

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

DOUTORADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

PABLO RODRIGO ALFLEN DA SILVA

**DOMÍNIO DO FATO E AUTORIA EM DIREITO PENAL:
CRITÉRIOS PARA DELIMITAÇÃO DA AUTORIA EM FACE DA
CRIMINALIDADE EMPRESARIAL**

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Ávila

Porto Alegre

2012

Catálogo na Fonte (CIP)

S586d Silva, Pablo Rodrigo Alflen da
Domínio do fato e autoria em direito penal:
critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade
empresarial / Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre,
2012.
283 f.

Tese (Doutorado) – Faculdade Direito, Pós-Graduação em
Ciências Criminais, PUCRS.

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

1. Direito Penal. 2. Fatos Jurídicos. 3. Autoria Criminal.
4. Dogmática. I. D'Ávila, Fabio Roberto. II. Título.

CDD 341.5

Bibliotecária Responsável: Ginamara Lima Jacques Pinto CRB 10/1204

PABLO RODRIGO ALFLEN DA SILVA

**DOMÍNIO DO FATO E AUTORIA EM DIREITO PENAL:
CRITÉRIOS PARA DELIMITAÇÃO DA AUTORIA EM FACE DA
CRIMINALIDADE EMPRESARIAL**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, da Faculdade de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Ciências Criminais, sob a orientação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Porto Alegre

2012

RESUMO

A presente tese parte da ideia de autoria em direito penal e tem como foco principal a chamada teoria do domínio do fato, como critério para delimitação da autoria. Parte-se da hipótese de que a teoria do domínio do fato, apresentada pela doutrina alemã, não apresenta critérios apropriados para delimitar a autoria, sobretudo, em casos complexos, como aqueles praticados por meio de organizações empresariais. Disso resulta a reformulação do conceito de domínio do fato, à luz do paradigma onto-antropológico e com vista aos critérios normativos estabelecidos pelo legislador brasileiro. Nesse sentido, procede-se a uma revisão teórico-dogmática do instituto da autoria e suas respectivas modalidades, à luz de uma nova concepção de domínio do fato, elaborada com vista à criminalidade empresarial e às aporias que subjazem as complexas relações sociais que as sustentam. Conclui-se que um conceito de domínio do fato, pragmaticamente útil, deve ter em vista a compreensão do crime como fenômeno jurídico relacional e se orientar pela ideia de resultado, enquanto ofensa ao bem jurídico.

Palavras-chave: Autoria. Domínio do fato. Dogmática penal. Direito penal.

ABSTRACT

This thesis starts from the idea of authorship in criminal law and has its main focus in the so-called theory of the domain of fact as guideline for delimitation of authorship. The hypothesis that is followed is that the theory of the domain of fact, presented by the German doctrine, does not present appropriate guidelines to define the authorship, especially in complex cases such as those practiced by business organizations. The result is a reformulation of the concept of domain of fact, in light of the onto-anthropological paradigm and overlooking the normative guidelines established by the Brazilian legislature. Accordingly, is proceeded to a theoretical and dogmatic review of the concept of authorship and their arrangements, in light of a new concept of domain of fact, overlooking the business crime and the aporias that underlie the complex social relationships that underpin. It is concluded that the concept of domain of fact, pragmatically useful, must start from the understanding of crime as relational and legal phenomenon and it should be guided by the idea of the result, as the offense to the legal interest.

Keywords: Authorship. Domain of fact. Criminal dogmatic. Criminal law.

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	12
INTRODUÇÃO	14
PARTE I – APORTES FUNDANTES.....	22
I. BASES TEÓRICAS DAS CONCEPÇÕES DOGMÁTICAS ACERCA DA DELIMITAÇÃO DA AUTORIA	22
1. Aportes iniciais.....	22
1.1. Paradigma positivista-causalista	25
1.2. Paradigma ontológico-finalista	33
1.3. Paradigma funcionalista-normativista.....	44
1.3.1. Jakobs	45
1.3.2. Roxin	51
2. Considerações críticas e tomada de posição	60
2.1. Críticas ao paradigma positivista-causalista	61
2.2. Críticas ao paradigma ontológico-finalista	63
2.3. Críticas ao paradigma funcionalista-normativista.....	67
3. Tomada de posição e aportes fundantes para uma nova concepção	72
PARTE II – A IDEIA DE AUTORIA E AUTORIA MEDIATA.....	78
I. O PARADIGMA POSITIVISTA-CAUSALISTA E A IDEIA DE AUTORIA MEDIATA.....	78
1. Causalidade suficiente e necessária e a ideia de autoria mediata.....	82
1.1. Kleinschrod.....	83
1.2. Feuerbach.....	85
1.3. Stübel	87
2. Equivalência das condições lógicas e tipos de causação como parâmetros para a delimitação da autoria mediata.....	89
2.1. Concepções causalistas orientadas subjetivamente.....	89
2.1.1. Köstlin	89
2.1.2. Berner	92
2.1.3. Barth	94
2.2. Concepções baseadas na equivalência das condições.....	95
2.2.1. Glaser.....	95
2.2.2. Buri.....	98
2.2.3. Liszt-Schmidt	100
2.2.4. Barreto	102
2.2.5. Binding	105

