa da RDA (*BGHSt*, 40, 237)⁵²¹ que o “problema da responsabilidade no caso do estabelecimento de uma empresa econômica” também pode ser solucionado por meio da autoria mediata. O exame aprofundado de outros dois casos julgados pela Corte alemã auxiliará na elucidação do tema.

O primeiro episódio denominado de “o caso da farmácia veterinária” desenvolveu-se dentro de uma atividade empresarial complexa: X e outros doze veterinários/funcionários organizaram uma atividade empresarial em determinada farmácia-veterinária, de modo que obtivessem o maior número possível de vendas. O objetivo era assegurar descontos maiores junto aos fabricantes de fármacos na forma de abastecimento complementar não computado que seriam posteriormente revendidos. As instruções de X eram no sentido que não seriam vendidos medicamentos de sua farmácia a quem apresentasse prescrição médica por veterinário que não trabalhasse junto a ele ou a proprietários de animais que não tivessem sido tratados por ele ou por um de seus veterinários empregados. Restou comprovada a venda de diversos fármacos a preço de custo ou com acréscimo de percentual impactante. O fato é que cada “venda de fármaco correspondia a uma conduta autônoma”, contudo, examinando todos os eventos “verificou-se não haver nenhuma participação concreta de X, nem mesmo no registro de compra e venda dos medicamentos por meio eletrônico de processamento de dados”.⁵²²

Em que pese não haver vinculação física, isto é, material de X com as vendas que foram efetuadas, acabou este sendo condenado, em primeiro grau, pelo comércio ilícito de medicamentos de acordo com o § 95, (1), 4, combinado com o § 43, 1 e 2 da lei de medicamentos alemã, bem como pelo comércio ilícito de medicamentos fora de estabelecimento farmacêutico, de acordo com § 95, (1), n. 4 da lei alemã.⁵²³ O BGH em

Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 60; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 370.

⁵²¹ Acórdão do Tribunal alemão referenciado por: ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 87.

⁵²² Exemplo referenciado por: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 148.

⁵²³ Tais dispositivos assim referem: “§ 95 Disposições penais: (1) é punido com pena privativa de liberdade de até 3 anos ou com pena de multa quem: 4. Prática atividade comercial com medicamentos que somente podem ser fornecidos com prescrição ao usuário, ou fornece esses medicamentos, contrariando o § 43, (1), 2 ou 3, fase 1.” “§ 43 Deveres farmacêuticos, marketing por veterinários. (1) o medicamento, no sentido do § 2, (1) ou (2), n. 1, que não está liberado pelas disposições do § 44 ou do § 45, 1 do Decreto sobre Circulação fora de farmácia, não pode ser colocado em circulação fora dos casos do § 47 ao consumidor final em farmácias e sem permissão oficial; os detalhes são regulados pela lei de farmácias. Fora de farmácias não pode ser comercializado nenhum dos medicamentos reservados ao estabelecimento farmacêutico referidos na alínea 4 e no § 47, (1), 1. As informações sobre a extensão ou modificação de uma permissão para venda de medicamentos, conforme alínea

juízo ocorrido em 03 de julho de 2003 manteve a condenação do veterinário X como autor mediato pela prática de crimes tipificados na lei alemã sobre medicamentos e, para tanto, transferiu ao contexto das organizações empresariais complexas os princípios da decisão do Conselho Nacional de Defesa da RDA sobre autoria mediata através do domínio por organização.⁵²⁴ Na decisão o Supremo Tribunal Federal alemão referiu que “pode ser autor em razão do domínio do fato, também aquele que cria determinadas condições básicas por estruturas de organização, que provocam processos regulares”, isto porque, “ele se utilizaria dessas condições para causar a realização do tipo penal pretendido.”⁵²⁵

O segundo episódio diz respeito ao “caso da eliminação de resíduos”: X e Y eram gestores de determinada empresa, cuja prática empresarial era a eliminação de substâncias, por meio da separação dos “resíduos de atividades de descarte de outros materiais valiosos”. Ocorre que o controle das ocorrências de possível poluição danosa dos resíduos oriundos do descarte era realizado por intermédio de empresa terceirizada. Todavia, a presidência da “empresa tinha conhecimento de que, devido à falta de controle de poluição, esses resíduos poderiam atingir certo grau de lesividade” aos funcionários e à população local. Porém, nos diversos níveis de depuração eram acrescentados materiais estritamente poluentes que posteriormente eram despejados em local não permitido. “Os resíduos foram classificados pelo órgão governamental competente como detrito de categoria II,” isto é, sobrecarregados com substâncias consideravelmente danosas.⁵²⁶

Tanto em primeiro grau quando em sede recursal os acusados X e Y acabaram sendo condenados pela eliminação de detritos prejudiciais ao meio ambiente, pois a conduta de ambos teria caracterizado autoria mediata. Isto porque ainda que não tivessem depositado diretamente os detritos por si mesmos, nem fossem os responsáveis pela fiscalização, deveriam, na condição

(1) devem ser inseridas no banco de dados, conforme § 67^a. (2). Os medicamentos reservados às farmácias, conforme (1), frase 1, não podem ser oferecidos por pessoas jurídicas, associações sem capacidade jurídica e sociedades de direito civil e de direito comercial, a seus membros, quer se tratem de membros de farmácias ou das pessoas e instituições mencionadas no § 47, 1 e se sigam as informações sob os pressupostos ali mencionados.” Compare em: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 148-149.

⁵²⁴ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 89.

⁵²⁵ Nesse sentido ver dentre outros: ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 889; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 149.

⁵²⁶ Exemplo referenciado por: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 150-151.

de gestores da empresa, tomar cuidado para que os detritos fossem eliminados de forma apropriada, consoante o disposto no § 326 do StGB alemão.⁵²⁷ E, para esclarecer a questão o BGH referiu que “os pressupostos sob os quais um fato punível é cometido por meio de outrem (§ 25 Abs. 1 StGb) seria problema de valoração que estaria aberta”.⁵²⁸ Logo, “no juízo de valoração não seria decisivo que o intermediador atuasse de forma culpável”, mas sim “se o homem de trás não teria apenas o interesse no fato, se não também o domínio do fato orientado pela vontade de autor”.⁵²⁹

Ao fim e ao cabo, sob o prisma do *modus operandi*, as grandes empresas ou grupos econômicos que atuam no mercado econômico, caracterizam-se pela fungibilidade dos executores das ordens provenientes das diretorias, presidências e etc., havendo estrutura hierárquica, poder de mando e disposição elevada dos executores ao fato, preenchendo, assim, os pressupostos elencados na teoria do domínio por organização por meio da autoria mediata.⁵³⁰ Por esta razão é que será analisado, no capítulo final da presente dissertação, a compatibilidade jurídico-penal do domínio por organização no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵²⁷ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 89.

⁵²⁸ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 89.

⁵²⁹ Sobre o tema ver dentre outros: ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 89; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 150.

⁵³⁰ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 25.

3 COMPATIBILIDADE DO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO COM O SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

3.1 Contexto de compatibilidade do domínio por organização às organizações empresariais complexas

Cada vez mais frequentemente, o moderno Direito Penal tem enfrentado o problema relativo aos comportamentos delitivos de carácter econômico, os quais geralmente são desencadeados dentro de grandes empresas.⁵³¹

“A evolução do último século trouxe o desencadeamento de grandes empresas, de sociedades multinacionais, com uma estrutura fortemente organizada e complexa em que é por vezes complicado determinar a autoria de eventuais atos criminosos”.⁵³² As organizações empresariais apresentam por um lado uma rígida estrutura piramidal complexa com repartição de funções, e por outro a divisão de tarefas, poder e controle, demonstrando uma separação entre quem comanda e quem obedece. Dessa forma, se torna cada vez mais problemática a imputação individual de fatos desalvorados e criminalmente relevantes.⁵³³ Como assegura Schünemann, “a descentralização das decisões e suas execuções nas empresas contemporâneas comporta o risco de converter a organização da responsabilidade em irresponsabilidade organizada”.⁵³⁴

A bem da verdade, categorias dogmaticamente fundantes da Parte Geral do Direito Penal, por exemplo em matéria de autoria delitiva, são agora confrontadas com uma nova realidade de macro criminalidade distante dos quadros reais que motivaram a sua construção.⁵³⁵

⁵³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico** ¿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*, Madrid, ano 5, n. 9. p. 59-98, jan./dez. 2002, p. 74.

⁵³² SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 10-11.

⁵³³ Sobre a diferença entre crime organizado e criminalidade dentro de empresas ver: ESTELITA, Heloisa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

⁵³⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa**: dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 44, n. 1, p. 9-38, jan./dez. 2002, p. 11.

⁵³⁵ Sobre a evidente discrepância entre a realidade social e os princípios que motivaram a construção de uma teoria de autoria SOUZA nos empresta sabedoria ao assinalar que a ciência penal, assim como os seus quadros

Esta nova fenomenologia do crime deu-se inicialmente pela crescente discussão pela literatura especializada acerca das questões relativas à “imputação individual da responsabilidade criminal,” bem como “sobre a possibilidade e necessidade político-criminal de responsabilizar criminalmente a própria organização empresarial complexa”.⁵³⁶

O fato de haver uma nova estrutura, hierarquicamente organizada e fortemente controlada introduziu novos problemas de delimitação da autoria no âmbito empresarial, especificamente quanto à imputação individual do acontecimento típico.⁵³⁷ Todavia, esta dificuldade não acarreta a negação de toda e qualquer possibilidade de responsabilidade individual do executor material no plano criminal, mas também comporta os órgãos diretivos das empresas, que se utilizam da própria organização empresarial como instrumento para o cometimento dos delitos.⁵³⁸ Ocorre que, como visto, a circunstância das organizações empresariais complexas se constituírem para desenvolver uma atividade lícita eliminaria, sempre que estivesse em causa a realização de um ilícito penal o automatismo de funcionamento exigido para concretização do domínio por organização.⁵³⁹ Posteriormente, a mesma razão implicaria a ausência de fungibilidade do executor material; e por fim, dificilmente se poderia dizer que as organizações empresariais complexas se revestiriam da estrutura hierárquica que caracteriza os aparelhos organizados de poder.⁵⁴⁰ Tudo para concluir, no sentido da

normativos e sistemáticos designadamente em matéria de imputação se desenvolveu sobre a égide de um paradigma individual. Isto porque, os problemas colocados pelo Direito Penal de empresa correspondem justamente a um outro paradigma que podemos designar de social ou organizacional, que obriga no mínimo a repensar as categorias clássicas do Direito Penal, enquanto reflexo das alterações no mundo social e econômico. Compare em: SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 11.

⁵³⁶ SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 11.

⁵³⁷ SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 11.

⁵³⁸ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 25.

⁵³⁹ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 89.

⁵⁴⁰ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 25.

inaplicabilidade da teoria do domínio por organização no âmbito das organizações empresariais complexas.⁵⁴¹

Contudo, é possível pensar em uma particular zona da criminalidade a respeito da qual o funcionamento das organizações empresariais complexas pode se aproximar dos aparelhos organizados de poder e, nessa medida, justificar o recurso à figura do domínio por organização. Isto porque as organizações empresariais são voltadas ao sucesso financeiro, na exata medida do que pretende uma organização criminosa, via de regra, com exceção da finalidade de sua atuação, que no caso será lícita. Ocorre que mesmo diante de um funcionamento lícito poderá haver desvios de condutas de funcionários e demais colaboradores mediante uma ordem superior. Em outras palavras, “a sofisticação da atuação da organização corresponde à exata medida de dificuldade de sua repressão” pelo Estado; “o aprimoramento das técnicas de combate ao crime corresponde a evolução do seu *modus operandi*.”⁵⁴²

A edificação de uma estrutura organizada com objetivos autônomos, os quais as distingue do mero *concursum delinquentium*, demonstra dificuldade de sua repressão, na medida em que sua forma de constituição faz prevalecer um querer único, cujos pensamentos e desejos particulares de cada integrante devem sucumbir como verdadeira transformação da personalidade de cada indivíduo dentro da organização, dificultando de sobremaneira a identificação de quem seria efetivamente os autores dos delitos.⁵⁴³ Esta unidade é edificada com vistas a conferir a maior capacidade possível à organização, dificultando ainda as investigações criminais, protegendo os integrantes do grupo, especialmente o homem de trás.⁵⁴⁴ Tal visão remonta ao tempo do Código Penal napoleônico, que inspirou o legislador português de 1852 e

⁵⁴¹ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 89.

⁵⁴² LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 47.

⁵⁴³ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 48.

⁵⁴⁴ PELLEGRINI, Angiolo. **Criminalidade organizada**. Tradução Paulo José da Costa Júnior. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 15-23.

o espanhol de 1822,⁵⁴⁵ porquanto, “já em sua época havia a exigência de uma estrutura de organização criminosa com hierarquia e rigidez no relacionamento entre seus membros.”⁵⁴⁶

Considere-se ainda à título de exemplo, agora em um contexto mais contemporâneo, o art. 28, do ECPI, referente à responsabilidade criminal dos chefes militares e outros superiores hierárquicos.⁵⁴⁷ O dispositivo é expressão de uma responsabilização criminal daqueles que dirigem ou controlam as organizações empresariais complexas.⁵⁴⁸ Como assegura Schünemann, esta tendência foi igualmente manifestada nas decisões do BGH alemão, ao pronunciar-se sobre a responsabilidade criminal de dirigentes do governo da RDA.⁵⁴⁹

Enfim, para se reconhecer uma organização empresarial complexa afigura-se como insuficiente o “acordo genérico para delinquir”,⁵⁵⁰ isto é, “a decisão conjunta de uma pluralidade de pessoas com vista à prática de delitos, com o que estar-se-ia confundindo o

⁵⁴⁵ ROSA, Antônio José M. Feu. **Do concurso de pessoas**. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Direito penal: doutrinas essenciais**. Vol. 2. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2010, p. 25-29.

⁵⁴⁶ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 48.

⁵⁴⁷ Artigo 28. Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos: “Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal: a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando: i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal; b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando: a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes; b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.” BRASIL. **Decreto nº 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁵⁴⁸ SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial**. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 12-13.

⁵⁴⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 44, n. 1, p. 9-38, jan./dez. 2002, p. 11.

⁵⁵⁰ Expressão cunhada por: GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Asociaciones ilícitas en el código penal**. Barcelona: Bosch, 1978, p. 224.

fenômeno do domínio por organização com a figura da coautoria”. Por conta disso, a mera reunião de um grupo de jovens para o cometimento de crimes em comunhão de desígnios, “no qual desponta um líder não constitui um aparato de poder organizado para os fins jurídico-penais”, é imprescindível a existência de uma estrutura mínima de organização.⁵⁵¹

Poderá haver uma variação na estrutura da organização empresarial complexa, de acordo com seus níveis de sofisticação, de composição, de local de atuação (com alcance transnacional ou não)⁵⁵² e até mesmo seus designios. Todavia, “sempre haverá uma organização mínima” com “rígida estrutura hierárquica de seus membros”, no qual o chefe/presidente (homem de trás) estará na situação de comando, emitindo as ordens e os executores materiais/funcionários (homens da frente) estarão na base da estrutura, recebendo as ordens, “sendo que, invariavelmente, esses não conhecem aqueles, porquanto existe uma cadeia de sujeitos, com intermediários (gerentes/coordenadores) entre eles, que transmitem a ordem superior.” Dito de outra forma, os “executores materiais muitas das vezes sequer conhecem o plano criminoso global,” uma vez que podem ser paulatinamente substituídos pelo homem de trás.⁵⁵³

Essa estrutura hierárquica é fundamental para o entendimento do estudo de delimitação de autoria pelo domínio por organização pretendido no presente trabalho, na medida em que “confere uma qualidade particular no relacionamento entre os integrantes da organização empresarial complexa, que, como visto, destoa da tradicional codelinquência.”⁵⁵⁴ Evidentemente, a estrutura hierárquica faz com que “o executor material do delito atue de

⁵⁵¹ Exemplo referenciado por: LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas.** *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 49.

⁵⁵² Nesse ponto concordamos com CHOCLÁN MONTALVO no sentido da desnecessidade da transnacionalidade como requisito específico para configuração de uma organização criminosa, constituindo apenas uma evidência a mais da complexidade da estrutura da organização, podendo ela atuar nos limites de seu território nacional. Compare em: CHOCLÁN MONTALVO, José Antônio. **La organización criminal: tratamiento penal y procesal.** Madrid: Dykinson, 2000, p. 8.

⁵⁵³ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas.** *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 49.

⁵⁵⁴ Nesse sentido: ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma Independiente de autoria mediata.** Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 82; SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal.** Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 34.

maneira cega”,⁵⁵⁵ na exata medida da ordem recebida e conforme o planejamento da organização.⁵⁵⁶

De outra banda, o caráter multidisciplinar⁵⁵⁷ exige que a organização empresarial complexa não se fixe em apenas uma única atividade criminosa, “pois a complexidade de seus atos, coerente com seus desígnios, exige a prática de variados delitos.” Decorre desse caráter multidisciplinar “a existência da divisão de tarefas entre os membros da organização”. Isto porque, dentro dessa rígida estrutura, “cada integrante tem uma função específica as vezes profissional numa evidente estrutura empresarial”.⁵⁵⁸

Dessa feita, evidencia-se que a teoria do domínio por organização concentra um maior domínio do fato em comparação com o domínio das outras hipóteses tradicionalmente aceitas pela doutrina (atuação por erro, coação ou pela utilização de um instrumento inimputável).⁵⁵⁹ Isto porque, a rígida estrutura piramidal confere ao homem de trás o controle absoluto sob o funcionamento da organização, semelhante ao de uma máquina, com o qual comete seus delitos sem ter que depender da vontade autônoma do executor material (homem da frente).⁵⁶⁰ Esse, embora penalmente responsável, não atua sob qualquer estado de engano ou mediante a utilização de subterfúgios, na medida em que não detém o domínio do fato delituoso que comete e tampouco pode impedir o homem de trás de alcançar o resultado pretendido, na medida em

⁵⁵⁵ Nesse sentido: HERRERO HERRERO, César. **Criminología**: parte General y especial. Madrid: Dykinson, 1997, p. 478.

⁵⁵⁶ Trata-se do requisito da fungibilidade do executor material do crime que confere a possibilidade de substituição do homem da frente caso esse venha a negar o cumprimento do comando criminoso recebido. Compare em: ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 82; SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 34.

⁵⁵⁷ Mescla de atividades lícitas e ilícitas desenvolvidas na organização empresarial complexa. Compare em: LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 50.

⁵⁵⁸ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 50.

⁵⁵⁹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239-240.

⁵⁶⁰ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239-240.

que ocupa posição subordinada dentro da organização empresarial complexa, podendo ser substituído a qualquer tempo e de qualquer modo.⁵⁶¹

Os funcionários (executores materiais) constituem, portanto, figuras anônimas e substituíveis, os quais são controlados por uma central, como uma espécie de “cérebro da organização”, no qual se encontra o verdadeiro autor do crime (autoria mediata).⁵⁶² Dessa forma, não é preciso recorrer a meios escusos, pois se um funcionário não cumprir o comando recebido, outro o fará, não restando afetada a execução do plano como um todo.⁵⁶³ Certo é que o domínio por organização permite ao homem de trás o controle de toda a estrutura, de maneira que poderá “apertar o botão dando a ordem sem que se tenha que conhecer o executor material”.⁵⁶⁴ Assim, a simples ação do homem de trás de assinar um documento ou falar ao telefone já poderá ser bastante para constituir um crime de estelionato, uma lavagem de dinheiro ou até mesmo um homicídio.⁵⁶⁵

De outro lado, não podemos esquecer o fato de que os indivíduos se deixam influenciar pelas regras de comportamento dentro da empresa. Estas normas podem fazer com que as regras jurídicas percam sua validade. Hefendehl fala de uma “instância superior” que poderia fazer com que o comportamento do indivíduo dentro da empresa parecesse legítimo e normal, apesar de contrário ao Direito vigente.⁵⁶⁶ Dessa forma, seria perfeitamente possível que no âmbito da organização empresarial complexa os executores materiais tivessem certa compreensão diferente acerca de seu comportamento, o que lhes permitiria definir suas condutas como algo

⁵⁶¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239-240.

⁵⁶² LEMOS JÚNIOR utiliza a expressão “cérebro do aparato” apontando a existência de um ente controlado por uma central (homem da frente), sendo esse o verdadeiro autor do crime. Compare em: LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 51.

⁵⁶³ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 240.

⁵⁶⁴ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 52.

⁵⁶⁵ Exemplos referenciados por: LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 52.

⁵⁶⁶ HEFENDEHL, Roland. **El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 43-56, jan./jun. 2004, p. 52.

distinto de um fato punível, na medida em que poderiam espelhar uma vontade de adaptação à organização, bem como o desejo de influenciar no coletivo.⁵⁶⁷

Não por outro motivo que o Supremo Tribunal Alemão, no julgamento dos crimes cometidos por membros do Conselho de Segurança Nacional da RDA (caso concreto dos disparos no muro),⁵⁶⁸ ao acolher a teoria do domínio por organização, mediante a utilização de um aparato organizado de poder, lançou mão de argumentos coerentes a fundamentação teórica ora apresentada, no sentido de que nesses casos em que há um executor material penalmente responsável a intervenção do homem de trás conduz quase de forma automática à realização do tipo penal perseguido pelo mesmo, pois esse se vale da própria estrutura da organização para o cometimento dos delitos.⁵⁶⁹

“As organizações empresariais complexas, portanto, não são criminais *per se*, mas o que persegue antes de tudo é a obtenção legal de benefícios financeiros”. Dessa forma, “pode suceder que o cometimento de delitos se converta em um fenômeno acompanhante de certa estratégia de mercado”.⁵⁷⁰ Nas empresas a distribuição funcional descentralizada não retira a característica dos processos regrados por instruções vindas do superior hierárquico.⁵⁷¹ Pelo contrário, reafirma a possibilidade dos executores materiais serem mecanicamente

⁵⁶⁷ HEFENDEHL, Roland. **El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 43-56, jan./jun. 2004, p. 52.

⁵⁶⁸ O caso dos disparos no muro consiste no julgamento que se realizou na Alemanha dos soldados que fiscalizavam o muro de Berlim, fuzilando aqueles que cruzavam da parte oriental para a parte ocidental da então dividida nação alemã. A autoria mediata está latente pelo mesmo caso de fungibilidade dos executores. Compare em: BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata.** Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 29.

⁵⁶⁹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 240.

⁵⁷⁰ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valorização crítica e ulteriores contribuições.** Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 65.

⁵⁷¹ Outra questão que aqui não cabe ser problematizada com detalhes diz respeito a medida de fundamentação de uma responsabilidade jurídico-penal da pessoa jurídica, ou seja, uma responsabilidade da empresa como ente coletivo em contraposição a uma responsabilidade jurídico-penal individual de seus membros, sobre a base de um domínio de organização funcional-sistemático. Compare em: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valorização crítica e ulteriores contribuições.** Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 65.

intercambiáveis no sentido do critério da fungibilidade se constituindo em meras marionetes nas mãos do autor mediato.⁵⁷²

Para aclarar o leitor acerca da utilização da organização empresarial complexa como instrumento de domínio do fato pode resultar útil a distinção entre aparato de poder formal e grupo informal: primeiramente, “o domínio por organização somente é possível em um aparato de poder que seja formal,” isto é, “uma organização estruturada de modo hierárquico, consistente em um número suficientemente grande de executores materiais intercambiáveis”.⁵⁷³ Denota-se que “quando em uma associação criminal além da normal conexão densa em forma de rede, se apresentam estruturas fixas de organização e um grande número de membros” – que formam a parte da criminalidade organizada –, pode-se ter a presença de um aparato de poder formal.⁵⁷⁴ E nessa senda, “quando os membros são em grande medida intercambiáveis”, existindo uma “estrutura de organização caracterizada por um estilo de mando estrito” haverá “indícios de que se trata de uma forma de criminalidade organizada” em que estará presente o domínio do fato pelo domínio por organização.⁵⁷⁵

Inexoravelmente, a teoria do domínio por organização é a que melhor se compatibiliza com o ordenamento jurídico, na medida em que responde o problema relativo à responsabilidade jurídico-penal do chefe/presidente da organização empresarial complexa e, ao mesmo tempo, se ajusta à legislação penal de diversos países como, por exemplo, Portugal, Alemanha, Espanha e o próprio Brasil. “Considerar o homem de trás autor do tipo de injusto — na forma da autoria mediata — é dar a devida importância ao seu domínio do fato e

⁵⁷² AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder:** uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 65.

⁵⁷³ Distinção feita por: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder:** uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 65.

⁵⁷⁴ Quanto a distinção entre aparato de poder formal e grupo informal ver a Exposição de Motivos da Lei de Criminalidade Organizada da República Democrática Alemã (Publicações do Parlamento Federal 12/989), que em seu artigo 24 dispõe que: a criminalidade organizada é a comissão planejada de delitos determinada pela persecução de benefícios de poder, sendo as infrações por si sós ou em seu conjunto de considerável relevância quando houver mais de dois intervenientes durante um tempo prolongado e indeterminado. Compare em: AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder:** uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 66-67.

⁵⁷⁵ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder:** uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 67.

reconhecê-lo como o cérebro da organização”, ou seja, “como o detentor do maior contributo responsável pelo evento criminoso.”⁵⁷⁶

Evidentemente, “a tese roxiniana do domínio por organização é uma construção complexa”, já que o domínio do fato pelo domínio por organização “é uma questão de fato que deve se precisar concretamente em cada caso.”⁵⁷⁷ Isso demonstra que somente diante do caso concreto é que se pode avaliar se o homem de trás estaria se utilizando da estrutura hierárquica para a prática dos delitos ou se estaria diante de mais um caso de comunhão de desígnios (coautoria).⁵⁷⁸

Fato é que a compatibilidade do domínio da vontade em virtude de organizações empresariais complexas com o contexto normativo brasileiro está incluída no artigo 29, *caput* do Código Penal, a partir da expressão: “quem, de qualquer modo, concorre”. O dispositivo é o suporte legislativo da autoria mediata que justifica a utilização do domínio por organização como marco teórico para delimitação de autoria nos crimes praticados mediante a utilização da própria organização empresarial. Isto porque a estrutura hierárquica confere ao homem de trás o controle sob o funcionamento da organização, de forma que ele não estará só concorrendo, como também determinando o cometimento dos delitos, sem depender da vontade autônoma do executor material.⁵⁷⁹

“O homem que está por trás das ações criminosas tem o domínio do fato (apesar de ser o instrumento um sujeito penalmente responsável), quando se aproveita de determinadas condições pré-estabelecidas por organizações empresariais complexas”. Assim, uma vez que o homem de trás detém “as condições especiais poderá estabelecer o modo de configuração do fato típico e como se desencadeará os processos regradados.”⁵⁸⁰ “Esse tipo de condição pode

⁵⁷⁶ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas.** *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 52-53.

⁵⁷⁷ BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata.** Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 60.

⁵⁷⁸ BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata.** Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 60.

⁵⁷⁹ DOTTE, René Ariel. **O concurso de pessoas.** *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, ano 5, n. 1, p. 73-93, jan./dez. 1991, p. 74.

⁵⁸⁰ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valorização crítica e ulteriores contribuições.** Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 44.

existir especialmente nas estruturas de organização, sejam elas de caráter estatal, empresarial ou próximas a um negócio, assim como no caso de hierarquias de poder.”⁵⁸¹

O artigo 29, *caput*, do CP possui uma redação ampla, de forma que em uma leitura preliminar não é possível extrairmos a obrigação de distinção entre autoria e participação. Desta feita, não seria correto afirmar que o Código Penal brasileiro em matéria de delimitação de autoria utilizou-se de um fundamento de limitação de punibilidade, pelo contrário, o dispositivo somente confirma a ideia de uma teoria fundamentadora de punibilidade. Por conta disso, resta evidente que a adoção, pela legislação brasileira, da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal da teoria do domínio do fato pelo domínio por organização. Na realidade, uma teoria não exclui a outra, na medida em que o reconhecimento de uma ou de outra apenas poderá influenciar o *quantum* de pena a ser definido.⁵⁸²

Nessa perspectiva, a teoria do domínio do fato pelo domínio por organização é plenamente compatível com situações de normalidade institucional (não constitui teoria *ad hoc*, nem de exceção), e não ofende o sistema jurídico-penal brasileiro, pois além de se revelar compatível com a disciplina que o nosso Código Penal estabeleceu acerca do tema e no tratamento jurídico do concurso de pessoas, sua aplicação não enseja a consagração de uma inadmissível hipótese de responsabilidade penal objetiva. Trata-se, portanto, de uma teoria diferenciadora e restritiva do conceito de autor: é diferenciadora porque crê na necessidade de distinção já no plano da tipicidade, de níveis de intervenção no delito, ou seja, entre autor (imediate e mediato além da coautoria) e partícipe (instigador e cúmplice). É, também, restritiva, pois entende que apenas o autor do delito é que viola a norma de conduta prevista na Parte Especial do Código Penal, e a punição da participação é produto de uma extensão da punibilidade do autor.⁵⁸³

⁵⁸¹ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder:** uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002, p. 44.

⁵⁸² LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 56.

⁵⁸³ Nesse sentido ver dentre outros: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 69; LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 57; ORTIZ, Mariana Tranches. **Concurso de agentes nos delitos especiais.** São Paulo: IBCCRIM, 2011, p. 202.

A busca por critérios de distinção entre autoria e participação é louvável e representa um esforço dogmático permitido pela redação no nosso artigo 29, *caput*, do CP. O fato é que a legislação penal brasileira não inviabiliza a adoção do domínio do fato pelo domínio por organização, desde que a teoria seja corretamente compreendida, antes de ser aplicada. O esforço, no entanto, deve ser no sentido de se determinar expressamente os casos de autoria e participação, e de se compreender que a participação também revela um conteúdo de ilícito acessório em relação à autoria, e que, em razão disso deve haver uma diferenciação de pena entre autor e partícipe.⁵⁸⁴

Verdadeiramente, o domínio do fato em virtude do domínio por organização é uma forma absolutamente independente de autoria mediata, que não pode ser compreendida como uma coautoria ou instigação e que não se confunde com as hipóteses de autoria mediata por erro, coação ou utilização de um instrumento inimputável. Isto porque a autoria mediata não toma por base o domínio do executor material, mas sim o domínio do fato em virtude de uma organização empresarial complexa.⁵⁸⁵ Dessa feita, o domínio por organização revela-se compatível com o sistema jurídico-penal brasileiro.

3.2 Análise da Ação Penal nº 470/MG que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal: domínio do fato e domínio por organização como expressões sinônimas

Ao que tudo indica, a jurisprudência do egrégio STF desde o aparecimento da teoria do domínio por organização em 1963 é insuficiente sobre o tema. A primeira vez que a matéria foi levada efetivamente à debate em Plenário foi em 2012, no julgamento da AP nº 470/MG,⁵⁸⁶ denominada de “Mensalão”.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 58.

⁵⁸⁵ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 240.

⁵⁸⁶ Ação Penal nº 470/MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Revisor Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 17 de dezembro de 2012. DJe-074, publicado em 22 de abril de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

⁵⁸⁷ Nesse sentido: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 20; HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SOUZA, Renato Rocha. **O discurso do Supremo no**

De acordo com o artigo 102, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal competente ao Supremo Tribunal Federal julgar em única e última instância nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente. O fato é que nossa Corte Constitucional, diversamente do que ocorre com outras Cortes Constitucionais⁵⁸⁸ julga ações penais originárias e desta forma, caso haja algum erro de julgamento não haverá a quem recorrer, de forma que “toda decisão do STF por si só deve ser objeto de máxima atenção da ciência, afinal dizem respeito a hermenêutica das mais relevantes questões constitucionais de nosso país.”⁵⁸⁹

Veja-se que, portanto, o objeto jurídico da AP 470 nada mais é do que a prática de atos criminosos que (absurdamente) tornaram-se corriqueiros em nosso país. A diferença talvez esteja na qualidade das pessoas que ocuparam o “banco dos réus”, e que por conta de seus respectivos foros por prerrogativa de função acabaram sendo julgados pelo Supremo.⁵⁹⁰ Nessa senda, poderia ser objeto de pensamento que justamente em razão do alto grau do STF o acórdão da “AP 470 teria se tornado um *precedente*⁵⁹¹ em matéria de autoria e participação no Direito Penal” brasileiro. Contudo, tal pensamento não é de todo correto, na medida em que o fato do

mensalão: análise quantitativa dos votos orais da AP 470. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 55, p. 120-134, out./dez. 2014, p. 121; LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 58. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: considerações sobre a APn 470 do STF.** *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 138-164, jan./dez. 2014, p. 138-139.

⁵⁸⁸ O Supremo Tribunal Federal alemão (BGH) não julga ações penais originárias, uma vez que entende não se tratar de uma super instância de revisão, mas sim de uma Corte Constitucional. Sobre o tema ver: LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 49.

⁵⁸⁹ LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 49.

⁵⁹⁰ Nesse sentido: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36; HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SOUZA, Renato Rocha. **O discurso do Supremo no mensalão:** análise quantitativa dos votos orais da AP 470. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 55, p. 120-134, out./dez. 2014, p. 121; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: considerações sobre a APn 470 do STF.** *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 138-164, jan./dez. 2014, p. 138-139.

⁵⁹¹ A palavra precedente está sendo utilizada em seu sentido mais estrito, ou seja, como uma decisão judicial qualificada, capaz de vincular jurídica ou faticamente os tribunais e juízes de instâncias inferiores. Comparem: LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 707.

STF ser a última instância em matéria jurídica no país “não afasta a consideração de que, nesse caso, o STF apenas atuou como um juiz de primeira instância, que deve receber a denúncia, presidir a instrução probatória e decidir pela absolvição ou condenação dos acusados.”⁵⁹² Dito de outra forma, não se tratou de decidir questões de direito, muito menos de teor constitucional, mas sim questões de fato,⁵⁹³ que surgiram ao longo da instrução processual como é o caso, por exemplo do recurso à teoria do domínio do fato e o domínio por organização.⁵⁹⁴

Em contrapartida, também estão corretos aqueles que entendem pela existência de força de precedente no julgamento da AP 470, isto porque, ainda que não haja a existência de uma força jurídica vinculante é inegável que após a sessão de julgamento e a respectiva publicação do acórdão no Diário da Justiça Eletrônica inúmeros advogados, membros do Ministério Público e juízes pelo Brasil a fora vem guiando suas atuações profissionais com vistas ao que restou decidido na AP 470 (em que pese não haver menção expressa na maioria das vezes a própria AP 470).⁵⁹⁵ Todavia, “a mera referência a precedentes não pode ser fundamentação suficiente para uma decisão.” Isto porque a alusão “a uma decisão anterior, tomada por um tribunal, pelo mesmo tribunal ou por um tribunal de instância superior possui o *status* de

⁵⁹² LEITE, Alair Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 50.