	10
2.3. Concepções baseadas na distinção entre causa e condição.....	108
2.3.1. Bar	108
2.3.2. Birkmeyer	110
3. Entre conceito unitário e diferenciador e entre conceito extensivo e restritivo de autor	111
3.1. Conceito unitário e diferenciador.....	112
3.2. Perspectiva brasileira	114
3.3. Conceitos extensivo e restritivo	115
4. As teorias objetivas e subjetiva e a ideia de autoria mediata	122
4.1. Teorias objetivas	122
4.2. Teoria subjetiva.....	126
4.2.1. O caso Badewannen (RGSt 74, 84)	129
4.2.2. O caso Staschinskij (BGHSt 18, 87).....	130
II. O PARADIGMA ONTOLÓGICO-FINALISTA, A IDEIA DE DOMÍNIO FINAL DO FATO E A AUTORIA MEDIATA	133
1. Surgimento da ideia de domínio do fato	134
2. Welzel e a concepção de domínio final do fato	138
2.1. Autoria direta	140
2.2. Coautoria.....	142
2.3. Autoria mediata.....	145
2.4. Críticas ao domínio final do fato.....	147
3. A vertente finalista de Maurach e a ideia de domínio do fato.....	152
III. O PARADIGMA FUNCIONALISTA-NORMATIVISTA, O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E A AUTORIA MEDIATA	155
1. O domínio do fato como conceito aberto em Roxin	155
2. Tripartição do conceito.....	161
2.1. Autoria imediata como domínio da ação	162
2.2. Coautoria como domínio do fato funcional	168
2.3. Autoria mediata como domínio da vontade	173
2.3.1. Domínio da vontade em virtude de coação.....	176
2.3.2. Domínio da vontade em virtude de erro	179
2.3.3. Domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder.....	183
2.3.3.1. A ideia de domínio por organização	185
2.3.3.2. Pressupostos	187
2.3.3.3. Inaplicabilidade do domínio por organização aos crimes cometidos por meio de empresas na visão de Roxin	190
2.3.3.4. A transposição do domínio por organização aos crimes praticados por meio de empresas pela jurisprudência alemã.....	193
3. Rechaço à teoria do domínio do fato de Roxin	196

PARTE III – DOMÍNIO DO FATO COMO CRITÉRIO PARA DELIMITAÇÃO DA AUTORIA SEGUNDO O PARADIGMA ONTO-ANTROPOLÓGICO	203
1. Fundamentos teóricos para uma nova concepção	203
1.1. O paradigma onto-antropológico	203
1.2. O sistema unitário como ponto de partida para a delimitação da autoria	208
1.3. A ideia de domínio do fato na jurisprudência brasileira	214
1.3.1 Decisões baseadas na ideia de <i>domínio do fato finalista</i>	215
a) Homicídio qualificado e de ocultação de cadáver	215
b) Roubo majorado	215
c) Latrocínio	216
1.3.2 Decisões baseadas na ideia de <i>domínio do fato</i> , segundo a concepção roxiniana	218
a) Furto qualificado	218
b) Roubo majorado	219
1.3.3. Autoria no plano empresarial.....	220
a) Sonegação de tributos.....	220
b) Uso de documento falso	221
c) Gestão fraudulenta.....	222
2. Conceito de domínio do fato	224
3. A tripartição legal da autoria a partir da ideia de domínio do fato.....	233
3.1. Autoria imediata (direta) como domínio do resultado	234
3.2. Coautoria como domínio operacional	238
3.3. Autoria mediata como domínio social	246
3.3.1. Autoria mediata com o uso de instrumento impunível	250
3.3.2. Autoria mediata com o uso de instrumento punível	253
4. Autoria nos crimes praticados por meio de organizações empresariais.....	259
4.1. Organizações como mecanismos para a prática de ilícitos	262
4.2. Diretrizes para delimitação da autoria em organizações empresariais.....	266
4.2.1. Autoria imediata como domínio do resultado.....	266
4.2.2. Coautoria como domínio operacional.....	267
4.2.3. Autoria mediata como domínio social	268
CONCLUSÕES.....	270
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	278

ABREVIATURAS

ACR.....	Apelação Criminal
ADPCP.....	Anuário
AgRg.....	Agravo Regimental
AMG.....	Azneimittelgesetz (Lei de Medicamentos)
AT.....	Allgemeiner Teil (Parte Geral)
Aufl.	Auflage (edição)
Bd.	Band (volume)
BGH.....	Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal alemão)
BGHSt.....	Strafsenat für Bundesgerichtshof (Senado/Câmara Criminal do Supremo Tribunal Federal alemão)
BverfG.....	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemão)
CCB.....	Código Civil Brasileiro
CCC.....	Constitutio Criminalis Carolina
Cfe.	Conforme
CF.....	Constituição da República Federativa do Brasil
Cfr.....	Confira
Comp.	Compilador
CP.....	Código Penal brasileiro
CPEsp.	Código Penal espanhol
DDR.....	Deutsche Demokratische Republik (República Democrática alemã)
DJe.....	Diário de Justiça eletrônico
Ed.	Edição
GA.....	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (Revista alemã)
GmbH.....	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Sociedade com responsabilidade limitada)
HC.....	Habeas Corpus
Hrsg.	Herausgeber (organizador)
HRRS.....	Zeitschrift für HöchstRichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (Revista alemã)
JA.....	Juristische Ausbildung (Revista alemã)
JZ.....	Juristenzeitung (Revista alemã)
KGB.....	Komitet gosudarstvennoi bezopasnosti (Comitê de Segurança do Estado)
N.º.....	Número
NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift (Revista alemã)
NStZ.....	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Revista alemã)
op. cit.	<i>opus citatum</i>
Org.....	Organizador
p., pp.	página, páginas
Rel.....	Relator
RSE.....	Recurso em Sentido Estrito
REsp.....	Recurso Especial
RG.....	Reichsgerichts
RGSt.....	Urteil des Reichsgerichts über Strafsachen (Decisão do Tribunal do Império em matéria penal)
SED.....	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
STF.....	Supremo Tribunal Federal

StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemão)
STJ	Superior Tribunal de Justiça
StR	Strafrechtsprechung (Jurisprudência Penal)
Trad.	Tradução
TJAL.....	Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJES	Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
TJGO	Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
TJMG.....	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJMS	Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
TJMT	Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJRJ.....	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRO.....	Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TRF.....	Tribunal Regional Federal
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Revista alemã)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft (Revista alemã)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (Revista alemã)
ZStW.....	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Revista alemã)

INTRODUÇÃO

A participação *lato sensu* no fato delitivo, o chamado “concurso de pessoas”, sempre foi um dos grandes problemas da dogmática jurídico-penal, tanto nacional quanto estrangeira, sendo que há muito ocupa o centro dos debates científicos. Isso, aliás, se observa de forma muito clara quando se efetua uma simples pesquisa bibliográfica a respeito deste instituto, pois se verifica grande quantidade de trabalhos publicados versando sobre a temática, principalmente a partir do século XIX¹. Os aspectos mais conflitantes deste instituto jurídico-penal e que o tornaram o centro dos debates, porém, assentavam tanto no estabelecimento de critérios seguros² para a sua caracterização, quanto na própria distinção entre as suas clássicas