⁵⁹³ O julgador estará diante de uma questão de fato se a sua atividade se passar no plano da verificação das circunstâncias com base nas quais é possível considerar existente o suporte material necessário à aplicação do direito discutido no processo. Dirimidas as questões de fato, fixa-se o suporte fático que servirá para aplicação do direito objetivo, isto é, as questões de direito, que nada mais é do que dúvidas relacionadas com a determinação das normas jurídicas a serem impostas no julgamento ou com o preciso significado de cada uma delas. Compare em: FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86-89.

⁵⁹⁴ Ressalta-se nesse ponto a seguinte passagem do voto do Ministro Celso de Mello às fls. 56811 do acórdão da AP nº470/MG. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017: “Ressalto, Senhor Presidente, por isso mesmo, a importância desse julgamento, eis que, nele, estamos a proceder a ampla reflexão e análise em torno da indagação relevante imposta pelo exame da compatibilidade, ou não, da teoria do domínio do fato – que não constitui uma teoria de exceção (como erroneamente sustentado por alguns) – com o modelo e a disciplina que o Código Penal brasileiro estabeleceu em tema de concurso de pessoas e respectivo tratamento jurídico”. Nesse trecho do voto do Ministro há uma evolução histórica relevante à respeito da teoria do domínio do fato já trabalhada nos capítulos anteriores da presente dissertação.

⁵⁹⁵ Sobre a vinculação jurídica ao precedente ver a seguinte passagem do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, nas fls. 56817 do acórdão da AP nº 470/MG. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017: “Então é isso, eminente Decano, sem querer divergir de Vossa Excelência, quero apenas expressar essa minha preocupação, que foi a preocupação do próprio Claus Roxin, porque, se essa teoria for aplicada sem nenhum temperamento, amanhã, por exemplo, o presidente da Petrobrás poderá ser responsabilizado por um vazamento numa plataforma de petróleo, porque teoricamente ele tinha o Domínio do Fato; ou um chefe de redação ser responsabilizado por um artigo, que algum jornalista publique, ofensivo a algum cidadão; e assim por diante, os exemplos seriam múltiplos. Então é muito importante, eminente Decano, eu quero expressar, mais uma vez, a minha preocupação com relação à possível banalização dessa teoria e a aplicação que será feita não apenas pelos juízes brasileiros, mas também, por membros do Ministério Público”.

[desincumbência argumentativa]”.⁵⁹⁶ “Não há outra explicação, a não ser a existência de uma vinculação fática para o termo domínio do fato ter ingressado com ares de novidade no cenário jurídico nacional”. Isso sem mencionar o fato que a ideia de domínio do fato está incutida no plano teórico-dogmático brasileiro desde o ano de 1979, quando Nilo Batista, já na primeira edição de sua obra *Concurso de Agentes* trouxe a teoria para o Brasil.⁵⁹⁷ Veja-se que a utilização da nomenclatura teoria do domínio do fato não era novidade no cenário brasileiro à época do julgamento da AP 470, na medida em que o Supremo já havia se utilizado desta expressão no julgamento da AP nº 481/PA⁵⁹⁸, “muito embora não tenha, efetivamente, aplicado a teoria tal como ela foi concebida.” Nessa denúncia o objeto da ação penal era o crime de corrupção eleitoral (art. 299, do Código Eleitoral),⁵⁹⁹ e a discussão era à respeito da possibilidade de “imputação de crime eleitoral a determinado acusado ainda que ele não tivesse feito abordagens pessoais solicitando votos em troca de cirurgias de esterilização”.⁶⁰⁰ “A teoria do domínio do fato estaria nesse caso em condições de explicar a razão pela qual, apesar de não ter praticado o acontecimento típico com as próprias mãos, o acusado seria autor do delito”. Isto porque a teoria do domínio do fato distingue autor de partícipe no plano do tipo e não como grau de reprovação ou merecimento de pena dos intervenientes.⁶⁰¹

⁵⁹⁶ Terminologia utilizada por: LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 52.

⁵⁹⁷ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979, p. 56. Veja-se que o autor continua sendo um importante referencial teórico no tange a ideia de domínio do fato no cenário brasileiro e tal temática pode ser encontrada em sua obra mais atualizada. Compare em: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 69-71.

⁵⁹⁸ Ação Penal nº 481/PA. Relator Ministro Dias Toffoli. Revisor Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 08 de setembro de 2011. DJe-127, publicado em 29 de junho de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁵⁹⁹ Art. 299, da Lei nº 4.737/65: “Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita.” BRASIL. **Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 jul. 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁰⁰ LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 52.

⁶⁰¹ Sobre a aplicabilidade da teoria do domínio do fato pelo domínio por organização como critério de delimitação de autoria ver a seguinte passagem do voto do Ministro Luiz Fux, às fls. 19 do acórdão da AP nº 481/PA. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017: “Decorre do próprio convívio familiar que o acusado detinha não só o conhecimento mas também o controle sobre as solicitações de votos por meio do diretório do PMDB Mulher em troca das cirurgias de esterilização. Com efeito, bastaria uma instrução em sentido contrário para sustar tais práticas, restando evidenciado o seu poder de decisão. O domínio exercido sobre as ações de E.A. dos S., evidencia-se pela proeminência do réu, candidato a prefeito sobre E., candidato a vereador pela mesma coligação partidária. (...) A liderança exercida pelo réu sobre E., reflete-se também no

Contudo, entendeu o STF por ocasião do julgamento da AP 481, que o réu XX teria coordenado toda a ação criminosa, embora não tivesse executado diretamente os núcleos dos tipos narrados na denúncia o que não elidiria sua responsabilidade criminal, tendo em vista seu conhecimento e domínio em relação aos fatos que ocorriam. Consectariamente, o réu teria obtido o domínio final dos fatos, pouco importando que não tivesse realizado abordagens diretas às eleitoras para figurar como coautor do evento delituoso. Na espécie XX restou condenando a pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, de valor unitário equivalente a 1 (um) salário mínimo, sob regime aberto,⁶⁰² em vista do delito tipificado no art. 15 da Lei nº 9.263/96.⁶⁰³

De outra banda, continuando a análise da AP 470, percebe-se outra dificuldade de compreensão daquilo que foi decidido, pois o *modus operandi* do STF prejudica a elaboração de uma “decisão colegiada”, uma vez que cada ministro lavra e publica seu próprio voto.⁶⁰⁴ “Esse processo de fragmentação das razões de decidir dificulta de sobremaneira não apenas a análise científica do julgado, mas também a adoção do posicionamento do STF por parte de juízes e tribunais do país”.⁶⁰⁵ Além da dificuldade material de ler 8.400 (oito mil e quatrocentas) páginas é preciso estar muito atento para encontrar as razões de decidir de cada ministro no meio dos *obiter dictas*, das manifestações orais, das intervenções no voto alheio e etc.⁶⁰⁶

modus operandi adotado por esse último, que sempre pedia às eleitoras votos para si e para A. B em troca de cirurgias de esterilização”.

⁶⁰² Trecho extraído do acórdão da AP nº 481/PA às fls. 144-154. STF. Relator Ministro Dias Toffoli. Revisor Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 09 de setembro de 2011. DJe-127 de 29 de junho de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁰³ Art. 15, da Lei nº 9.263/96: “Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei.” BRASIL. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁰⁴ Nesse sentido: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36; HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SOUZA, Renato Rocha. **O discurso do Supremo no mensalão**: análise quantitativa dos votos orais da AP 470. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 55, p. 120-134, out./dez. 2014, p. 122-123; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira**: considerações sobre a APn 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 138-164, jan./dez. 2014, p. 143-144.

⁶⁰⁵ LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 53.

⁶⁰⁶ Nesse sentido: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36; HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SOUZA, Renato Rocha. **O discurso do Supremo no mensalão**: análise quantitativa dos votos orais da AP 470. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 55, p. 120-134, out./dez. 2014, p. 122-123; LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da**

Realmente não é tarefa fácil indicar qual foi este ou aquele entendimento sobre o domínio por organização, “o que traz como consequência jurídica a impossibilidade dos demais juízes e tribunais do país recorrerem ao entendimento como espécie de desincumbência argumentativa na motivação de suas decisões”. Isto porque, “não há uma posição unitária do STF a respeito da teoria do domínio do fato”, quiçá sobre o ponto específico do domínio do fato pelo domínio por organização.⁶⁰⁷

Não obstante, analisando o inteiro teor do acórdão da AP 470 é possível verificar que a primeira vez que o termo “domínio do fato” apareceu foi no capítulo VI — que corresponde ao trecho que fala nos crimes de corrupção ativa (art. 333, do CP)⁶⁰⁸ — no tocante a decisão de recebimento da denúncia.⁶⁰⁹ Por ocasião da análise desse crime “foi dito que o núcleo político partidário teria interesse na compra de apoio político, indicando uma linguagem compatível com a chamada teoria subjetiva que distingue autoria e participação delitivas” – essa teoria toma por base a vontade do autor, ou seja, “autor é aquele que quer o fato como seu, portanto, possui interesse próprio (*animus auctoris*) no fato”.⁶¹⁰ O termo ainda foi mencionado pelo Procurador Geral da República quando de suas alegações finais orais, bem como, por vários quando da “fundamentação de suas decisões em relação a vários crimes (gestão fraudulenta de

organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 53; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira:** considerações sobre a APn 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 138-164, jan./dez. 2014, p. 144.

⁶⁰⁷ Analisando voto a voto é possível perceber que dentro de um mesmo voto existem imprecisões. Cite-se, à título de exemplo, o voto da Ministra Rosa Weber que afirma às fls. 52775 que o artigo 29, do CP teria adotado a teoria monista, isto é, que não distingue autoria e participação delitivas. No entanto, nas folhas seguintes (52776) inicia a exposição sobre a teoria do domínio do fato afirmando que é uma teoria destinada exatamente para distinguir autor de partícipe. Compare em: AP nº 470/MG. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 de out. 2017.

⁶⁰⁸ Art. 333, do CP: Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

⁶⁰⁹ A ementa da decisão que recebeu a denúncia está transcrita na decisão da AP nº 470/MG às fls. 55097; Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017: “Capítulo VI da denúncia. Corrupção ativa. Ato de ofício. Voto dos parlamentares. Tipicidade, em tese, das condutas. Complexidade dos fatos. Individualização suficiente ao exercício do direito de defesa. Concurso de vários agentes. Teoria do domínio do fato. Divisão de tarefas. Obediência ao art. 41 do CPP. Existência de justa causa. Denúncia recebida.”

⁶¹⁰ Ver fls. 55097 da Ação Penal nº 470/MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Revisor Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 17 de dezembro de 2012. DJe-074, publicado em 22 de abril de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

instituição financeira,⁶¹¹ lavagem de dinheiro, quadrilha ou bando⁶¹² e corrupção ativa.⁶¹³ Contudo, conforme mencionado não houve um entendimento unívoco”.

Ao analisar a AP 470 verifica-se também certa confusão entre as terminologias “domínio do fato” e “domínio por organização”.⁶¹⁴ “A maior confusão ao que parece foi entre gênero e espécie”:⁶¹⁵ a teoria do domínio do fato é uma ideia geral, segundo a qual o autor é a figura central na realização do delito por meio de sua influência decisiva para o acontecimento típico.⁶¹⁶ A partir dessa ideia de figura central do acontecimento típico Roxin desenvolveu um modelo tripartido de domínio do fato, distinguindo entre os diversos critérios de domínio: da ação (autoria direta), funcional (coautoria) e da vontade (autoria mediata). De outra banda, existe o domínio por organização, que seria uma terceira forma absolutamente independente de autoria mediata, caracterizada pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder.⁶¹⁷

Aqui reside provavelmente o principal problema no acórdão da AP 470, pois os Ministros do STF utilizaram o termo “domínio final do fato”, “atribuindo-o corretamente a Welzel, pois o autor alemão seguramente defendeu a ideia de domínio do fato, sem, no entanto, apresentar ou defender a ideia de domínio por organização”.⁶¹⁸ As teorias seguramente possuem

⁶¹¹ Ver o voto da Ministra Rosa Weber, fls. 52775 e ss., da Ação Penal nº 470/MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Revisor Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 17 de dezembro de 2012. DJe-074, publicado em 22 de abril de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶¹² Ver o voto do Ministro Luiz Fux, fls. 55698 e ss, da Ação Penal nº 470/MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Revisor Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 17 de dezembro de 2012. DJe-074, publicado em 22 de abril de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶¹³ Ver o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, fls. 56488, da Ação Penal nº 470/MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Revisor Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 17 de dezembro de 2012. DJe-074, publicado em 22 de abril de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶¹⁴ Nesse sentido: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira**: considerações sobre a APn 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 138-164, jan./dez. 2014, p. 142-144.

⁶¹⁵ LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 61.

⁶¹⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 130-132.

⁶¹⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 130-132.

⁶¹⁸ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 157; WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

uma relação, no entanto, “são independentes, e reduzir uma a outra como se fossem sinônimas significa desconhecer completamente o que se pretende afirmar”.⁶¹⁹ Não obstante, em várias passagens do acórdão os Ministros fizeram expressa referência à teoria do domínio do fato quando estavam, na verdade, querendo “referir-se à teoria do domínio por organização e assim acreditavam poder fundamentar a punição de determinados acusados que gozavam de posições hierárquicas de destaque”.⁶²⁰

Ao que tudo indica, o objetivo da utilização das expressões como sinônimas era “transformar em autores (mediatos) de delitos praticados no interior de organizações, aqueles que não cometeram os fatos com as próprias mãos, mas por meio de um instrumento, que verdadeiramente detinha conhecimento dos fatos e deveria evitá-los”.⁶²¹ Ocorre que essa transmutação da teoria demandaria “um esforço argumentativo que não está presente no acórdão”. Ademais, “se é correto afirmar que o domínio por organização agrava a responsabilidade jurídico-penal, é incorreto afirmar que, com ele, se transformaria absolvição em condenação”.⁶²² A utilização da teoria do domínio por organização nesse contexto seria apenas para “transformar os instigadores em autores mediatos,” mas isso não significa uma transferência de responsabilidade penal, uma vez que os homens de trás permanecem sendo autores mediatos e como tal devem ser condenados e apenados.⁶²³

⁶¹⁹ LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 64.

⁶²⁰ Sobre confusão entre os termos domínio do fato e domínio por organização ver a seguinte passagem do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, às fls. 56816 do acórdão da AP n° 470/MG. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017: “(...) eu não disse que a Teoria do domínio do Fato se aplicaria apenas em momentos de anormalidade institucional. O que eu disse é que ela se aplica a situações excepcionais. (...) O que é esse requisito da fungibilidade? Segundo esse requisito, o agente final, o agente imediato que perpetra o crime deve ser fungível, como acontece nas grandes organizações criminosas. Ou seja, eu disse, na minha fala, que esta é uma teoria que se aplica, por exemplo, aos crimes da máfia, a exemplo daquele que está na ponta final de todo o sistema. Digamos assim, aquele que trafica drogas, é um caso típico, o chamado ‘aviãozinho’ ou ‘mula’, ele pode ser facilmente e simplesmente substituído por outro agente”.

⁶²¹ Nesse sentido: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36; LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 65-66; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira**: considerações sobre a APn 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 138-164, jan./dez. 2014, p. 142-144.

⁶²² LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 65-66.

⁶²³ O embaralhamento terminológico permaneceu em diversos outros votos. O Ministro Ayres Britto confundiu as teorias, às fls 56585 do acórdão da AP n° 470/MG. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de out.

Deveria o STF ter se preocupado quando da utilização das expressões, já que a literatura especializada há muito vem enfrentando a temática com o rigor e a presteza necessária. Em outras palavras, espera-se que o Supremo realize julgamentos com preciosismo conceitual, já que emite a última palavra em termos jurídicos. Notadamente, necessitaria o STF: (i) explicar a compatibilidade dogmática do domínio por organização nas organizações empresariais complexas, isto é, se então em conformidade com o sistema jurídico-penal brasileiro; (ii) uma vez superada a questão da compatibilidade dogmática deveria o STF verificar a presença ou ausência dos pressupostos do domínio por organização, quais sejam: estrutura hierárquica, poder de mando, fungibilidade dos executores materiais; disposição elevada dos executores ao fato e desvinculação da organização ao Direito vigente; (iii) ao fim, porém não menos importante, deveria o STF fazer a subsunção das condutas à teoria do domínio por organização, nas concepções de Roxin,⁶²⁴ Schroeder,⁶²⁵ ou qualquer outra. No entanto, nenhum dos três esforços esteve presente na decisão da AP 470. A mera referência à teoria do domínio por organização, que aparece sob o falso manto de “teoria do domínio do fato” é vazia de conteúdo e equivalente à absoluta ausência de fundamentação.⁶²⁶

Ao que tudo indica, o Supremo encontrou dificuldades de enunciar um conceito unívoco de domínio do fato e domínio por organização. Soma-se a isto o fato da doutrina brasileira ainda caminhar a passos curtos quando o assunto é a responsabilidade jurídico-penal das organizações empresariais complexas e temos uma decisão da mais alta Corte Constitucional de nosso país

2017: “Agora essa Teoria do Domínio do Fato pode ser compreendida no plano da fungibilidade, que é da substituição do agente, como também da infungibilidade: o agente não pode ser substituído. Então, quem não podia ser substituído nesse esquema, sob pena de fazer o esquema ruir? Quem era o regente da orquestra? O mais insubstituível de todos. A Teoria do Domínio do Fato conduz, também a esse raciocínio”. Veja-se que o Ministro nesse ponto está a explicar o conceito de fungibilidade do executor mediato, isto é, um dos pressupostos da Teoria do Domínio por Organização, mas acaba fazendo menção expressa à Teoria do Domínio do Fato em clara confusão de ideias.