¹ Pode-se mencionar, por exemplo, na doutrina alemã da primeira metade do século XIX: STÜBEL, Christian. Über die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen. *Jahrbücher der gesammten Deutschen juristischen Literatur*. Erlangen: Enke Verlag, vol. IX, 1828. p. 47 e ss.; FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Aufl., 1847. p. 80 e 86; na segunda metade do século XIX, pode-se mencionar: GLASER, Julius von. Ueber Thäterschaft und Beihilfe. *Der Gerichtssaal*, vol. 16, 1864. p. 24 e ss., bem como BURI, Maximilian von. Urheberschaft und Beihilfe. *Der Gerichtssaal*, vol. XIX, 1867. p. 278 e ss.; ademais BURI, Maximilian von. Ueber Theilname am Verbrechen. *Der Gerichtssaal*, vol. XXII, 1870. p. 1-53 (parte 1), p. 81-123 (parte 2), p. 221-244 (parte 3), p. 275-288 (conclusão); ainda BURI, Maximilian von. Über Kausalität und Teilnahme. *ZStW*, vol. 2, 1882. p. 232 e ss.; na doutrina brasileira compare TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Imperio do Brazil anotado*. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886. p. 19; ademais BARRETO, Tobias. Mandato Criminal (1882). In: *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1892. p. 223 e ss. Já na primeira década do século XX, pode-se mencionar SEEFRIED, R. Beihilfe, mittelbare Täterschaft, RStGB. § 46 und das Reichsgericht. *Blätter für Rechtsanwendung*. Nuremberg: Verlag Sebald, vol. LXXIII, 1908. p. 354 e ss., elaborando a distinção entre participação e *autoria mediata*; bem como Binding, o qual, aliás, publicou diversos trabalhos específicos sobre o tema: BINDING, Karl. Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher (‘Urheber’) und der Gehilfe. *Der Gerichtssaal*, vol. LXXI, 1908. p. 1 e ss.; BINDING, Karl. Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des ‘Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch’ über die ‘Teilnahme’. *Der Gerichtssaal*, vol. LXXVI, 1910. p. 87 e ss.; BINDING, Karl. Die Formen des verbrecherischen Subjektes. *Der Gerichtssaal*, vol. LXXVIII, 1911. p. 1 e ss.; na doutrina brasileira compare SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910. p. 47 e ss.

² A questão relativa ao estabelecimento de “critérios seguros” assume reflexo pragmático extremo e importância fundamental para a caracterização dos institutos e categorias jurídicas, na medida em que possibilita a controlabilidade das decisões judiciais, sobretudo em virtude da vinculabilidade do juiz à lei e ao direito. Nesse tocante, segue-se a Hassemer quando afirma que a vinculação à “lei” significa que o juiz, na fundamentação de sua decisão, tem que considerar o teor, a diferenciação dos problemas e as regras de decisão da lei, bem como o direito judicial e a dogmática jurídica, sendo que a vinculação do juiz permite um juízo *ex ante* e um juízo *ex post*, na medida em que tanto “autoriza um prognóstico mais preciso do resultado da decisão”, como possibilita a “verificabilidade desta decisão”, compare a respeito disso HASSEMER, Winfried. Rechtssystem und Kodifikation: die Bindung des Richters an das Gesetz. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 5. ed., Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1989. p. 221 e 231. Isso coaduna com o entendimento de Faria Costa, de que o “discurso jurídico está fundamentalmente virado para a decisão que tem de ser [...] justa” e, por isso, a aplicação do direito “mais não é do que a procura (criação) do direito que vai levar à decisão justa”, compare FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 90. Compare também Flickinger, o qual afirma que “o próprio termo Estado de direito já dá a entender a necessária vinculação do agir institucional às regras jurídicas, legitimadas por lei”, sendo que, dessa forma, “se exige, também, a submissão de suas atividades próprias às delimitações impostas pelas leis”, ou seja, “o Estado é obrigado a respeitar as definições legais, restringindo-se no seu agir àquele espaço a ele concedido pelo legislador”, compare

modalidades (autoria e participação).

Todavia, o exame da vasta contribuição científica existente sobre a matéria evidencia que o ponto que suscitou maiores problemas e que, por consequência, desencadeou as principais discussões na dogmática penal do concurso de pessoas é o relativo à autoria, mais especificamente, à *autoria mediata*. No entanto, apesar do longo e intenso debate científico desencadeado em torno desse último instituto, nem todas as questões levantadas a esse respeito foram respondidas de maneira adequada e plausível, uma vez que tais respostas deveriam ser baseadas em critérios dogmáticos aptos a propiciar soluções convenientes para todos os casos e orientadas por um ideal de justiça³. Esta afirmação categórica, naturalmente, tem uma razão, a qual, aliás, serviu de fundamento para o desenvolvimento desta categoria dogmática no passado, mas também o serve no presente: novas situações conduzem a novos e diferentes tipos de reações jurídicas⁴. As transformações do mundo contemporâneo, ocorridas particularmente nas últimas décadas, desencadearam a manifestação de novos fenômenos e/ou ofereceram nova roupagem a fenômenos antigos, os quais assumiram formas complexas e, conseqüentemente, também passaram a exigir novas reações da ciência jurídico-penal⁵. Esta

FLICKINGER, Hans-Georg. *Em nome da liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2003. p. 146; ademais HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?*, Trad. de Peter Naumann, Porto Alegre: ediPUCRS, 2003. p. 53, onde o autor ressalta que “decisões juridicamente vinculantes necessitam de procedimentos claros”.

³ Por *justiça* entende-se, nos estreitos limites deste estudo, a ideia de *justiça procedimental* no sentido de Höffe e Kaufmann. Tal concepção parte de que os procedimentos oferecem mais do que uma legitimação apenas subsidiária – na medida em que a justiça é ínsita ao próprio procedimento –, pois é por meio do procedimento que se pretende oferecer *um resultado justo* (Höffe), o qual somente pode ser alcançado quando se tem em vista “o homem como pessoa, isto é, como o conjunto de relações em que se encontra o homem com os outros homens ou coisas” (Kaufmann) como referência. Só assim se permite encontrar um fundamento empírico que considere a dimensão histórica do direito, tornando-o um direito humano e que, por conseguinte, leve em conta os princípios da justiça procedimental para atingir tal fim (Höffe), compare sobre isso HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?*, p. 54; bem como KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del Derecho en la posmodernidad*. Trad. de Luis V. Borda, Bogotá: Temis, 1998. p. 69; ademais KAUFMANN, Arthur. *Gerechtigkeit – der vergessene Weg zum Frieden*. München: Piper, 1986. p. 20 e ss.