⁶²⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. 779 p.

⁶²⁵ SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013. 129 p.

⁶²⁶ Nesse sentido: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36; LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 67; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira**: considerações sobre a APn 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 138-164, jan./dez. 2014, p. 144.

que não reflete, ainda que minimamente, o conteúdo da teoria do domínio por organização.⁶²⁷ É difícil enunciar a posição do STF sobre a temática, ainda mais quando baseada em conceitos complexos e distintos, que não se confundem e que não podem ser utilizados como sinônimos. Evidentemente, não há uma posição unitária do STF a respeito da teoria do domínio por organização. “Falar em vinculação ao precedente nesse confuso contexto é, portanto, completamente descabido e vazio de conteúdo”.⁶²⁸

Os mesmos equívocos cometidos pelo Supremo quando do julgamento da AP 470 já haviam sido cometidos e superados pela literatura especializada, de forma que a doutrina passou a defender a ideia de que o domínio por organização é uma forma absolutamente independente de autoria que não se confunde com o domínio do fato. Este é o teor semântico empregado pelo Direito Penal.⁶²⁹ Em outras palavras, numa tentativa desenfreada de punição “retirou-se do conceito aquilo que nele se havia anteriormente colocado. Inventou-se um conteúdo para a ideia de domínio do fato” (quer dizer um domínio de posição), que “se prestaria a fundamentar a responsabilidade de um sujeito que ocupa posição de destaque” dentro de uma estrutura hierárquica devidamente organizada “e, num segundo momento, deduziu-se conclusões mais concretas do conceito forjado de domínio do fato”. Certo é que “a teoria do domínio do fato determinaria que indivíduos em posição de comando possuíssem o domínio dos fatos que ocorriam abaixo deles, então esses indivíduos acabariam por gozar dessas posições” sendo efetivamente autores dos delitos.⁶³⁰

A experiência prática conjugada com o estudo da doutrina demonstra a necessidade do STF rever a terminologia domínio de posição, bem como o seu conceito, na medida em que não

⁶²⁷ LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 53-54.

⁶²⁸ LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 53-54.

⁶²⁹ Nesse sentido ver dentre outros: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36; LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira**: considerações sobre a APn 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 138-164, jan./dez. 2014.

⁶³⁰ LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 84-85.

representa o conteúdo do domínio do fato, nem o domínio por organização. Não há como compatibilizar o conteúdo do acórdão da AP 470 aos conceitos científicos e dogmáticos do domínio por organização.⁶³¹

3.3 Análise da Ação Penal nº 439/MG com tramitação perante o Superior Tribunal de Justiça: domínio do fato como critério de delimitação de autoria

A imputação de uma responsabilidade criminal individual encontra, via de regra, problemas no seio de uma criminalidade dentro de estruturas complexas organizadas. bem como desperta algumas questões relativas à responsabilidade jurídico-penal, como, por exemplo, a distribuição de benefícios materiais em troca de votos, enquanto ação típica reprovada criminalmente.⁶³² Nesse ponto, poderiam ser responsabilizados todos os intervenientes, ou somente aquele de deu à ordem? O problema se torna ainda mais denso na sua complexidade, na medida em que na maioria dos casos se interpõem várias pessoas entre o momento inicial da decisão criminoso e o momento final da sua execução.⁶³³ Sobre esse ponto específico é que se funda o segundo julgado que será analisado.

Em dezembro de 1992, a Procuradoria Regional Eleitoral em Minas Gerais, com amparo em acórdão do TSE, denunciou XXX (Prefeito), YYY (Vice-prefeito, candidato a prefeito) e ZZZ pelos crimes tipificados nos arts. 299⁶³⁴ e 334,⁶³⁵ ambos do Código Eleitoral, praticados no curso das eleições municipais de 1988, em Pirapora-MG. XXX, prefeito à época dos fatos,

⁶³¹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36.

⁶³² SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 14.

⁶³³ SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 14.

⁶³⁴ Art. 299, da Lei nº 4.737/65: “Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita”; BRASIL. **Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 jul. 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶³⁵ Art. 334, da Lei nº 4.737/65: “Utilizar organização comercial de vendas, distribuição de mercadorias, prêmios e sorteios para propaganda ou aliciamento de eleitores”. BRASIL. **Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 jul. 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

foi também denunciado como incurso nas sanções do art. 1º, incisos I, II e III, do Decreto-Lei 201/67.⁶³⁶

Narra a denúncia que o réu XXX (Prefeito do Município de Pirapora no período de 1982/1988), visando favorecer a candidatura de YYY à Chefe do Executivo Municipal do mesmo município, promoveu farta distribuição de sacos de cimento, tijolos, cestas básicas e combustível para veículos, a inúmeros eleitores em troca de votos para o referido candidato. A entrega dos bens era realizada mediante a apresentação de autorizações provenientes da Prefeitura Municipal, subscritas pela denunciada ZZZ e pelo denunciado YYY. Os eleitores entregavam o documento e recebiam os presentes sob condição de votarem em YYY, no pleito de 15 de novembro de 1988.⁶³⁷

O feito chegou a aportar no STJ de março a junho de 1992, tendo em vista a existência de indícios contra o senhor NC, então Governador do Estado de Minas Gerais, mas foi arquivado quanto a esse indiciado, sendo então remetidos os autos ao TRE mineiro, por decisão lavrada pelo Ministro Flaquer Scartezini (Inquérito n. 70-0).⁶³⁸

Após o óbito do acusado YYY e a conseqüente extinção da sua punibilidade, o TRE-MG, em face da negativa da Assembleia Legislativa para o processamento da acusação contra o então Deputado Estadual XXX, determinou a suspensão do processo até o final do mandato do denunciado, bem como a remessa de cópia dos autos à primeira instância para o prosseguimento da ação penal em desfavor de ZZZ. Com o advento da EC nº 35/2001, que deu nova redação ao art. 53 da Constituição Federal,⁶³⁹ retomou-se o curso do processo, com a

⁶³⁶ Art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/67: “São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos; III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 201**, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶³⁷ Trecho extraído do acórdão da Ação Penal nº 439/MG às fls. 2. STJ. Relator Ministro Castro Meira. Revisor Ministro Arnaldo Esteves Lima. Corte Especial. Julgado em 04 de setembro de 2013. DJe de 21 de outubro de 2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶³⁸ Trecho extraído do acórdão da Ação Penal nº 439/MG às fls. 1. STJ. Relator Ministro Castro Meira. Revisor Ministro Arnaldo Esteves Lima. Corte Especial. Julgado em 04 de setembro de 2013. DJe de 21 de outubro de 2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶³⁹ Art. 53, da CRFB. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros,

notificação do denunciado e o recebimento da denúncia, esse ocorrido em 24 de fevereiro de 2003. Nos embargos de declaração opostos ao acórdão, a Corte Regional reconheceu a prescrição do delito previsto no art. 334 do Código Eleitoral.⁶⁴⁰

Em setembro de 2004, o réu XXX foi nomeado e tomou posse como Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, razão pela qual o TRE-MG declinou da competência para o STJ, em sessão plenária realizada em 4 de agosto de 2005. Ratificada a peça acusatória pela Subprocuradora-Geral da República, o então Relator, Ministro Cesar Asfor Rocha, afastou a alegação de prescrição e determinou o interrogatório do réu, que veio a ocorrer em 6 de agosto de 2007. Apresentada a defesa prévia, o Ministério Público Federal indicou a oitiva de seis testemunhas. Na fase de diligências, abriu-se a possibilidade de o réu indicar outros testemunhos. Veio aos autos ofício do Juiz de Direito da 218ª Zona Eleitoral de Pirapora para informar que a corré ZZZ aceitou e cumpriu as condições impostas para a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), com extinção da punibilidade em 12 de fevereiro de 2001.⁶⁴¹

Em alegações finais, o Ministério Público Federal aduziu que a materialidade e autoria estariam devidamente demonstradas pelas provas documental e testemunhal carreadas aos autos. Por sua vez, o denunciado argumentou que os recibos mencionados pelo Ministério Público Federal, além de não conterem a assinatura do suposto recebedor, não comprovavam que os materiais de construção tivessem sido doados pela Prefeitura Municipal. Igualmente, as fotografias encartadas nos autos nada revelariam. Alegou, também, que o *dominus litis* teria feito referência aos depoimentos colhidos em inquérito, sem o crivo do contraditório. Afirmou

resolva sobre a prisão. § 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. § 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. § 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. § 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações. § 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva. § 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

⁶⁴⁰ Trecho extraído do acórdão da Ação Penal nº 439/MG às fls. 1. STJ. Relator Ministro Castro Meira. Revisor Ministro Arnaldo Esseves Lima. Corte Especial. Julgado em 04 de setembro de 2013. DJe de 21 de outubro de 2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁴¹ Trecho extraído do acórdão da Ação Penal nº 439/MG às fls. 1. STJ. Relator Ministro Castro Meira. Revisor Ministro Arnaldo Esseves Lima. Corte Especial. Julgado em 04 de setembro de 2013. DJe de 21 de outubro de 2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

que, em juízo, as testemunhas de acusação negaram o fato imputado ao denunciado ou não aludiram a ele expressamente. Concluiu, então, que não tendo restado provado – porque nunca existiu – o fato imputado ao acusado, impor-se-ia sua absolvição, na forma do art. 386, II, do CPP.⁶⁴²

O Ministro Castro Meira — Relator da AP 439/MG — entendeu pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em relação aos delitos tipificados nos arts. 299 do Código Eleitoral e 1º, inciso III, do Decreto-Lei nº 201/67, na medida em que a denúncia teria sido recebida em 24 de fevereiro de 2003 e ambos os crimes prescreveriam em 08 (oito) anos. Assim, nos termos do art. 107, inciso IV⁶⁴³ combinado com o art. 109, inciso IV,⁶⁴⁴ ambos do Código Penal, julgou extinta a punibilidade dos crimes supracitados, remanescendo o delito previsto no art. 1º, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 201/67. Nesse ponto, porém, entendeu pela insuficiência dos elementos probatórios, uma vez que não haveria prova robusta, apta a sustentar um decreto penal contra XXX pela prática dos crimes tipificados no art. 1º, incisos I e II, do Decreto-Lei 201/67, que pressuporiam apropriação e utilização pelo Prefeito, em favor próprio ou de terceiro de bens ou rendas públicas.⁶⁴⁵

Os elementos de prova estampados nos autos não seriam suficientes para um juízo de condenação. E para fundamentar a absolvição fez referência à teoria do domínio do fato em seu conceito original: esta teoria não deveria ser utilizada como elemento de imputação de responsabilidade, mas apenas para distinção entre autores e partícipes. Isto porque a teoria do domínio do fato, importaria em um alerta: ela serviria apenas para fixar a fronteira entre autoria e participação. Por isso, a construção da imputação do crime passaria pelas seguintes etapas: 1) a identificação de que o agente conhecia os fatos e colaborou com a empreitada criminosa; 2) a utilização da teoria do domínio do fato (ou qualquer outra) para fixar sua responsabilidade como autor ou como partícipe do delito.⁶⁴⁶

⁶⁴² Art. 386, do CPP: O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: II - não haver prova da existência do fato.

⁶⁴³ Art. 107, do CP: Extingue-se a punibilidade: IV - pela prescrição, decadência ou perempção.

⁶⁴⁴ Art. 109, do CP: A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 desse Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro.

⁶⁴⁵ Trecho extraído do acórdão da Ação Penal nº 439/MG às fls. 8. STJ. Relator Ministro Castro Meira. Revisor Ministro Arnaldo Esteves Lima. Corte Especial. Julgado em 04 de setembro de 2013. DJe de 21 de outubro de 2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁴⁶ Trecho extraído do acórdão da Ação Penal nº 439/MG às fls. 8. STJ. Relator Ministro Castro Meira. Revisor Ministro Arnaldo Esteves Lima. Corte Especial. Julgado em 04 de setembro de 2013. DJe de 21 de outubro de 2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

Decisões como esta do Ministro Castro Meira no julgamento da AP 439/MG acabam por trazer certo vigor quando se fala em teoria da autoria. Isto porque o Ministro compreendeu a teoria do domínio do fato em sua concepção dogmática e científica. Entendeu da forma correta, isto é, como uma teoria desenvolvida para delimitar autoria e participação no tipo de injusto;⁶⁴⁷ que não se confunde com o domínio por organização. O fato do réu XXX promover farta distribuição de sacos de cimento, tijolos, cestas básicas e combustível para veículos a inúmeros eleitores visando favorecer a candidatura de YYY não significaria dizer que ele detinha o domínio do fato e muito menos o domínio do fato pelo domínio por organização. Nesse ponto tem razão Frederico Pinto: nos fatos cometidos dentro e por meio de estruturas organizadas, há uma pluralidade de intervenientes que interferem em circuitos formais e informais de comunicação e de direção, zonas de autonomia decisória e de ausência dela; o que torna extremamente complexas e muito mais difíceis as relações entre pessoas físicas no interior de uma organização, do que as relações que se estabelecem nas situações clássicas de participação fora de estruturas organizadas.⁶⁴⁸

Com efeito, há que contar com áreas de competências, funções, deveres atribuídos aos diversos agentes e a presença ou ausência de uma autonomia decisória. Todos esses fatores ajudam a descodificar o significado das ações e omissões dos vários intervenientes, pois de algum modo, a sua posição está pré-estabelecida pela respectiva esfera de competência funcional. Se a entrega dos sacos de cimento, tijolos, cestas básicas e combustível para veículos era realizada mediante a apresentação de autorizações provenientes da Prefeitura Municipal, inscritas pela denunciada ZZZ e pelo denunciado YYY não há como estabelecer um domínio do réu XXX sobre os fatos, nem mesmo um domínio do fato pelo domínio por organização, na medida em que a estrutura criminosa composta por apenas 03 (três) pessoas não corporificaria o pressuposto da rígida estrutura hierárquica complexa indispensável para incidência da teoria do domínio do fato pelo domínio por organização.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ O Ministro Castro Meira lançou mão, para fundamentar a sua afirmação, de texto de Pierpaolo Bottini: BOTTINI, Aplicação da teoria do domínio dos fatos na AP 470, *Conjur.* 13 de julho de 2013. Disponível em <www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicação-teoria-dominio-fatos-ap-470>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁴⁸ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal.** In: **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários: problemas gerais.** Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 225-227.

⁶⁴⁹ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 173.

Sem a efetiva instrumentalização do executor material e um homem de trás com poder de mando não poderia haver autoria mediata, legalmente definida como execução do fato por intermédio de outrem, isto é, de outra pessoa. Quaisquer das modalidades de autoria mediata (por erro, coação, utilização de um instrumento inimputável ou domínio por organização) serve para incluir o homem de trás no círculo de autores, por esse possuir o domínio da vontade do executante. A esta luz, a autoria mediata por domínio de um sistema de autoridade distingue-se das restantes hipótese de execução do fato por intermédio de outrem por nela se verificar a instrumentalização do homem da frente por meio de uma estrutura organizacional complexa.⁶⁵⁰

Em outras palavras, “o que possibilita ao homem de trás a execução de suas ordens não é só o executor material que dá causa com suas próprias mãos ao acontecimento típico”. Pelo contrário, “o verdadeiro instrumento é o aparato organizado de poder”.⁶⁵¹ Efetivamente, “o executor individualmente não desempenha nenhum papel decisivo para a atuação da organização porque ela pode dispor de muitos outros executores diretos solícitos”.⁶⁵² Além de uma estrutura aparelhada de forma vertical com rígido controle e estabelecimento de ordens é imprescindível um poder de mando, ou seja, os autores mediatos (homens de trás) devem ter pleno poder sobre o controle do acontecimento típico (domínio da vontade) porque geralmente pertencem a um nível estratégico superior dentro do plano criminoso ocupando a posição de vértice dentro do aparato de poder.⁶⁵³

⁶⁵⁰ DIAS, Augusto da Silva. **A experiência milgram e a responsabilidade jurídico-penal**: um ensaio sobre a banalidade do mal. In: ANDRADRE, Manuel da Costa (Org.). **Direito penal**: fundamentos dogmáticos e político-criminais: homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 197.

⁶⁵¹ BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011, p. 57.

⁶⁵² ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 78.