⁴ No mesmo sentido ROTSCH, Thomas. *Tempos Modernos: ortodoxia e heterodoxia no direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. In: D’AVILA, Fabio R. (Org.). *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: perspectivas e tendências*, Porto Alegre: ediPUCRS, 2011. p. 68 e ss.

⁵ Fundamental a respeito HASSEMER, Winfried. *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*. *ZRP*, Heft 10, 1992. p. 380 e ss., no qual o autor traça um amplo panorama das exigências impostas ao direito penal face às transformações contemporâneas. Compare ainda PRITTWITZ, Cornelius. *Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung*. In: *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*. Baden: Nomos, 1999. p. 163 e ss. Com considerações sob o ponto de vista sociológico compare KUHLEN, Lothar. *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*. *Goldammer’s Archiv*. 1994. p. 347 e ss.; crítico a respeito HERZOG, Felix. *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo (perspectivas más allá del Derecho Penal)*. In: *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 249 e ss.; ademais HERZOG, Felix. *Algunos riesgos del Derecho Penal del Riesgo*. In: *Revista Penal*, n.º 04, 1999, p. 54 e ss.; também SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Leis penais em branco e o Direito Penal do Risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; igualmente D’AVILA, Fabio Roberto. *Freiheit und Sicherheit im Strafrecht*. In: KARSAI, Krisztina; NAGY, Ferenc; SZOMORA, Zsolt (Hrsg.). *Freiheit – Sicherheit – (Straf)Recht*. Osnabrück: V&R unipress GmbH, 2011, p. 47 e ss. É oportuno referir ainda ALBRECHT, P.-A., *Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der*

complexidade do mundo contemporâneo tem afetado a essência mesma do indivíduo de tal forma que, como já advertiu Gauer, “dissolveu a identidade estática, a substantividade do sujeito, transformando-o num ator versátil, capaz de desempenhar os mais variados papeis”⁶.

Nesse contexto, o Direito Penal é colocado diante de um paradoxo: de um lado, vozes se levantam em prol do abandono de toda uma tradição assentada em garantias clássicas⁷, ao passo que, de outro lado, como adverte D’Ávila, procuram “reafirmar a convicção em uma *Aufklärung* ainda não esgotada, que, se bem compreendida, é também hoje capaz de indicar caminhos seguros a serem seguidos pelo direito penal, caminhos que passam invariavelmente pela temperança nas transformações que lhe são exigidas e tolerância para com as respostas que a sua limitada conformação não pode propiciar.”⁸

O problema aqui assenta, portanto, justamente na necessidade do estabelecimento de *caminhos* suficientemente seguros para fornecer uma resposta à seguinte questão: é possível atribuir a posição de autor mediato de determinado (s) fato (s) punível (is) àquele indivíduo que atua por trás de organizações empresariais, mesmo quando o executor é punível? Trata-se,

europäischen Sicherheitsdebatte. Berliner Wissenschaftsverlag, 2003, efetuando ampla abordagem dos princípios penais de garantia, tecendo críticas incisivas à tendência europeia de flexibilização dos mesmos.

⁶ Cfe. GAUER, Ruth Chittó. *Alguns aspectos da fenomenologia da violência*. In: GAUER, Ruth Chittó; GAUER, Gabrel Chittó (Orgs.), *A fenomenologia da violência*, Juruá Editora, 2000. p. 30, ressaltando que a imagem do homem na atualidade é a do homem que vive em margens indefinidas, ambíguas, polifacetadas, próprias para compreensões (*compressões*) subjetivas.

⁷ Faz-se referência, aqui, à vertente político-criminal desenvolvida por Jakobs e propalada por seus discípulos, à qual atribui-se a designação de *Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht)*. Diante da vasta bibliografia existente acerca da temática é fundamental JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. *HRRS*, n.º 03, 2004. p. 88 e ss., onde o autor traça uma distinção entre os dois conceitos e fundamenta a necessidade desta bipartição; do mesmo modo JAKOBS, Günther. *Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingung von Rechtllichkeit*. *HRRS*, n.º 08-09, 2006. p. 289 e ss., onde o jurista procura legitimar o discurso do direito penal do inimigo; também CANCIO-MELIÁ, Manuel. *¿‘Derecho penal’ del enemigo?* In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, Madri: Editorial Civitas, 2003. p. 57 e ss. Compare também, seguindo a Jakobs, porém indo além na fundamentação de um direito penal do inimigo BUNG, Jochen. *Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person*. *HRRS*, n.º 02, 2006. p. 63 e ss.; para uma análise crítica e abrangente compare SALIGER, Frank. *Feindstrafrecht: kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?* *JZ*, n.º 15/16, 2006. p. 756 e ss. Com críticas incisivas, compare CRESPO, Eduardo Demetrio. *Das ‘Feindstrafrecht’ darf nicht sein!*. *ZIS*, n.º 09, p. 413 e ss., ressaltando que “o próprio conceito de direito penal do inimigo é, com grande probabilidade, danoso e desnecessário” (p. 426); Veja, ainda, tratando a respeito da erosão do princípio da legalidade penal no âmbito jurídico-penal alemão JÄHNKE, Burkhard. *Zur Erosion des Verfassungssatzes “Keine Strafe ohne Gesetz”*. *ZIS*, n.º 7-8, 2010. p. 463-470; ademais GIACOMOLLI, Nereu José, SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente*. *Revista Direito FGV*, vol. 06, n.º 02, jul.-dez./2010. p. 565 e ss.

⁸ Cfr. D’ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 403. Tal posicionamento expressado por D’Ávila segue exatamente no sentido do já propugnado por Kaufmann, e ao qual nos filiamos, quando afirma que “*mi interés no es en ningún caso luchar por la posmodernidad, sino antes bien, defender y conservar las verdaderas conquistas de la modernidad y el racionalismo*”, compare KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del Derecho en la Posmodernidad*, p. 15; para uma análise panorâmica desta situação paradoxal com a qual se depara o direito penal contemporâneo compare PALAZZO, Francesco. *Riflettendo su trasformazioni e proiezioni nel diritto penale degli anni novanta*. In: CANESTRARI, Stefano. *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*. Torino: Giappichelli Editore.1998. p. 102 e ss.

em outras palavras, da questão acerca dos critérios que devem ser levados em conta para fins de atribuição da posição de autor mediato àquele indivíduo que faz uso de uma organização empresarial para a prática de crimes.

Esta questão diz respeito, necessariamente, ao exercício da práxis judicial, não só estrangeira como, sobretudo, brasileira, na qual se verifica que a complexidade dos fenômenos delitivos tem dificultado de forma extrema a caracterização dos participantes nos fatos delitivos, em casos de concurso de pessoas. E ela, conseqüentemente, insere a categoria dogmática da autoria mediata novamente no centro dos debates científicos, exigindo um reexame das principais teorias elaboradas até então, uma vez que tal categoria foi determinante para o desencadeamento da discussão – particularmente na Alemanha – em torno das clássicas concepções acerca da autoria, suscitando dúvidas, críticas e reformulações. Isso se observa já a partir do exame das chamadas teorias objetiva e subjetiva, as quais foram criadas com a finalidade de delimitar os conceitos extensivo e restritivo de autor, bem como da posterior análise da teoria do *domínio final do fato*, elaborada originariamente por Welzel⁹, na qual, então, o instituto ganhou novos matizes.

Entretanto, foi somente no ano de 1963 que a autoria mediata encontrou melhor fundamentação e sistematização, com o desenvolvimento da teoria do domínio do fato por Roxin. Naquele ano, após analisar os casos Eichmann e Staschynskij, Roxin publicou o artigo intitulado “*Fatos puníveis no marco de aparatos organizados de poder*”¹⁰, no qual ressaltou que a jurisprudência da época começava a se ocupar com fatos delitivos que desviavam da forma tradicional, uma vez que eram praticados por meio de aparatos organizados de poder. Este trabalho inclusive resultou em sua tese de habilitação intitulada “*Autoria e domínio do fato*”.¹¹

Na medida em que a jurisprudência e a doutrina alemãs à época estavam adstritas às clássicas modalidades de participação *lato sensu* (autoria e participação), Roxin identificou que haveria grandes dificuldades práticas na aplicação do direito, sobretudo no que diz respeito à identificação da respectiva modalidade de participação dos concorrentes, em especial da chamada autoria mediata, nos casos de fenômenos delitivos mais complexos em que são utilizados aparatos de poder para o seu cometimento. Isso conduziu a elaboração da chamada “teoria do domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos

⁹ Fundamental a respeito WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. In: WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlim: Walter de Gruyter, 1975. p. 161 (publicado originariamente in *ZStW*, Bd, 58, 1939. p. 491-566).

¹⁰ Cfr. ROXIN, Claus. Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate. *GA*, 1963. p. 192 e ss.

¹¹ Cfr. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 4 ss.; importante observar que a primeira edição desta obra foi publicada no ano de 1963.

organizados de poder”, ou tão só “teoria do domínio por organização”, enquanto forma derivada de “domínio do fato”.

A partir daí, o debate científico a respeito da autoria mediata nos casos de executor punível se acentuou drasticamente no cenário alemão, tendo em vista, sobretudo, o fato de que a estrutura teórica delineada por esta teoria vislumbrava a sua aplicabilidade prática aos casos de aparatos organizados de poder *estatais*.

Imediatamente, a questão específica da autoria mediata no caso de executor punível assumiu grande repercussão, sendo objeto do trabalho publicado por Schroeder, já no ano 1965, no qual o jurista alemão introduziu a categoria do “autor atrás do autor” (“*Täter hinter dem Täter*”)¹², como resposta à questão “se é possível a autoria mediata no caso de *conduta delitiva* do executor imediato”, no qual afirma a responsabilidade do autor mediato quando ele se vale da “incondicionada disposição do autor direto para realizar o fato delitivo”¹³.

A teoria de Roxin foi aceita pelo BGH¹⁴ e aplicada aos casos de crimes cometidos pelos dirigentes da República Democrática da Alemanha, declarando os membros do Conselho de Segurança Nacional como responsáveis, na condição de autores mediatos, pelas mortes que os soldados da fronteira causavam aos que procuravam fugir pelo muro de Berlim¹⁵. Todavia, na mesma decisão, o BGH utilizou também a teoria de Schroeder como fundamento, a qual, porém, foi rechaçada pelo próprio Roxin.

Embora Roxin tenha previsto que a criminalidade contemporânea assumia a forma de crimes que “são cometidos em razão da iniciativa autônoma não de um autor individual ou de poucos autores”¹⁶, mas sim de aparatos organizados de poder, o jurista restringiu a aplicação de sua teoria aos aparatos de poder *estatais* e *paraestatais*. Porém, a criminalidade contemporânea vai além desta perspectiva, sendo que a questão que resulta disso – enquanto indagação ulterior a ser acrescentada à questão inicialmente formulada – é: a teoria do domínio por organização é aplicável aos crimes praticados por meio de aparatos de poder não

¹² Cfr. SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965. p. 14 e ss., deve-se ter em vista que este trabalho de Schroeder foi concluído em 1962 e veio a público no ano de 1965; ademais, a própria designação “*Täter hinter dem Täter*” foi cunhada por Lange e sugerida a Schroeder, como ele mesmo esclarece.

¹³ Schroeder propõe inclusive uma ampliação no conceito de autoria mediata, inserindo o *instrumento* que atua culposamente, enquanto executor, também no conceito de autor, uma vez que o próprio StGB, nos §§ 51 e 52 caracterizava como autor o instrumento que atua sob coação e que é incapaz de imputação.

¹⁴ Compare BGH, 26.7.1994 - StR 40, 218. *NJW*, Heft 41, 1994. p. 2703-2708, disponível também, integralmente, em «www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/94/5-98-94.php». Com detalhes sobre o posicionamento do BGH é fundamental AMBOS, Kai. *Direito Penal*. Trad. e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Fabris Editor, 2006. p. 68.