⁶⁵³ Nesse sentido ver dentre outros: AMUCHÁSTEGUI, Alejo. **La teoría del dominio de la voluntad através de un aparato organizado de poder de Claus Roxin**: luces y sombras a poco más de cincuenta años de su surgimiento. *Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, ano 13, n. 57, p. 9-31, abr./jun. 2015, p. 18; HUERTAS DÍAZ, Omar; AMAYA SANDOVAL, Carolina; MALTE RUANO, Germán *Diário. Autoría mediata através de aparatos organizados de poder*: tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. *Opinión Jurídica*, Medellín, ano 12, n. 23, p. 81-98, jan./jun. 2013, p. 93; NASCIMENTO SILVA, Joyce Keli do. **A ampliação do conceito de autoria por meio da teoria do domínio por organização**. *Revista Liberdades*, São Paulo, ano 6, n. 17, p. 69-84, set./dez. 2014, p. 79; MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 174; ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 81; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140.

A relevância do poder de mando se encontra na faculdade para ditar uma ordem ou determinação, a qual deverá ser cumprida de forma automática sem que o líder tenha que se preocupar com o cumprimento da mesma, pois terá a certeza de que será levada a cabo por um executor material ou por outro distinto, os quais normalmente sequer virá a conhecer. Nesse ponto, podemos dizer que o réu XXX não exercia um poder de mando sob os demais corréus, existia verdadeiramente no caso em tela uma coautoria delitiva e por conta disto não haveria como aplicar a teoria do domínio por organização, na medida em que ausente todos os pressupostos.⁶⁵⁴

Todavia, a decisão da AP 439/MG representa um relevante ensejo para que, enfim, haja discussões precisas acerca da distinção entre autoria e participação no sistema jurídico-penal brasileiro. A decisão do Ministro Castro Meira é um exemplo a ser seguido, justamente por representar uma tentativa, ainda que diminuta, de estudar a teoria da autoria com maior profundidade atendendo aos modernos conceitos de macro criminalidade. Veja-se que a decisão acabou “tematizando diversos problemas em matéria de autoria e participação, tema que, provavelmente pela redação do nosso art. 29, *caput*, do CP e pela influência de Hungria, andava relegada ao ostracismo”.⁶⁵⁵

Inevitavelmente, para que haja mudanças tanto no comportamento legislativo quanto no judicial é preciso avaliar e estudar as discussões acadêmicas em termos de teoria da autoria que, inclusive, já conta com interessantes estudos monográficos.⁶⁵⁶ Devemos “extrair dos nossos estudos um estado atual da discussão para, enfim, enunciar critérios gerais que estejam

⁶⁵⁴ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 81.

⁶⁵⁵ LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 86.

⁶⁵⁶ Compare a título exemplificativo os seguintes trabalhos acadêmicos nacionais: CAVALCANTI, Eduardo de Araújo. **A ampliação do conceito de autor mediato à luz da teoria de Claus Roxin como forma de combate à criminalidade organizada**. 2005. 109f. Dissertação (Mestrado em Direito Público)-Faculdade de Direito, Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2005; DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio por organização**. 2012. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal)-Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012; GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 190 p; ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. São Paulo: IBCCRIM, 2011. 237p; SANTOS, Ulisses Pessôa. **A teoria do domínio por organização e sua aplicação junto à administração pública: possibilidades e discussões acerca do seu real alcance**. 2016. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Evolução Social)-Faculdade de Direito, Universidade Estácio de Sá, 2016; SANTOS, Humberto Souza. **Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva**. São Paulo: Manoele, 2004. 210 p.

cientificamente bem fundamentados e que sirvam à prática judiciária”. Afinal, a distinção entre autoria e participação possui inegável plausibilidade cotidiana.⁶⁵⁷

Para além da discussão acerca da AP 439/MG — inexoravelmente paradigmática em virtude de seu conteúdo e ineditismo — fato é que o STJ tem outros julgados, ainda que isolados, no sentido da incidência do domínio do fato em sua correta concepção. É emblemático nesse sentido o HC nº 260.390/PE, publicado em 19 de novembro de 2013, cujo delito imputado fora o crime tributário previsto no art. 1º, da Lei nº 8.137/91,⁶⁵⁸ ou seja, um delito especial de dever, no qual seria aplicada corretamente a teoria.

Por ocasião do julgamento do HC nº 260.390/PE entendeu o STJ que o paciente SDG em caráter estável, preordenado e permanente, teria agido com pleno domínio dos fatos na administração e gerência da empresa K2, inserindo elementos inexatos em livro exigido pela legislação fiscal, referente ao lançamento de créditos fiscais inexistentes no Livro de Registro de Apuração do ICMS, respaldado em decisões judiciais. Esclarece ainda o STJ todo o *modus operandi* utilizado na prática dos crimes, inclusive, com a inserção de croqui demonstrando toda a estrutura delituosa e os envolvidos na fraude, destacando que o paciente era único sócio responsável pela administração da empresa, com poder de mando gerencial e tendo pleno domínio dos fatos praticados na contabilidade da empresa, sendo responsável pela ocorrência da redução indevida do tributo.⁶⁵⁹

Nessa senda, à luz da fundamentação do acórdão, percebe-se perfeita aplicação da teoria do domínio do fato pelo domínio por organização: o paciente SDG era o sócio diretor da empresa K2, exercendo sobre a organização empresarial complexa seu poder de mando de

⁶⁵⁷ LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 87.

⁶⁵⁸ Art. 1º, da Lei nº 8.137/90: “Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação”. BRASIL. **Lei nº 8.137**, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁵⁹ Trecho extraído do acórdão do Habeas Corpus nº 260.390/PE às fls. 4. STJ. Relatora Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE). Sexta Turma. Julgado em 07 de novembro de 2013. DJe de 19 de novembro de 2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

forma que o acontecimento típico (redução indevida do tributo) deveria ser a ele atribuída, na medida em que atuava como cérebro da operação, ainda que não tivesse efetivamente realizado as operações, mas sim determinado que outros o fizessem.⁶⁶⁰

A determinação das responsabilidades individuais no âmbito de organizações complexas nos remete para a teoria das organizações e para a temática da concertação de agentes. Os problemas de individualização da responsabilidade agudizam-se ao nível dos dirigentes, porquanto não executam corporalmente a conduta típica. Logo, há de se buscar outros títulos justificativos da imputação do fato que vão para além da sua comissão por mão própria. Evidentemente, “a existência de uma ciência penal preocupada menos com divagações atmosféricas e mais com problemas reais da teoria do delito” provavelmente “evitaria a especulação nas mais altas Cortes de nosso país sobre categorias jurídicas a respeito das quais se discute há mais de um século”.⁶⁶¹

Em suma, percebe-se um início de percepção científica acerca do conceito de domínio do fato pelo domínio por organização no julgamento da AP 439/MG e do HC nº 260.390/PE. No entanto, ainda falta aprofundamento no estudo das modernas teorias de autoria para que as concepções acerca do que é ter o domínio do fato e ter o domínio por organização não sejam confundidas e possam ser aplicadas diante dos casos concretos que se apresentarem, de forma a fundamentar a responsabilidade criminal em um cenário de macro criminalidade.

3.4 Análise da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR com tramitação perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: domínio do fato como critério de delimitação de autoria e verificação de punibilidade

Como visto somente caso a caso é que será possível determinar o papel desempenhado por cada um dos intervenientes e, em particular, averiguar a responsabilidade daqueles que se utilizam da organização empresarial complexa para a prática de delitos. Nesse ponto, os princípios clássicos relativos à autoria e participação ainda cumprem importante papel na

⁶⁶⁰ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 81.

⁶⁶¹ LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014, p. 87-88.

resolução de alguns dos mais intrincados problemas que dominam a autoria criminosa no contexto empresarial. Contudo, é preciso compatibilizar esses mesmo princípios com as modernas teorias de autoria que procuram fundamentar a responsabilidade criminal coletiva.⁶⁶² Procurando justificar esta convicção será analisado outro julgado da Justiça Brasileira.

Tratam-se de apelações criminais interpostas pelos réus JCP, MUP, JCM, MOL e LCR em face de sentença proferida no Juízo da 1ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Foz do Iguaçu/PR, que os condenou pela prática dos delitos de descaminho (art. 334, CP),⁶⁶³ formação de quadrilha (art. 288, CP)⁶⁶⁴ e lavagem de dinheiro (art. 1º, inciso V e § 4º, da Lei nº 9.613/98),⁶⁶⁵ em concurso material. As apelações foram julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.⁶⁶⁶

Narra a denúncia que após a instauração de procedimento criminal para apurar a existência de uma organização criminosa voltada à prática de vários crimes nos Estados do Paraná, Bahia, Mato Grosso do Sul, Minas Geral, São Paulo e Brasília, apreendeu-se em 04 de novembro de 2002, um veículo caminhão-tanque transportando de forma dissimulada em seu interior aproximadamente 330 (trezentos e trinta) caixas de cigarros descaminhados e falsificados, cuja propriedade seria de MAMP, DOP e GOA, que por sua vez, teriam apontado como fornecedores os réus acima citados.⁶⁶⁷

⁶⁶² SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 14.

⁶⁶³ Art. 334, do CP: Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

⁶⁶⁴ Art. 288, do CP: Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

⁶⁶⁵ Art. 1º, da Lei nº 9.613/98: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Inciso V: contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos. § 4º: A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa”. BRASIL. **Lei nº 9.613**, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁶⁶ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 1. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁶⁷ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 2. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

Por meio de interceptação telefônica decretada judicialmente no procedimento criminal enunciado, cujos relatórios das principais degravações telefônicas se encontravam nos autos, teria restado plenamente comprovada a organização criminosa formada por JCP, MUP, DPF, JCM, MFC, MOL, LCR e LJB, cuja principal atividade era a introdução irregular em território nacional, por meio de Foz do Iguaçu/PR e Guaíra/PR, de cigarros produzidos em solo paraguaio com marcas e selos de identificação falsificados, assim como a sua distribuição planejada em vários Estados do país.⁶⁶⁸

Segundo as provas coletadas, ter-se-ia vislumbrado que todos os denunciados teriam agido em conjunto e com unidade de intenção, sendo que a cada um cabia a realização de uma etapa criminosa na organização, cujo *modus operandi* consistia basicamente na: 1) produção dos cigarros (marca e selo do IPI) em fábricas sediadas no Paraguai das quais eram proprietários alguns dos denunciados; 2) introdução e distribuição dos cigarros falsificados (marca e selo do IPI) em território brasileiro, cujo planejamento competia aos proprietários das fábricas e a execução competia a seus funcionários, assim como terceiros envolvidos; 3) intermediação na distribuição e venda desses cigarros, que competia a terceiros envolvidos; 4) exposição e venda aos consumidores, que competia aos adquirentes que efetuavam pedidos de compras desses cigarros aos intermediários e diretamente aos fabricantes; 5) por fim, o recebimento de valores em espécie e depósitos em contas-correntes dos denunciados e de terceiros, sendo que os líderes da organização, com o auxílio dos demais partícipes e de terceiros, ainda aplicavam os recursos financeiros provenientes dos ilícitos em diversos tipos de ativos e bens, ocultando e dissimulando sua origem e propriedade criminosa.⁶⁶⁹

Especificamente, a cada denunciado foi apurado que: JCP era um dos líderes da organização criminosa, sendo sócio da fábrica de cigarros no Paraguai chamada *South* através da qual eram produzidos os cigarros falsificados, planejados e promovidos diretamente ou por terceiros o seu irregular ingresso no Brasil e distribuída sua produção em território brasileiro aos adquirentes para posterior revenda aos consumidores finais. Por fim, aplicava-se os recursos financeiros provenientes dos lucros em variados tipos de ativos e bens em nome de terceiros,

⁶⁶⁸ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 2. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁶⁹ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 2. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

ocultando e dissimulando sua origem e propriedade criminosa, e remetendo ilegalmente tais recursos para o exterior, através dos países circunvizinhos, para branqueamento dos mesmos.⁶⁷⁰

MUP, vulgo Gugu, era irmão e braço direito de JCP na organização criminosa, tendo atuado diretamente na fabricação e irregular ingresso dos cigarros falsificados em território brasileiro, sendo que para esta última ação mantinha estreita ligação com o também denunciado LJB, seu braço operacional que introduzia e transportava os cigarros em território brasileiro. Além disso, participava da aplicação dos recursos ilícitos de seu irmão JCP, figurando como proprietário de seus bens e valores, auxiliando na ocultação e dissimulação de sua origem e propriedade além de participar do envio ilegal de recursos ao exterior, para o seu branqueamento.⁶⁷¹

DPFF também era sócio da fábrica *South* e possuía envolvimento direto na organização criminosa voltada ao ingresso de cigarros assim como na ocultação e dissimulação da origem e propriedade de bens e valores, tendo como homem de confiança o denunciado MFC, Maguinho, que era encarregado do controle do dinheiro e da gerência da referida fábrica de cigarros.⁶⁷²

JCM, vulgo Raposão, também promovia o fornecimento de cigarros falsificados originários do Paraguai e os introduzia irregularmente no Brasil, possuindo marca própria e ligações com JVG, um dos maiores produtores de cigarros falsificados do Paraguai. Além disso, também atuava como intermediário nas negociações de introdução e distribuição dos cigarros falsificados produzidos pela *South*, sendo o responsável pela introdução e intermediação na compra e venda dos cigarros apreendidos em Salvador/BA (auxiliando na ocultação e dissimulação da origem e propriedade dos valores arrecadados pela organização criminosa).⁶⁷³

⁶⁷⁰ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 2. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁷¹ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 2-3. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁷² Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 3. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁷³ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 3. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

MFC, vulgo Maguinho ou Careca, era encarregado do controle do dinheiro e da gerência da fábrica de cigarros *South*, possuía envolvimento direto na organização criminosa, sendo homem de confiança de DPF. MOL, vulgo Negão, também era funcionário da fábrica de cigarros *South*, gozava confiança de JCP. Agia diretamente na intermediação entre o fornecimento, ingresso e distribuição ilegal dos cigarros falsificados, mantendo contatos diretos com LCR e LJB, que propiciavam o transporte ilegal e dissimulavam os cigarros descaminhados. Além disso, atuava como contador da organização criminosa, arrecadando e distribuindo os valores auferidos ilicitamente pela quadrilha, auxiliando na ocultação e dissimulação da origem e propriedade dos valores arrecadados pela organização.⁶⁷⁴

LCR, vulgo Gordo, era responsável pelo transporte das cargas dos cigarros falsificados intermediados por JCM e fornecidos pela *South*, introduzindo-as dissimuladamente em território nacional por meio de caminhões-tanque em conjunto com LJB, com quem mantinha estreita ligação criminosa. Além disso, auxiliava na ocultação e dissimulação dos valores auferidos ilicitamente pela organização. LJB, vulgo Lala ou Gato, também era responsável pelo transporte das cargas dos cigarros falsificados intermediados por JCM e fornecidas pela *South*, introduzindo-as dissimuladamente em território nacional por meio de caminhões-tanque em conjunto com LCR, com quem mantinha estreita ligação criminosa. Além disso, também auxiliava na ocultação e dissimulação da origem e propriedade de valores e bens auferidos pela quadrilha, aplicando-as em nome de terceiros.⁶⁷⁵

Encerrada a instrução criminal, com todos os percalços que um feito dessa ordem apresenta, com muitos réus, testemunhas e meios de prova, sobreveio a sentença em 16 de junho de 2003. A Juíza da 1ª Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu/PR julgou parcialmente procedente a ação penal para: a) Absolver LCR, MOL, JCP, MUP, DPF e JCM, pela prática do delito de falsificação de papéis públicos, tipificado no artigo 293, inciso I, do CP, com fundamento no artigo 386, inciso IV, do CPP; b) Condenar LCR, MOL, JCP, MUP, DPF e JCM, pela prática dos delitos de descaminho, em continuidade delitiva, formação de quadrilha ou bando e lavagem de dinheiro proveniente de crimes contra a Administração Pública

⁶⁷⁴ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 3-4. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁷⁵ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 4. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

(descaminho) e praticados por intermédio de organização criminosa, em concurso material, tipificados respectivamente no artigo 334, *caput*, segunda figura, combinado com o artigo 71, ambos do CP, artigo 288 do CP, assim como no artigo 1º, inciso V, § 4º, da Lei nº 9.613/98, todos combinados com o artigo 69 do CP.⁶⁷⁶

Inconformados com a decisão proferida, os réus interpuseram apelações pugnando pela juntada das razões em segundo grau, o que lhes foi deferido. Regularmente processados os apelos subiram os autos ao TRF-4. Foram intimados os réus a fim de apresentarem suas razões de apelação, como haviam requerido em primeiro grau. Com as razões de apelo aos autos e o parecer do Ministério Público Federal entendeu o TRF-4 pelo parcial provimento às apelações dos réus, apenas para reduzir as penas a eles aplicadas.⁶⁷⁷

Na fundamentação, ao tratar da questão relativa à autoria, assim discorreu o Relator, citando o juízo sentenciante: não obstante o Código Penal tenha adotado, dentre as teorias sobre a autoria, a teoria restritiva, segundo a qual autor seria aquele que realiza a conduta descrita no tipo penal, se denota a aplicação, na hipótese em tela, da teoria do domínio do fato, que aponta como autor todo aquele agente que domina finalisticamente o fato, porquanto, embora não execute o verbo nuclear do tipo penal, domina o fato de modo que sua contribuição para o êxito da ação delituosa é necessária e indispensável, jamais acessória.⁶⁷⁸