¹⁵ Para uma análise minuciosa e aprofundada a respeito disso, compare AMBOS, Kai. *Direito Penal...* p. 154-161.

¹⁶ Cfe. ROXIN, Claus. *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*. p. 192.

estatais, tais como organizações empresariais?

Esta questão, em especial, tem fomentado o debate no âmbito jurídico-penal de tal forma que o tem projetado para além do cenário alemão, adentrando, inclusive, nos países de língua hispânica¹⁷ (particularmente Espanha).¹⁸ Em vista disso, nas hipóteses de crimes praticados por meio de *organizações empresariais*, em que o executor é punível, verifica-se, por um lado, o entendimento de que é possível se falar em autoria mediata (caso em que se considerado que a teoria do domínio por organização é aplicável a crimes praticados por meio

¹⁷ Compare, mais recentemente, CUELLO CONTRERAS, Joaquin. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, vol. 01, 2011. p. 1 e ss., disponível em www.indret.com, acesso em 10/12/2011; também LARA GONZÁLEZ, Héctor. Autoría mediata por dominio de la voluntad y aparatos de poder. *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, n.º 03, may./jun. de 2008. p. 63 e ss.; ademais JARA DÍEZ, Carlos Gómez. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 88, 2006. p. 118 e ss.; também HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. La codelinuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 17, 2006. p. 45 e ss.; ainda SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 08/03, 2006. p. 1 e ss., disponível em <http://criminnet.ugr.es/recpc>, acesso em 20/12/2011. Fundamental a respeito MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, n.º 09, 2002. p. 59 e ss.; igualmente MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho»? *Revista Penal*, n.º 06, 2000. p. 104 e ss.; com ampla análise, sobretudo em relação à criminalidade empresarial, veja PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, n.º 09, 2002. p. 106 e ss.

¹⁸ A doutrina italiana não só não adentrou no debate acerca da autoria mediata em casos de executor punível, como rechaçou os casos normais de autoria mediata. Compare, nesse sentido, CAMAIONI, Salvatore. *Il concorso di persone nel reato*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 45 e ss., referindo que “*proprio per la sua stretta dipendenza dalle caratteristiche specifiche del sistema tedesco in cui è sorta, la figura dell'autore mediato non può essere automaticamente trasposta nel nostro ordinamento, che ha delineato un concorso di persone nel reato assai diverso da quello d'oltralpe*”; compare, ainda, rechaçando expressamente a ideia de autoria mediata, CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di Diritto Penale. Parte Generale*. Seconda edizione. Verona: Cedam, 2004. p. 392-393, referindo que “*la dottrina senz'altro maggioritaria trae solidi argomenti per escludere che, nel nostro sistema penale, possa trovare ingresso la teoria del c.d. atore mediato*”, e continua “*queste esigenze, peraltro, non si pongono nel nostro sistema. La legge, innanzitutto, non recepisce un modello differenziato, in cui il 'determinatore' abbia un ruolo di rilievo minore rispetto all'autore*”; ademais MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. Padova: Cedam, 2002. p. 272, o qual esclarece que “*la figura dell'autore mediato – creata dalla dottrina tedesca come «figura tappabuchi», per le ragioni già viste (n. 134), della accessorietà estrema – per diritto italiano è: a) inammissibile, perché fondata in realtà su un' «occulta» analogia in malam partem della norma incriminatrice di parte speciale; b) inutile, dal punto de vista pratico, perché le suddette disposizioni già espressamente sanciscono che del reato risponde non l'esecutore materiale, ma chi si è servito di lui; d) superata, dal punto di vista sistematico, perché in tutti i casi sopraeclanti il soggetto risponde non quale autore mediato, ma come concorrente alla stregua dell'onicomprensivo art. 110 ed è sottoposto alla disciplina del concorso (es.: art. 115) e, in particolare, alle aggravanti previste dal codice (sempre che non siano incompatibili rispetto alla singola fattispecie); d) smentita dall'art. 111, essendo l'ipotesi ivi contemplata collocata nel capo sul concorso*”; igualmente BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale. Parte Generale*. 2. Edizione. Palermo: G. Riulla Editore, 1950. p. 415: “*Si aggiunga poi che a noi sembra un assurdo il distinguere tra autore meditato e autore immediato dopo aver affermato che l'azione del soggetto incapace è un nulla dal punto di vista giuridico.*” Compare, ainda, com ampla análise do concurso de pessoas sob o ponto de vista histórico e comparado SEMERARO, Pietro. *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*. Padova: Cedam, 1986. p. 1 e ss.

de organizações empresariais), e, por outro lado, o entendimento de que não se pode falar em autoria mediata, mas sim de coautoria ou mera indução¹⁹.

A problemática até aqui apontada, portanto, assume reflexo direto no exercício da práxis judicial brasileira, uma vez que a criminalidade contemporânea no âmbito nacional tem-se orientado não só pela forma de organizações criminosas, mas, principalmente, pelo uso de organizações *empresariais* em fatos delitivos. Inclusive, o exame da jurisprudência pátria evidencia que a complexidade dos fenômenos delitivos contemporâneos dificulta de forma extrema a identificação das respectivas modalidades de contribuição para o fato, sobretudo, em virtude da falta de critérios seguros a respeito, que orientem o julgador em sua decisão. Para assimilar esta dificuldade é suficiente observar em relação as denominadas *organizações*, sobretudo empresariais, tanto a natureza complexa de suas operações (orientadas pelas relações econômicas contemporâneas) quanto a amplitude e fragmentação de suas atuações, que apresentam uma estruturação diversificada e igualmente complexa, compreendendo em muitos casos a figura do gestor, que atualmente assume graus igualmente diferenciados.

No entanto, a hipótese da qual se parte aqui é a de que a *teoria do domínio por organização*, de Roxin, não apresenta critérios apropriados, que permitam a sua simples transposição²⁰ a casos desta espécie. Disso, aliás, resulta que a resposta às questões de fundo, que orientam a presente investigação, passam, primeiramente, *pela revisão do próprio conceito de “domínio do fato”*, o qual, como se verificará, deve encontrar suporte em outras premissas (*onto-antropológicas*). Nesse sentido, o que se propõe aqui não é o pretensioso propósito de apresentar uma concepção teórico-dogmática pronta, mas sim, ao mesmo tempo em que se introduz o debate no âmbito brasileiro, apresentar uma concepção aberta, baseada em ideias que contribuam para a elaboração de uma resposta ao problema identificado.

Com isso, baseando-se em um método de abordagem transdisciplinar, em primeiro lugar, apresentam-se as principais vertentes que orientaram (e orientam) a construção da dogmática jurídico-penal contemporânea, bem com se procede à tomada de uma posição quanto a isso (1); em segundo lugar, analisa-se a construção teórico-dogmática do instituto da autoria à luz dos paradigmas existentes e os influxos exercidos pela ideia de autoria mediata

¹⁹ Um panorama conciso destes posicionamentos em AMBOS, Kai. *Direito Penal...* Porto Alegre: Fabris Editor, 2006. p. 47 e ss.

²⁰ O BGH alemão transferiu alguns princípios da teoria do domínio por organização aos fatos perpetrados por meio de organizações empresariais, conforme refere RÜBENSTAHL, Markus. Die Übertragung der Grundsätze zur Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auf Unternehmen durch den BGH. *HRRS*, n.º 10, 2003. p. 210 e ss., onde o autor desenvolve inúmeras críticas a tal transposição e à posição tomada pelo órgão jurisdicional; veja, ainda, com críticas BRAMMSEN, Joerg; APEL, Simon. Anstiftung oder Täterschaft? ‘Organisationsherrschaft’ in Wirtschaftsunternehmen. *ZJS*, n.º 3, 2008. p. 256 e ss.; compare, também, *infra*, p. 193 e ss.

sobre o seu desenvolvimento, bem como os déficits e consequências no que diz respeito à sua concretização, sendo que, após isso, adentra-se especificamente na chamada teoria do domínio por organização (2); em terceiro lugar, desenvolvem-se diretrizes que sirvam de respaldo para apresentar uma resposta aos problemas identificados, resposta que se assenta naquilo que aqui é designado de *domínio do fato social* (3).

CONCLUSÕES

O problema inicialmente colocado, que norteou a presente investigação, partiu da questão relativa à possibilidade de atribuição da posição de autor mediato àquele indivíduo que atua por trás de organizações empresariais, mesmo quando o executor é punível. Tal questão foi a propulsora do amplo debate desencadeado no meio germânico, a respeito da autoria em direito penal, a qual, inclusive, reconduziu tal categoria dogmática ao centro das discussões científicas. A razão disso assentava, sobretudo, em que a teoria do domínio do fato pelo domínio por organização, desenvolvida por Roxin, no ano de 1963, havia se apresentado como uma diretriz plausível para a solução de casos desta espécie. Logo, a partir da questão inicial exurgiu outra, a saber: a teoria do domínio por organização é aplicável aos crimes praticados por meio de organizações empresariais? A hipótese levantada foi a de que tal teoria não apresentava critérios apropriados, que permitissem a sua transposição automática a casos de crimes praticados por meio de organizações empresariais.

Esta problemática, porém, conduziu ao exame dos três principais paradigmas penais, a saber, o positivista-causalista, o ontológico-finalista e o funcionalista-normativista, bem como à análise do próprio conceito de autoria, construído à luz dos seus respectivos fundamentos. Verificou-se que o principal paradigma contemporâneo consiste no funcionalista-normativista, o qual tem no sistema teleológico-racional, representado por Roxin, sua vertente mais expressiva. A partir daí, foi possível estabelecer algumas conclusões.

1. A análise crítica dos fundamentos dos paradigmas positivista-causalista, ontológico-finalista e funcionalista-normativista (Parte I, I, 2), conduziu ao rechaço dos mesmos. O primeiro paradigma partia de uma concepção de ciência orientada por uma metodologia exclusivamente empirista e por uma visão mecanicista de mundo, a qual restringia a investigação humana à observação e à experimentação. Com isso, conduziu à construção de categorias dogmáticas incongruentes e insustentáveis, que não auxiliavam na aplicação do direito penal. O segundo paradigma assentava na ideia de que o seu fundamento deveria se encontrar em uma instância a ele transcendente, e isso conduziu à sua edificação com base na crença em uma realidade inamovível e inconcebível até mesmo sob a ótica da própria ontologia. Ademais, sob o ponto de vista epistemológico, tal paradigma orientou-se por um monismo metodológico, de acordo com o qual procura-se extrair o dever ser do ser. Já o terceiro paradigma, especialmente em sua vertente teleológico-racional, apresentou-se absolutamente incongruente, porque, de um lado, foi edificado a partir dos déficits do paradigma anterior, pois, embora rechaçasse suas bases ontológicas por obsoletas, conservava

suas consequências; e, de outro lado, procurou inferir sua construção teórica a partir de dados empíricos (questão já superada pela filosofia contemporânea de Popper).

2. Apesar dos déficits sistêmicos evidenciados, o paradigma ontológico-finalista teve o mérito de proporcionar uma primeira fundamentação teórica para a concepção de domínio do fato, enquanto critério para delimitação da autoria. Todavia, ao tomar a teoria finalista da ação como pilar de sustentação, a teoria do domínio *final* do fato evidenciava um excesso de subjetivismo inconcebível, de modo que não se apresentou suficiente para delimitar a ideia de autoria. Esse fator foi acentuado em razão do domínio *final* do fato sequer ter sido apresentado como o único critério para definir a autoria, mas sim como apenas *um* deles.

3. Em face da vagueza e da intangibilidade da concepção ontológico-finalista, a teoria do domínio do fato foi reformulada à luz do paradigma teleológico-racional, por Roxin. Seu ponto de partida foi o rechaço a um sistema unitário de autor e a consequente elaboração de um conceito aberto de domínio do fato, o qual parte de que autor é *a figura central* do processo delitivo, ou seja, é quem domina o acontecimento dirigido à realização do delito. Portanto, de acordo com isso, tem o domínio do fato quem aparece como a figura central da realização do delito, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento. A partir daí o jurista alemão delineou sua concepção orientada pela tripartição domínio da ação, funcional e da vontade. O primeiro estabelece que a autoria consiste no preenchimento integral do tipo por meio de atividade corporal (com as próprias mãos). O segundo estabelece que a coautoria consiste na realização do tipo baseada na divisão de trabalhos; e isso suporia o planejamento conjunto do fato, a execução conjunta do fato e a prática de uma contribuição essencial à etapa da execução. O terceiro estabelece que a autoria mediata consiste na realização do tipo penal por meio de um indivíduo que se utiliza de outro, enquanto instrumento que não atua livremente, posto que impunível, de modo que, o homem de trás domina a vontade do homem da frente, o qual é dominado em virtude de coação, erro ou aparatos organizados de poder.