Os acontecimentos típicos acima descritos conduzem à certeza de aplicação do domínio por organização. JCP (homem de trás) era o líder da organização (*South*) exercendo seu poder de mando sob toda a estrutura. Suas ordens eram diretamente repassadas à MUP (seu irmão, braço direito e sócio da *South*) e DPF (também sócio da *South*) sendo esses intermediários entre o homem de trás (JCP) e os executores materiais (LJB, MFC, JCM, JVG, MFC, MOL, LCR, LJB). A estrutura hierárquica da organização, somada ao poder de mando de JCP e a fungibilidade dos executores materiais ajusta-se aos conceitos da teoria do domínio do fato pelo

⁶⁷⁶ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 5. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁷⁷ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 6 e 112. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁷⁸ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 81. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

domínio por organização. Evidentemente, os executores materiais seriam penalmente responsáveis, mas isso não retira a autoria mediata realizada pelo homem de trás. Não se trata de um caso de coautoria delitiva, justamente porque não há ajuste de desígnios, mas sim uma rígida estrutura piramidal com funções previamente estabelecidas, sendo que a negativa de um dos executores materiais em cumprir com sua parte no acontecimento típico não inviabilizaria a prática criminosa, na medida em que esse poderia ser substituído sem comprometer o funcionamento automático da organização.⁶⁷⁹

Os executores materiais cometiam os delitos comuns a mando do superior hierárquico, nesse caso os intermediários (MUP e DPF), atuando, portanto, com dolo. Nesse ponto, bem sublinha Augusto Dias para quem os fatos puníveis no âmbito da atividade de organizações empresariais complexas podem desencadear, à partida, três níveis de responsabilidade: a da organização empresarial enquanto tal, a da responsabilidade do funcionário subalterno (executor material) que realiza efetivamente o fato, e a dos membros do órgão diretivo que coordenam toda a atividade da organização e cuja decisão colegial pode ter promovido, proporcionado ou facilitado a prática daquele fato.⁶⁸⁰

A organização empresarial *South* era evidentemente dotada de uma estrutura organizada que influía de modo decisivo na conformação dos problemas relativos à autoria criminosa, e, em particular, daqueles que ocupavam seus cargos de direção. Logo, a solução a ser adotada corresponde exatamente ao enquadramento da responsabilidade jurídico-penal de seus diretores

⁶⁷⁹ Nesse sentido ver dentre outros: AMUCHÁSTEGUI, Alejo. **La teoría del dominio de la voluntad através de un aparato organizado de poder de Claus Roxin**: luces y sombras a poco más de cincuenta años de su surgimiento. *Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, ano 13, n. 57, p. 9-31, abr./jun. 2015, p. 18; DIAS, Augusto da Silva. **A experiência milgram e a responsabilidade jurídico-penal**: um ensaio sobre a banalidade do mal. In: ANDRADRE, Manuel da Costa (Org.). **Direito penal**: fundamentos dogmáticos e político-criminais: homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 197; HUERTAS DÍAZ, Omar; AMAYA SANDOVAL, Carolina; MALTE RUANO, Germán Diálogo. **Autoría mediata através de aparatos organizados de poder**: tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. *Opinión Jurídica*, Medellín, ano 12, n. 23, p. 81-98, jan./jun. 2013, p. 93; NASCIMENTO SILVA, Joyce Keli do. **A ampliação do conceito de autoria por meio da teoria do domínio por organização**. *Revista Liberdades*, São Paulo, ano 6, n. 17, p. 69-84, set./dez. 2014, p. 79; MARTÍNEZ ALCÁÑIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 173-174; ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Afllen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 81; SILVA, Pablo Rodrigo Afllen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140.

⁶⁸⁰ DIAS, Augusto da Silva. **A experiência milgram e a responsabilidade jurídico-penal**: um ensaio sobre a banalidade do mal. In: ANDRADRE, Manuel da Costa (Org.). **Direito penal**: fundamentos dogmáticos e político-criminais: homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 186-187.

como autores mediatos.⁶⁸¹ Esta organização empresarial tinha características bem específicas: era uma entidade estruturada hierarquicamente e dotada de forte disciplina interna, em que as ordens dadas se assumiam de um modo quase que automático para os que a ela pertenciam, adquirindo essa natureza de meros instrumentos que reagiam de forma mecânica às ordens ou instruções recebidas, demonstrando elevada disponibilidade à realização dos atos:⁶⁸² MUP atuava diretamente na fabricação e irregular ingresso dos cigarros falsificados, LJB era o braço operacional para introdução e transporte dos cigarros, DPFF ocultava e dissimulava a origem dos bens e valores; MFC controlava o dinheiro, JCM promovia o fornecimento dos cigarros, JVG produzia os cigarros no Paraguai e atuava como intermediário na compra e venda; MFC era encarregado do controle do dinheiro, MOL era funcionário da fábrica, LCR e LJB transportavam os cigarros.⁶⁸³

Fato é que a possibilidade de se importar a figura dos aparatos organizados de poder para o âmbito da criminalidade empresarial como forma de fundamentar a responsabilidade criminal do dirigente, responsável pela organização empresarial complexa, tem sido amplamente discutido pela doutrina (sobretudo após das decisões judiciais do BGH alemão), reconhecendo-se uma evidente necessidade político-criminal de prevenção criminosa nesse domínio.⁶⁸⁴ “Ademais, a não punição do dirigente empresarial a título de autoria acaba representando um déficit de punição, pressupondo a importância decisiva da sua contribuição para o fato criminoso”.⁶⁸⁵ Isto é particularmente evidente como no caso concreto ora estudado, em que o dirigente (JCP) possuía um controle tão intenso sobre o fato que o transformou em verdadeiro senhor do acontecimento criminoso. Não punir esse agente como autor mediato pelo

⁶⁸¹ SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 20.

⁶⁸² SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 21.

⁶⁸³ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR às fls. 1-5. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁸⁴ A figura jurídica dos aparatos organizados de poder tem sido também discutida nos domínios do Direito Penal internacional havendo verdadeiramente um alargamento desta. Compare em: AMBOS, Kai. **A parte geral do Direito Penal Internacional**: bases para uma elaboração dogmática. Tradução Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel André Raizman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 250.

⁶⁸⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa**: dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 44, n. 1, p. 9-38, jan./dez. 2002, p. 19.

domínio por organização contrariaria, a própria materialidade do domínio do fato enquanto critério de delimitação de autoria, bem como corporificaria um benefício punitivo injusto e injustificado decorrente de outra qualificação.⁶⁸⁶

A escolha criminosa não teria existido sem a atuação de JCP, de forma que ele poderia pôr fim à toda estrutura organizada se assim entendesse. Por outro lado, deve-se ter em conta que a ausência do poder de mando do dirigente acabaria por transformar JCP em mero indutor. E sendo assim mereceria solução penal pela via da participação, de forma que acabaria por receber pena mais branda do que aqueles que somente puseram em prática suas ordens.⁶⁸⁷

Nessa perspectiva, bem assentada a decisão de Relatoria do Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Delimitar a autoria pelo reconhecimento, na hipótese em tela, da teoria do domínio do fato significa apontar como autor todo aquele agente que domine finalisticamente o fato, porquanto, embora não execute o verbo núcleo do tipo penal, domina o fato de modo que sua contribuição para o êxito da ação delituosa é necessária e indispensável, jamais acessória.⁶⁸⁸

3.5 Análise do Habeas Corpus nº 2005.04.01.048500-2/RS com tramitação perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: domínio por organização como critério de justificação para manutenção da prisão

Os julgados acima analisados demonstram mais uma vez que somente diante do caso concreto é que podemos determinar o papel desempenhado por cada um dos intervenientes e, em particular, averiguar a responsabilidade jurídico-penal daqueles que se utilizam da organização empresarial complexa para a prática de delitos. Nessa senda, verifica-se que os princípios clássicos de autoria e participação delitivas precisam ser lidos à luz da moderna teoria da autoria, que preza pelo estudo da macro criminalidade principalmente em um contexto

⁶⁸⁶ SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 24.

⁶⁸⁷ SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 25.

⁶⁸⁸ Veja as fls. 81 do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

empresarial.⁶⁸⁹ Procurando justificar novamente esta convicção é proposta a análise de um último julgado da Justiça Brasileira.

Cuida-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de APMC e SMS em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre/RS, consubstanciado na decretação de prisão preventiva dos pacientes. Alegaram os impetrantes que a imposição da prisão preventiva, consistindo em medida que impõe gravoso sacrifício à liberdade de locomoção do acusado, somente se justificaria quando o magistrado, com fundamento em razões objetivas, vislumbrasse a presença dos requisitos elencados no art. 312⁶⁹⁰ do CPP.⁶⁹¹

Sustentam os impetrantes que: a) não existiriam indicativos de que os presos reiterariam as condutas criminosas após desbaratada a quadrilha; b) o clamor público seria inadmissível para justificar a prisão cautelar; c) restaria ausente a especificação das provas que poderiam ser salvaguardadas com o decreto quando cumpridos diversos mandados de busca e apreensão, de modo que não poderia subsistir o fundamento da conveniência da instrução criminal; d) a segregação cautelar como forma de proteção de pessoas agregadas aos fatos delituosos – laranjas, motoristas, batedores, passadores de carga, chapas e despachantes aduaneiros – do assédio e do aliciamento dos implicados não poderia servir de fundamento à prisão preventiva, por fundar-se em deduções e conclusões genéricas; e) o estorvo à aplicação da lei penal não se sustentaria, na medida em que os réus seriam primários, com residência fixa em território nacional, onde residiriam com familiares, sem possibilidade de fuga para o exterior. Propugnaram, nessa senda, a concessão de medida liminar para fins de revogação da prisão cautelar até definitivo pronunciamento do TRF-4. No mérito requereram a concessão da ordem.⁶⁹²

O processo originário cuidava da denominada operação Azulão/Plata deflagrada pela Polícia Federal para fins de desarticular quadrilha responsável pela introdução, no Brasil, de

⁶⁸⁹ SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 14.

⁶⁹⁰ Art. 312, do CPP: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

⁶⁹¹ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2005.04.01.048500-2/RS às fls. 2. TRF-4.. Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. DJe de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁹² Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2005.04.01.048500-2/RS às fls. 2. TRF-4. Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. DJe de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

mercadorias contrabandeadas/descaminhadas providas do exterior, sobretudo de Miami/USA, via Uruguai (as quais ingressavam pela fronteira internacional meridional do País e eram, posteriormente, distribuídas a outros centros consumidores, a partir de Porto Alegre/BRA). Segundo levantamento efetivado pela autoridade policial — conforme relatório encartado à representação criminal que deu origem à decretação da prisão cautelar ora fustigada, os pacientes APMC e SMS figuravam como apoio da quadrilha no exterior, sendo donos de *free shops* (comercialmente estabelecidos no Uruguai).⁶⁹³

Especificamente, em relação aos pacientes, consta dos autos que APMC era sócio-administrador das empresas *Moneta*, e *Postocar*, sendo proprietário de carretas utilizadas para o transporte das mercadorias e a utilização de laranjas para as práticas comerciais ilícitas, dentre elas a empresa *Rolando*, Por seu turno, SPMS era o responsável pela introdução no país de mercadorias descaminhadas, via Jaguarão/BRA e Chuí/BRA.⁶⁹⁴

A análise das informações colhidas por meio das interceptações, vigilâncias e pesquisas em bancos de dados disponíveis para a investigação criminal permitiria o convencimento de que a quadrilha monitorada se tratava de uma sofisticada organização, pois: (i) havia a compartimentação das informações e das tarefas (que incluía, além da carga e descarga, frete e segurança do transporte, falsificação documental, depósito, comercialização e lavagem do capital ilicitamente auferido); (ii) havia especialização e profissionalismo na execução; (iii) a organização estava estruturada em caráter perene, objetivando viabilizar não remessas pontuais de produtos descaminhados, mas a sistemática e continuada introdução irregular de mercadorias industrializadas de alto valor agregado no Brasil; (iv) havia hierarquização vertical; (v) as atividades visavam superlativa lucratividade (notebooks, perfumaria, TVs de plasma, DVDs, etc.); e, por fim, (vi) havia corrupção de servidores públicos para que esses se abstivessem de suas incumbências estatais, especificamente as de ordem fiscalizatória e sancionadora.⁶⁹⁵

Consoante o que se depreende da análise dos elementos de convicção extraídos do acórdão é possível traçar o seguinte esboço geral da organização criminosa: Sapo era o elemento

⁶⁹³ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2005.04.01.048500-2/RS às fls. 4. TRF-4. Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. DJe de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁹⁴ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2005.04.01.048500-2/RS às fls. 4. TRF-4. Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. DJe de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁹⁵ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2005.04.01.048500-2/RS às fls. 4-5. TRF-4. Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. DJe de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

que remetia as mercadorias de Miami/USA para Montevideu/URU. No Uruguai, elas seguiam até o *free shop* localizado no Chuy/URU. Ingressavam, portanto no Brasil de forma clandestina e eram transportadas até depósitos usados por CEU, onde eram posteriormente separadas e comercializadas para os clientes (varejistas). CEU relacionava-se, ainda, com A, administrador da empresa de fachada IZ.⁶⁹⁶

JC e Beijo (CLL), que já teriam sido presos em flagrante delito pelo transporte de mercadoria contrabandeada anteriormente, trabalhavam para ambos os irmãos Moneta, os quais possuíam ligações eventuais e também mantinham negócios próprios separados. Já HO e LGCG compunham um dos núcleos que atuavam no Chuí/BRA e mantinham relações com, dentre outros contrabandistas, SM. O outro grupo era composto por Rob e Maninho (ACCOJ) que seriam cunhados.⁶⁹⁷

JDM era administrador de fato da empresa IZ., que mantinha relações com CEU, inclusive, o mantendo registrado como empregado com o fito de registrar os rendimentos desse perante a rede bancária. Tanto A quanto CEU recebiam cargas via SM (*free shop no Chuí*), oriundas de Miami (as de CEU eram remetidas por Sapo, cuja identidade não fora levantada).⁶⁹⁸

Vigilâncias efetuadas por equipes móveis permitiram determinar a localização de dois dos depósitos de mercadorias. Local em que elas ficavam à disposição da quadrilha para que fossem posteriormente separadas e encaminhadas aos clientes (na verdade, os varejistas que as encomendavam para revender ao mercador consumidor). Um deles ficava em Canoas/BRA, e pertencia à IZ., (A). O outro situava-se em Porto Alegre/BRA e pertencia a CEU.⁶⁹⁹

⁶⁹⁶ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2005.04.01.048500-2/RS às fls. 5. TRF-4. Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. DJe de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁹⁷ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2005.04.01.048500-2/RS às fls. 5. TRF-4. Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. DJe de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁹⁸ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2005.04.01.048500-2/RS às fls. 5. TRF-4. Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. DJe de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁶⁹⁹ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2005.04.01.048500-2/RS às fls. 5. TRF-4. Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. DJe de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

A prisão preventiva dos pacientes foi decretada, em 27 de dezembro de 2005, com base no art. 312 do CPP,⁷⁰⁰ pelo enquadramento típico previsto nos arts. 288, do CP,⁷⁰¹ 334, do CP⁷⁰² e 1º e 2º da Lei nº 8.137/90⁷⁰³ para bem da: (a) garantia da ordem pública, pelo risco de, livres e soltos, virem a concluir os crimes interrompidos e voltarem a delinquir, causando danosa repercussão no meio social; (b) da conveniência da instrução criminal, já que havia documentos escritos e/ou armazenados em meio eletrônico em poder dos pacientes e que, uma vez soltos, não hesitariam em destruir no intuito de quedarem-se impunes, bem como para livrar os laranjas, batedores, passadores de carga, motoristas, chapas e despachantes aduaneiros do assédio e do aliciamento desses pacientes, que poderiam tentar forçá-los a permanecer calados, a distorcer fatos ou a assumir integralmente a responsabilidade pelos ilícitos; (c) da segurança na aplicação da lei penal em face das ligações comerciais dessas pessoas com o exterior, o que facilitaria a saída deles do País até o recrudescimento dos esforços persecutórios.⁷⁰⁴

Com efeito, o decreto prisional fez expressa menção à situação concreta que caracterizaria a necessidade de garantir a ordem pública. Esse fundamento, como circunstância agregada aos pressupostos da prisão preventiva seria aquela que visaria a manutenção da

⁷⁰⁰ Art. 312, do CPP: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

⁷⁰¹ Art. 288, do CP: Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

⁷⁰² Art. 334, do CP: Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria..

⁷⁰³ Art. 1º, da Lei nº 8.137/90: “Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.” Art. 2º, da Lei nº 8.137/90: “Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública”. BRASIL. **Lei nº 8.137**, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁷⁰⁴ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2005.04.01.048500-2/RS às fls. 6. TRF-4. Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. DJe de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

tranquilidade no meio social, impondo-se também naquelas situações em que a liberdade do réu propiciasse a reiteração da conduta delituosa, mormente nos casos em que desvelado esquema criminoso na proporção de que ora se tratava. Considerando-se os elementos de prova obtidos no curso da investigação, se impôs a segregação como forma de evitar a retomada das atividades criminosas, em face da possibilidade de rearticulação do grupo, reforçados pelo alto grau de lesividade dessa organização criminosa.⁷⁰⁵

Para além de uma discussão acerca da plausibilidade e/ou fundamentabilidade da prisão cautelar aplicada, analisando o caso concreto supracitado é possível enquadrá-lo no domínio por organização. De acordo com a teoria do domínio do fato, no seguimento da proposta de Roxin, autor é somente aquele que está no centro do acontecimento, é aquele que, senhor do fato, domina a realização do delito, tomando nas suas mãos o acontecimento criminoso de tal modo que dele depende decisivamente o se e o como da realização típica.⁷⁰⁶ Esta teoria combina, portanto, elementos objetivos e subjetivos, na medida em que o autor tem não só o domínio objetivo do fato (da realização do fato típico), como também a vontade em dominar, numa unidade de sentido objetivo-subjetiva.⁷⁰⁷ Sem prejuízo do seu conteúdo material unitário, o domínio do fato pode ser exercido por meio de um domínio da vontade do executante por parte do autor mediato que dele se serve como instrumento de realização típica; o qual, na hipótese em tela, é verificada pela utilização das organizações empresariais complexas *Moneta*, e *Postocar*, por intermédio de APMC e SMS (homens de trás) para a realização dos fatos típicos.

Consoante o disposto no corpo do acórdão tratava-se de organização hierarquicamente organizada, com compartimentação das informações e das tarefas, de forma que somente o homem de trás com seu poder de mando poderia determinar o se e como os delitos seriam cometidos. Além disso, havia verdadeira fungibilidade dos executores materiais — CEU, JC, CLL, HO, LGCG, Robson, ACCOJ, JDM, JADM, Sapo, e todos demais vendedores que repassavam as mercadorias aos lojistas, bem como outros funcionários que também faziam parte da organização, mas que não chegaram a ser identificados pela Polícia Federal) —

⁷⁰⁵ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2005.04.01.048500-2/RS às fls. 7. TRF-4. Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. DJe de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁷⁰⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 130-131.

⁷⁰⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 766.

poderiam ser substituídos a qualquer tempo e de qualquer modo sem que isto pudesse implicar em prejuízo para a organização.⁷⁰⁸

Dentro dessa organização empresarial complexa havia, portanto, rígido controle de regras e designação de tarefas para cada membro, fortemente influenciada pelos princípios de subordinação e da supremacia, já que as ordens emitidas pela cúpula de poder deveriam ser imediatamente levadas a cabo pelos executores materiais. Nessa medida, o domínio por organização ora demonstrado certamente oferece uma detalhada percepção fático-normativa do que se poderia constituir a realização de um acontecimento típico por meio de outro indivíduo. A autoria mediata se apresenta, dessa forma, como categoria dogmática suficientemente precisa para aplicação tanto aos sujeitos que executavam as ordens recebidas, quanto para aqueles que dirigiam as organizações empresariais complexas.⁷⁰⁹

Em que pese o acórdão do TRF-4 não trazer expressamente a expressão domínio por organização é possível auferir a partir da fundamentação utilizada para manutenção da segregação cautelar dos pacientes o conteúdo dessa teoria: as empresas *Moneta*, e *Postocar* gerenciadas/presididas por APMC e SMS eram: (i) hierarquizadas de forma vertical; (ii) organizadas em uma estrutura com caráter permanente; e (iii) compartimentadas com relação as informações e as tarefas que seriam realizadas por cada executor material.⁷¹⁰ Dessa forma, os diretores/presidentes (homens de trás) eram autores dos crimes de descaminho, supressão/omissão de tributo e supressão/omissão de informação ao fisco, apesar dos executores materiais serem plenamente responsáveis por seus atos, já que também agiram com dolo.⁷¹¹

Como visto esse tipo de organização como a *Moneta*, e a *Postocar* que atuam globalmente e ao mesmo tempo fora e dentro do marco da ordem jurídica possuem características bem presentes: a hierarquização rígida da estrutura organizada, a atuação da

⁷⁰⁸ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, p. 82.

⁷⁰⁹ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata através de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002, p. 173.

⁷¹⁰ Trecho extraído do acórdão da Apelação Criminal nº 2005.04.01.048500-2/RS às fls. 4-5. TRF-4. Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. DJe de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

⁷¹¹ SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 20.

organização fora do marco da ordem jurídica (apesar desse requisito ser plenamente dispensável), o poder de mando do homem de trás, a fungibilidade dos executores materiais e sua essencial disposição para a prática criminosa, os quais permitem atribuir ao autor mediato (homem de trás) o domínio por organização e, conseqüentemente, determinar o fundamento dogmático para a sua autoria.⁷¹²

O domínio por organização para a execução do fato típico implica, portanto, um domínio do fato mais intenso, por parte do homem de trás do que aquele exercido pelo homem da frente. O homem de trás não tem o domínio positivo exclusivo sobre a consumação do crime, mas tem o poder de fazer avançar o fato punível moldado pela organização até a consumação (domínio positivo da consumação), ainda que o homem da frente se recuse a praticá-lo ou suspenda a execução do mesmo. Apesar de não ter o domínio positivo exclusivo da consumação do crime, o homem de trás não reparte o domínio positivo da consumação com o homem da frente, porque a eficácia lesiva do contributo do agente imediato depende em absoluto da conduta do homem de trás.⁷¹³

Nessa perspectiva, bem assentada a decisão de Relatoria da Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère em delimitar a autoria pelo reconhecimento, na hipótese em tela, de uma organização empresarial complexa, estruturada hierarquicamente de forma vertical e rígida, com compartimentação das informações e das tarefas, de forma que somente o homem de trás com seu poder de mando poderia determinar o se e como os delitos seriam cometidos.⁷¹⁴ A Desembargadora Federal compreendeu a teoria do domínio do fato pelo domínio por organização (embora sem fazer expressa menção a terminologia) em sua concepção dogmática e científica. Entendeu da forma correta, isto é, como uma teoria desenvolvida para delimitar autoria e participação no tipo de injusto; diante dos delitos praticados por meio de organizações empresariais complexas.

⁷¹² OLIVEIRA, Ana Paz Ferreira Perestrelo de. **A imputação da responsabilidade individual na criminalidade de empresa**: a aplicabilidade da figura da autoria mediata por 'domínio da organização'. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, ano 46, n. 1, p. 721-773, jan./jun. 2005, p. 751.

⁷¹³ SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013, p. 13-15.

⁷¹⁴ Veja as fls. 81 do acórdão da Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR. TRF-4. Relator Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva. Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Sétima Turma. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJe de 23 de fevereiro de 2005. Disponível em <www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 27 de out. 2017.

A decisão do *Habeas Corpus* nº 2005.04.01.048500-2/RS representa mais um relevante ensejo para que, enfim, seja revista a discussão científica acerca da distinção entre autoria e participação no sistema jurídico-penal brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema inicialmente colocado, que serviu de norte para o presente trabalho, partiu da questão relativa à atribuição da posição de autor àqueles indivíduos que atuam por trás de organizações empresariais complexas (homem de trás), ainda quando o executor material (homem da frente) é penalmente responsável e punível. Tal temática vem sendo amplamente debatida na literatura especializada, principalmente após o desenvolvimento da teoria do domínio do fato pelo domínio por organização, criada por Roxin, no ano de 1963, e estudada também por Schroeder, no ano de 1965. A partir desse ponto levantou-se a hipótese relativa à compatibilidade jurídico-penal dessa teoria com o sistema jurídico-penal brasileiro, considerando os delitos praticados mediante a utilização de organizações empresariais complexas, principalmente, aquelas com ampla estrutura organizacional, sendo não raras vezes transnacionais.

Esse problema de pesquisa conduziu ao exame do próprio conceito de autoria para chegar-se a construção de algumas considerações conclusivas, que serão apontadas topicamente:

1. A teoria da autoria, ainda que sob outras nomenclaturas, foi objeto de preocupação dos legisladores desde os primeiros documentos legais voltados à seara do Direito Penal brasileiro.

2. Os modelos clássicos de imputação penal, desenvolvidos à base de uma estrutura do tipo penal voltada para uma criminalidade individual mostraram-se ineficientes para resolver o problema relativo aos delitos praticados por meio de uma criminalidade organizada. Assim, foram analisados o sistema unitário e diferenciador para concluir que o sistema-jurídico penal brasileiro adotou a teoria unitária no que tange a delimitação de autoria delitiva, consoante o disposto no art. 29, *caput*, do CP. Passou-se também pela análise das teorias objetivas, subjetivas e a teoria do domínio do fato para concluir que as concepções construídas por Roxin no ano de 1963 relativamente à teoria do domínio do fato foram capazes de resolver a maioria dos problemas em matéria de autoria, apesar de não responder o problema relativo à delimitação de autoria frente aos crimes praticados por meio de organizações empresariais complexas.

3. A literatura especializada costuma definir a autoria imediata como aquela em que o autor executa o fato por si mesmo, enquanto a autoria mediata seria a execução do fato por intermédio de outrem. No que tange a autoria mediata, em termos estruturais, existiria sempre

um homem da frente (executor direto) que, no entanto, não seria punível por atuar em erro, coação ou por ser inimputável, mas também haveria um homem de trás (penalmente responsável) – considerado o autor do crime (mediato). Nesse ponto, foi possível compreender que o domínio do fato pelo domínio por organização é um instituto utilizado pelo Direito Penal com o fito de delimitar a autoria nos delitos praticados mediante organizações empresariais complexas e que, portanto, se insere dentro da categoria de autoria mediata, mas que não se confunde com as hipóteses de erro, coação ou utilização de um instrumento inimputável, mas sim uma outra modalidade totalmente independente e diversa dessas.

4. Sendo uma autoria mediata, foi possível demonstrar a partir das concepções roxinianas, que o autor domina todo o processo que leva à concretização do crime. E esse domínio pode manifestar-se quer porque o agente realiza ele próprio os fatos típicos, tendo o domínio da ação (autor imediato); quer porque ele decide e executa em conjunto e em comum acordo com outro a prática de um crime, existindo um condomínio do fato ou um domínio funcional do fato (coautoria); quer porque se serve de um terceiro como seu instrumento na prática de um crime que só ele controla, tendo o domínio da vontade sobre um terceiro (autor mediato).

5. Nessa perspectiva, dentro do critério de domínio da vontade, ao lado das hipóteses de domínio da vontade em virtude de coação e domínio da vontade em virtude de erro desenvolveu Roxin uma terceira forma absolutamente independente de autoria mediata, caracterizada de domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder também denominada de teoria do domínio por organização.

6. A teoria do domínio do fato pelo domínio por organização, como teoria que visa única e exclusivamente distinguir autor de partícipe, é compatível com o artigo 29, *caput*, do CP. Não se trata de uma exceção à regra ou até mesmo uma teoria *ad hoc*, tampouco ofende o sistema jurídico, pois se revela compatível com o tratamento concebido à matéria pelo Código Penal brasileiro. Trata-se, portanto, de uma teoria diferenciadora e restritiva do conceito de autor: é diferenciadora porque defende uma ideia de distinção já no plano da tipicidade, de níveis de intervenção no delito, ou seja, entre autor (imediato e mediato além da coautoria) e partícipe (instigador e cúmplice). É, também, restritiva, pois entende que apenas o autor do delito é que viola a norma de conduta prevista na Parte Especial do Código Penal, e a punição da participação é produto de uma extensão da punibilidade do autor.

7. Demonstrou-se, nessa medida, que o modelo de autoria mediata do domínio por organização vem adquirindo crescente relevância tanto na jurisprudência estrangeira, como da

Alemanha, Argentina, Portugal e Chile, quanto no âmbito do Direito Penal Internacional. Todavia, paralelamente, restou demarcada a existência de diversos problemas quanto aos seus pressupostos configuradores. Dessa forma, foi analisado cada pressuposto da teoria com o objetivo de estabelecer os requisitos que se configurariam como imprescindíveis para lastrear o domínio do fato pelo domínio por organização. Com isso, concluiu-se pela indispensabilidade dos seguintes pressupostos: organização empresarial complexa, estruturada de forma hierárquica, com poder de mando, fungibilidade dos executores materiais e elevada disposição dos executores materiais à prática dos fatos.

8. A determinação das responsabilidades jurídico-penais individuais no âmbito das organizações empresariais complexas nos remete diretamente à teoria das organizações e para a temática da delimitação de agentes. Os problemas de individualização de condutas, ao nível dos dirigentes e presidentes, existem porque esses não executam corporalmente a conduta típica. Logo, há que se buscar outros títulos justificativos da imputação do fato que vão além da comissão por mão própria. Nesse ponto, a teoria do domínio por organização nasce como um importante instrumento de delimitação de autoria nestes casos em que os dirigentes tem a sua plena disposição um aparato essencialmente organizado, com rígida estrutura, fazendo valer seu poder de mando para execução dos fatos típicos por intermédio de terceiros.

9. A consideração da figura jurídica do domínio por organização permite não só um reflexo mais fiel e transparente das situações concretas em matéria de autoria criminosa pelas categorias dogmáticas do sistema penal, como também uma delimitação clara de uma categoria ainda controversa no direito: a autoria mediata.

10. O domínio por organização para execução do acontecimento típico implica um domínio do fato mais intenso por parte do dirigente/presidente do que aquele exercido pelo homem da frente (executor material). O homem de trás não tem o domínio positivo exclusivo sobre a consumação do crime, mas tem o poder de fazer avançar o fato punível moldado pela organização até a consumação (domínio positivo da consumação), ainda que o homem da frente se recuse a praticá-lo ou suspenda a execução do mesmo. Apesar de não ter o domínio positivo exclusivo da consumação do crime, o homem de trás não reparte o domínio positivo da consumação com o homem da frente, porque a eficácia lesiva do contributo do agente imediato depende em absoluto da conduta do homem de trás.

11. Assentadas essas premissas, nos posicionamos no sentido da compatibilidade da teoria do domínio por organização no sistema jurídico-penal brasileiro, também no âmbito da

criminalidade da empresa, conquanto que verificados todos os seus pressupostos no caso concreto.

12. Certamente, a ampliação do conceito de autoria mediata para abarcar as hipóteses de domínio por organização constitui um avanço nas clássicas teorias referentes à autoria e participação. A atualização, modernização e compatibilização dos conceitos científicos mostram-se necessários quando o Direito se depara com novas realidades sociais, que geram conflitos para os quais os clássicos conceitos utilizados já não são capazes de oferecer uma resposta satisfatória.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

- ALBERTO DONNA, Edgardo. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2002. 134 p.
- AMBOS, Kai. **A parte geral do direito penal internacional**: bases para uma elaboração dogmática. Tradução Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel André Raizman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 703 p.
- AMBOS, Kai. **Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro**. Tradução Claudia López Días. Colombia: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, 1999. 56 p.
- AMBOS, Kai. **Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Colombia: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, 1998. 76 p.
- AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder**: uma valorização crítica e ulteriores contribuições. Tradução Evandro Fernandes de Pontes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002.
- AMBOS, Kai. **El juicio a Fujimori**: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 3, n. 5, p. 229-272, jan./jun. 2011.
- AMBOS, Kai. **Sobre la “organización” en el dominio de la organización**. *Revista para El Análisis del Derecho*, Catalunya, ano 12, n. 3, p. 1-25, jul./dez. 2011.
- AMBOS, Kai. **Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori**. *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, ano 10, n. 40, p. 73-110, jan./mar. 2011.
- AMBOS, Kai; GRAMMER Christoph. **Dominio del hecho por organización**: la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 26, n. 77, p. 103-130, jan./abr. 2005.
- AMBOS, Kai; MEINI, Iván. **Autoría mediata**: el caso fugimori. Lima: Ara, 2010. 270 p
- AMUCHÁSTEGUI, Alejo. **La teoría del dominio de la voluntad por meio de un aparato organizado de poder de Claus Roxin**: luces y sombras a poco más de cincuenta años de su surgimiento. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 13, n. 57, p. 9-31, abr./jun. 2015.
- ANTOLISEI, Francesco. **Manual de derecho penal**: parte general. 8. ed. Tradução Jorge Guerrero e Mariano Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1988. 614 p.
- ARANA SAGANOME, Frederico Nicolás. **La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia**. 2014. 81f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014.

ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro**: comentario philosophico-cientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada. Recife: José Nogueira de Souza, 1889. 486 p.

ARLUCEA, Esteban. **Lecciones de teoría jurídica del delito**. Granada: Comares, 1999. 176 p.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 1999. 691 p.

BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 54-63, jan./jun. 2011.

BARBOSA, Licínio Leal. **O novo código penal**: principais inovações. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 21, n. 84, p. 359-378, out./dez. 1984.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892. 468 p.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 206 p.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979. 172 p.

BEZERRA, Ulysses Gomes. **O conceito de autoria e a comunicação de circunstâncias pessoais**. 2013, 190f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 932 p.

BOLEA BARDÓN, Carolina. **La autoría mediata en algunos supuestos de error**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 2, n. 12, p. 14-44, jul./dez. 2003.

BRASIL. **Decreto nº 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 201**, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 jul. 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.137**, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.613**, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nessa Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 27 de out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 439** da Corte Especial, Brasília, DF, 04 de setembro de 2013. Diário da Justiça, DF, 21 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 260.390** do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Brasília, DF, 07 de novembro de 2013. Diário da Justiça, DF, 19 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470** do Plenário, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2012. Diário da Justiça, DF, 22 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 481** do Plenário, Brasília, DF, 08 de setembro de 2011. Diário da Justiça, DF, 29 jun. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0** da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, RS, 30 de novembro de 2004. Diário da Justiça, RS, 23 fev. 2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Habeas Corpus nº 2005.04.01.048500-2** da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, RS, 29 de novembro de 2005. Diário da Justiça, RS, 11 jan. 2006.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 256 p.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 358 p.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989. 425 p.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉ, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Vol. 2. Madrid: Trotta, 1999. 431 p.

CALLEGARI, André Luis. **Crimen organizado**: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 31, n. 91, p. 15-39, jul./dez. 2010.

CAVALCANTI, Eduardo de Araújo. **A ampliação do conceito de autor mediato à luz da teoria de Claus Roxin como forma de combate à criminalidade organizada**. 2005. 109f. Dissertação (Mestrado em Direito Público)-Faculdade de Direito, Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2005.

CEREZO MIR, José. **Autoría y participación en el nuevo código penal español**. *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, ano 25, n. 64, p. 90-110, jan./abr. 2003.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Código penal de 1984**: antecedentes, ideologia, princípios, orientação, finalidade. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 22, n. 86, p. 147-204, abr./jun. 1985.

CHILE. Lei nº 2561, de 12 de noviembre de 1874. Código Penal. **Diário Oficial da República do Chile**, Santiago, CHI, 12 nov. 1874. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>. Acesso em: 27 de out. 2017.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antônio. **La organización criminal**: tratamiento penal y procesal. Madrid: Dykinson, 2000. 81 p.

COBO DEL ROSA, Manuel. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. 998 p.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. 453 p.

CUELLO CONTREAS, Joaquín. **El Derecho Penal Español**: parte general. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002. 1174 p.

CURY URZÚA, Enrique. **El concepto del autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena**. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, ano 12, n. 1, p. 36-53, jan./abr. 1985.

D`ALESSIO, Andrés José; DIVITO, Mauro A. **Código penal comentado y anotado**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. 1184 p.

D´ANGELO, André Scheller. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana**. *Revista memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-263, jul./dez. 2010.

D´ANGELO, André Scheller. **La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana**. *Revista de Derecho*, Barranquilla, ano 21, n. 35, p. 244-263, jan./jun. 2011.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 22, n. 73, p. 27-44, set./dez. 2001.

DIAS, Augusto da Silva. **A experiência milgram e a responsabilidade jurídico-penal**: um ensaio sobre a banalidade do mal. In: ANDRADRE, Manuel da Costa (Org.). **Direito penal**: fundamentos dogmáticos e político-criminais: homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. [p. 211-251].

DIAS, Jorge de Figueiredo. **A criminalidade organizada**: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 71, p. 11-30, jul./set. 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1061 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 371 p.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 777 p.

DOTTI, René Ariel. **O concurso de pessoas**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, ano 5, n. 1, p. 73-93, jan./dez. 1991.

DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 473 p.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder**: teoria do domínio por organização. 2012. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal)-Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

ESTELITA, Heloisa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 100 p.

ESTELITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros de empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. 325 p.

FARALDO CABANA, Patricia. **La fórmula de Radbruch y la construcción de una teoría mediata con aparatos organizados de poder**. *Anuario da Facultad de Derecho da Universidad da Coruña*, La Coruña, ano 13, n. 1, p. 145-163, jan./dez. 2009.

FARALDO CABANA, Patricia. **Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa**. In: FERNÁNDEZ, José Ramón Serrano-Piedecasas; CRESPO, Eduardo Demétrico. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Madrid: Colex, 2008. [p. 89-130].

FAYET, Fábio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 136 p.

FAYET, Paulo Agne. **Da criminalidade organizada**. Porto Alegre: Fábris, 2012. 152 p.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. **Autoria e participação em organizações empresariais complexas**. Tradução Vânia Costa Ramos. *Revista Liberdades*, São Paulo, ano 4, n. 9, p. 26-57, jan./abr. 2012.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. **Derecho penal de la empresa e imputación objetiva**. Madrid: Editorial Reus, 2007. 266 p.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquencia no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. 220 p.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. **Delincuencia organizada**: aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999. 406 p.

FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Saraiva, 2012. 194 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: José Bushastky, 1977. 348 p.

FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 3358 p.

FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 31, p. 102-136, jul./set. 2000.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 951 p.

GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. **La autoría en derecho penal caracterización general y especial atención al código penal colombiano**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 76, p. 33-65, jul./dez. 2004.

GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. **La problemática de la codelincuencia en el código penal colombiano**: complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, parágrafo final. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 26, n. 77, p. 45-76, jan./jun. 2005.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. Vol. 1. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1975. 395 p.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Asociaciones ilícitas en el código penal**. Barcelona: Bosch, 1978. 406 p.

GIL GIL, Alicia. **La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española**. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ano 61, n. 1, p. 53-88, jan./dez. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Conceito de autoria em direito penal**. *Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 7, n. 2, p. 45-46, out./dez. 2006.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. **El dominio del hecho en la autoría** (validez y límites). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ano 37, n. 1, p. 103-132, jan./abr. 1984.

GOMEZ-TRELLES SÁNCHEZ-VERA, Javier. **En los límites de la inducción**. *Revista para El Análisis del Derecho*, Catalunya, ano 23, n. 2, p. 1-42, abr. 2012.

GOMEZ-TRELLES SÁNCHEZ-VERA, Javier. **Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica «trascendencia»**. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ano 51, n. 1-3, p. 319-364, jan./dez. 1998.

GRECO, Luís. **Cumplicidade por meio de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 190 p.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 107, p. 13-93, mar./abr. 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. 224 p.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SOUZA, Renato Rocha. **O discurso do Supremo no mensalão:** análise quantitativa dos votos orais da AP 470. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 55, p. 120-134, out./dez. 2014.

HEFENDEHL, Roland. **¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor?** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 57-70, jan./jun. 2004.

HEFENDEHL, Roland. **El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 43-56, jan./jun. 2004.

HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Jorge Alberto. **Evolución doctrinal y jurisprudencia de la teoría del dominio del hecho.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 29, n. 86-87, p. 13-28, jan./dez. 2008.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. **La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 5, n. 17, p. 45-80, jan./jun. 2006.

HERRERO HERRERO, César. **Criminología:** parte General y especial. Madrid: Dykinson, 1997. 720 p.

HUERTAS DÍAZ, Omar; AMAYA SANDOVAL, Carolina; MALTE RUANO, Germán Darío. **Autoría mediata por meio de aparatos organizados de poder:** tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. *Opinión Jurídica*, Medellín, ano 12, n. 23, p. 81-98, jan./jun. 2013.

HUNGRIA, Nelson. **Anteproyeto de Código Penal.** Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963. 80 p.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal:** Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. 1. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 657 p.

HURTADO POZO, José. **La responsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo.** *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 29, n. 86-87, p. 95-115, jan./dez. 2008.

IBÁÑEZ FERNANDEZ, Eva. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder.** Granada: Comares, 2006. 440 p.

JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato:** uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos. Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. 47 p.

JAKOBS, Günther. **Injerencia y dominio del hecho**: dos estudios sobre la parte general del derecho penal. Tradução Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. 109 p.

JAKOBS, Günther. **La competencia por organización en el delito omisivo**. Tradução José Luis Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994. 44 p.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. Tradução José Luis Manzañares Samaniego. Granada: Comares, 1993. 913 p.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia. **Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder**. 2015. 596f. Tese (Doutorado em Direito Penal e Criminologia)-Faculdade de Direito, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2015.

JÚLIO LASCANO, Carlos. **Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales**. Buenos Aires: Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico, 2014. Disponível em <<http://www.ciidpe.com.ar/?p=328>>. Acesso em: 27 out. 2017.

KINDHÄUSER, Urs. **La estafa como autoría mediata tipificada**. Tradução Jorge Fernando Perdomo Torres. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. 40 p.

LEITE, Alaor Carlos Lopes. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014.

LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1062 p.

LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Vol. 1. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899. 485 p.

LITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 100 p.

LYRA, Roberto. **Expressão mais simples do Direito Penal**: introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Rio, 1976. 259 p.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1965. 388 p.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **Dominio de la voluntad mediante error en la autoría mediata**. *Diálogos de Saberes Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, ano 9, n. 25, p. 109-124, jul./dez. 2006.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho**. *Diálogos de Saberes Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, ano 9, n. 22, p. 95-116, jan./jun. 2005.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **La autoría mediata**: autor detrás del autor en organizaciones criminales: narco tráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas. *Diálogos de Saberes Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, año 8, n. 23, p. 109-124, jul./dez. 2005.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **La coacción como forma de instrumentalización en la autoría mediata**. *Diálogos de Saberes Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, año 9, n. 24, p. 109-134, jan./jun. 2006.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **La coautoría**: concepto y requisitos en la dogmática penal. *Diálogos de Saberes Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, año 10, n. 26, p. 71-102, jan./jun. 2007.

MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. **La coautoría mediata**: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, año 11, n. 9, p. 145-194, jan./jun. 2002.

MARTINS, José Salgado. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1974. 459 p.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Tradução Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995. 978 p.

MESTIERE, João. **Manual de direito penal**: parte geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 342 p.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. 810 p.

MONTOYA VACADÍEZ, Diego Mauricio. **Autoría y dominio del hecho en los delitos económicos**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, año 34, n. 97, p. 85-112, jul./dez. 2013.

MORAES, Benjamin. **As novas leis penais do Brasil**. *Revista de informação legislativa*, Brasília, año 18, n. 70, p. 185-192, abr./jun. 1981.

MÜÑOZ CONDE, Francisco. **Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico** ¿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*, Madrid, año 5, n. 9. p. 59-98, jan./dez. 2002.

MÜÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. 238 p.

NASCIMENTO SILVA, Joyce Keli do. **A ampliação do conceito de autoria por meio da teoria do domínio por organização**. *Revista Liberdades*, São Paulo, año 6, n. 17, p. 69-84, set./dez. 2014.

OLIVEIRA, Ana Paz Ferreira Perestrelo de. **A imputação da responsabilidade individual na criminalidade de empresa**: a aplicabilidade da figura da autoria mediata por 'domínio da organização'. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, año 46, n. 1, p. 721-773, jan./jun. 2005.

ORTIZ, Mariana Tranchesí. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. São Paulo: IBCCRIM, 2011. 237 p.

PABLO MAÑALICH, Juan. **La estructura de la autoría mediata**. *Revista de Derecho*, Valparaíso, ano 4, n. 34, p. 385-414, jan./jun. 2010.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015. 661 p.

PARIONA ARANA, Raúl. **El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana**: análisis de la fundamentación de la sentencia de la corte suprema contra Alberto Fujimori. *Revista Oficial del Poder Judicial*, Lima, ano 4, n. 6-7, p. 291-302, jan./dez. 2010-2011.

PARMA, Carlos. **El pensamiento de Günther Jakobs**: el derecho penal del siglo XXI. Mendoza: Cuyo, 2001. 340 p.

PELLEGRINI, Angiolo. **Criminalidade organizada**. Tradução Paulo José da Costa Júnior. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. 103 p.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa**: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, Huelva, ano 9, n. 9, p. 107-121, jan./jun. 2002.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código criminal do império do Brasil**. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1885. 564 p.

PINHO, Ruy Rebello. **História do direito penal brasileiro**: período Colonial. São Paulo: José Bushatsky, 1973. 236 p.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal**. In: **Direito penal econômico e europeu**: textos doutrinários: problemas gerais. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. [p. 210-274].

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 859 p.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 208 p.

REYES CUARTAS, José Fernando. **La autoria mediata com aparatos organizados de poder**. *Revista de Derecho Penal e Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 135-158, jan./jun. 2004.

RODRÍGUEZ MEZA, Jaime de Jesús. **Estudio sobre la teoría del dominio del hecho en le código penal guatemalteco**. 2007. 48f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais)-Faculdade de Direito, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2007.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **El autor mediato en derecho penal español**. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ano 22, n. 3, p. 461-488, set./dez. 1969.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição**: a ostentação do horror. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. 230 p.

ROSA, Antônio José M. Feu. **Do concurso de pessoas**. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Direito penal**: doutrinas essenciais. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. [p. 25-55].

ROSO CAÑADILLAS, Raquel. **Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro.** *Revista de Derecho Penal e Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 245-289, jan./jun. 2004.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel. **Los criterios de autoría en el delito imprudente.** *Revista de Derecho Penal e Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 227-244, jan./jun. 2004.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. 779 p.

ROXIN, Claus. **Dirección de la organización como autoría mediata.** *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ano 61, n. 1, p. 51-65, jan./dez. 2009.

ROXIN, Claus. **El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata.** *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago del Chile, ano 5, n. 7, p. 11-22, jan./jun. 2006.

ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata.** Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal–Panóptica*, Porto Alegre, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009.

ROXIN, Claus. **Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada.** *Revista Pena*, Madrid, ano 1, n. 2, p. 61-65, jul./dez. 1998.

RUEDA GUZMÁN, Lily Andra. **Autoría mediata por control de la voluntad por meio de aparatos organizados de poder aplicada a máximos responsables en Colombia: análisis y propuestas.** 2014. 197f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidad Nacional de Colombia, 2014.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. **¿Que es la autoria?** *Revista Penal*, Madrid, ano 11, n. 20, p. 167-177, jul./dez. 2007.

SANTOS, Humberto Souza. **Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva.** São Paulo: Manoele, 2004. 210 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. 396 p.

SANTOS, Ulisses Pessoa. **A teoria do domínio por organização e sua aplicação junto à administração pública: possibilidades e discussões acerca do seu real alcance.** 2016. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Evolução Social)-Faculdade de Direito, Universidade Estácio de Sá, 2016.

SCALCON, Raquel Lima. **Problemas Especiais de Autoria e de Participação no Âmbito do Direito Penal Secundário: Exame da Compatibilidade entre “Domínio da Organização” (Organisationsherrschaft) e Criminalidade Corporativa.** *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 54, p. 181-210, jul./set. 2014.

SHELLER D'ANGELO, André. **Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana.** *Revista Memorias*, Bogotá, ano 8, n. 14, p. 114-133, jul./dez. 2010.

SCHROEDER, Friedrich Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Tradução Andrés Falcone. São Paulo: LiberArs, 2013. 129 p.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado**: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 22, n. 72, p. 13-25, mai./ago. 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 27-42, jan./jun. 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa**: dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 44, n. 1, p. 9-38, jan./dez. 2002.

SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. **Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional**: una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, através del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, ano 8, n. 3, p. 1-25, jan./dez. 2006.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012. 278f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais)-Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas**. *Direito em Revista*, Paraná, ano 3, n. 18, p. 8-16, jan./dez. 2006.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Resenha de der täter hinter dem yäter**: ein beitrage zur lehre von der mittelbaren täterschaft de Friedrich-Christian Schroeder. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, ano 2, n. 1, p. 143-146, jan./jun. 2014.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira**: considerações sobre a APn 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 138-164, jan./dez. 2014.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. 263 p.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Teoria do domínio do fato**: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 63-86, jan./jun. 2013.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Código penal mandado executar pelo decr. n. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Vol. I. Rio de Janeiro: J. r. dos Santos, 1932. 779 p.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da república dos estados unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. 862 p.

SOTA SÁNCHEZ, Percy André. **Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho**. *Derecho y Cambio Social*, Lima, ano 9, n. 27, p. 1-23, jan./mar. 2012.

SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente**: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 50, p. 9-42, jul./set. 2013.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de direito criminal**. Brasília: Senador Federal, Conselho Editorial, 2003. 386 p.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Edersa, 1982, 362 p.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El interveniente**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 13-29, jan./jun. 2004.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **Premisas metodológicas y axiológicas para la elaboración del concepto material de autor en el código penal colombiano**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 22, n. 73, p. 117-134, set./dez. 2001.

SVENSON, Gustavo. **Observações suscitadas pela teoria do domínio do fato**: a responsabilidade jurídico-penal do “homem de trás” no âmbito da criminalidade. *Jus Societas*, Paraná, ano 3, n. 2, p. 1-16, jul./dez. 2009.

TINÔCO, Antônio Luiz Ferreira. **Código criminal do império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2003. 862 p.

TERREROS, Felipe Villavicencio. **Autoria mediata por domínio da organização**: o caso Fugimori. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 67, p. 52-87, out./dez. 2017.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. **Autoría y participación balance jurisprudencial**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 25, n. 75, p. 197-224, jan./jun. 2004.

VACADÍEZ MONTOYA, Diego Mauricio. **Autoría y dominio del hecho en los delitos económicos**. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, ano 34, n. 97, p. 85-112, jul./dez. 2013.

VELLOSO, Ribeiro Ricardo. **Teoria do domínio do fato e a autoria no direito penal**. São Paulo: Livraria Paulista, 2004. 119 p.

VERA TOSTE, Yan. **Autoría y participación**. La Habana: UNIJURIS, 2015. 173 p.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Fabris, 2007. 270 p.

WELZEL, Hans. **Crítica à teoria subjetiva da participação**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, ano 2, n. 2, p. 104-111, jul./dez. 2014.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. 374 p.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 143 p.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. 205 p.

WOHLERS, Wolfgang Wohlers. **Complicidad mediante acciones “neutrales”** ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional? *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, año 27, n. 80, jan./abr. 2006.

DIAS, Cláudia López. **Código Penal Alemán**: del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br