4. Entretanto, da análise da concepção de domínio do fato, de Roxin, concluiu-se pelo seu rechaço, tanto em razão dos déficits apresentados quanto em razão da absoluta incompatibilidade com a ordem jurídico-penal brasileira. Nesse sentido, verificou-se que tal teoria é absolutamente vaga e incipiente, principalmente, porque o jurista não define o conceito de domínio do fato, mas tão só baseia-se na expressão “figura central”, a qual é excessivamente genérica e não constitui um critério. Com isso, a concepção de domínio do fato do jurista alemão padece do déficit identificado por ele mesmo em relação às concepções anteriores (de Hegler, Bruns, von Weber, Berges, Lobe, Schmidt e Welzel). Ademais, tal concepção de domínio do fato frustra as funções atribuídas à dogmática, e, por conseguinte,

apresenta déficits pragmáticos, na medida em que não auxilia a práxis judicial em suas decisões, ao contrário, conturba. Isso foi verificado especificamente em relação à chamada teoria do domínio por organização, visto que a jurisprudência alemã refere tê-la adotado, porém, o próprio Roxin rechaça a forma como ela tem sido aplicada e sua conseqüente adoção em casos de crimes praticados por meio de organizações empresariais. A teoria também é contraditória, visto que o jurista procurou desenvolver um conceito descritivo, porém, no mesmo contexto, rechaçou esta possibilidade e entendeu por apresentar um conceito normativo; certo é que não foi oferecido nem um nem outro conceito pelo jurista alemão. Entrementes, os dois principais déficits, que conduzem ao rechaço a esta concepção, consistem, de um lado, no excessivo apego a um empirismo, o qual torna a concepção quase casuística, e, de outro, no rechaço ao sistema unitário de autor como base fundante, sendo que isso torna tal teoria absolutamente incompatível com a ordem jurídica brasileira.

5. O rechaço aos fundamentos dos paradigmas penais referidos permitiu evidenciar a necessidade de seguir por outra via, a qual assenta no chamado paradigma onto-antropológico (Parte III, 1, 1.1). De acordo com isso, concluiu-se que qualquer sistema jurídico que pretenda deduzir suas categorias de maneira exclusivamente intra ou extrassistêmica, sem levar em conta o homem *em suas relações*, como referencial, será equivocado. No entanto, o paradigma onto-antropológico evidencia que essa perspectiva relacional somente é possível a partir de uma nova forma de pensar as estruturas do direito penal, a qual deve ter por fundamento o “ser social”, enquanto complexo de relações que mantém com outros homens e com as coisas. Isso porque todo o ordenamento jurídico tem um *caráter relacional*, na medida em que as relações pessoais do homem são o que identifica o discurso jurídico como tal. A partir disso, extraiu-se que a própria categoria dogmática da autoria deve ter como referência fundamental o homem em suas relações concretas, ou seja, o homem como ser social. Nesse sentido, foi necessário estabelecer algumas premissas, à luz do paradigma onto-antropológico, que possibilitassem delinear uma nova estrutura para o instituto da autoria, as quais seguem no seguinte sentido: o direito penal é uma ordem relacional, que tem como função primordial a proteção de bens jurídicos; tais bens jurídicos devem ser entendidos como manifestação de um interesse ou valor pessoal ou comunitário; o princípio da ofensividade tem elevado o seu papel, na medida em que insere a noção de resultado na posição de pedra angular do ilícito-típico.

6. Em face disso, concluiu-se que o próprio instituto da autoria deve ser definido à luz de tais premissas (Parte III, 2). Tal aspecto conduziu à revisão do instituto da autoria à luz do paradigma relacional onto-antropológico, de modo a compreender a complexidade própria da

criminalidade praticada por meio de organizações empresariais. Em vista disso, quatro diretrizes foram levadas em conta para atingir este fim, a saber: a) em primeiro lugar, verificou-se que o ponto de partida do conceito de autoria, no contexto brasileiro, consiste no *sistema unitário reduzido de autor*, o qual admite a diferenciação entres os participantes no fato punível; b) a opção do legislador brasileiro pelo *sistema unitário reduzido de autor* implica o rechaço às teorias edificadas sobre a base de um sistema diferenciador (como a de Welzel e a de Roxin), mas não à *ideia* de domínio do fato, de modo que é necessário construir uma concepção, que coadune com o sistema brasileiro vigente; c) apesar da incompatibilidade das teorias anteriores com o ordenamento jurídico-penal brasileiro, alguns tribunais pátrios utilizaram tais concepções de domínio do fato como diretrizes para a delimitação da autoria e suas respectivas modalidades (autoria imediata, mediata e coautoria), porém, não há homogeneidade nos critérios utilizados pelos tribunais, sendo que, em alguns casos, evidencia-se certa incongruência; d) o domínio do fato deve ser delimitado em seu conteúdo, de modo a representar um critério legítimo para definição da autoria, sobretudo, nos casos de crimes praticados por meio de organizações empresariais, sendo que isso implica a observância às diretrizes normativas instituídas pelo legislador brasileiro.

7. Um conceito de autoria baseado no critério do domínio do fato deve partir de uma perspectiva relacional onto-antropológica. De acordo com isso, a ideia de domínio do fato deve representar o *critério determinante* da autoria, mediante a aferição das relações do ser com o *outro* e o conseqüente resultado, o qual se caracteriza pela ofensa a um bem jurídico. Nesse sentido, alguns aspectos fundamentais devem ser levados em conta:

a) Tanto a legislação quanto a jurisprudência brasileiras deixam claro que o domínio do fato é critério suficiente para determinar a autoria, logo, o domínio do fato deve ser entendido como o único critério plausível para este fim.

b) Um conceito de domínio do fato pragmaticamente útil deve partir da compreensão do crime como fenômeno jurídico relacional, o qual, baseado no ser social, supõe o *outro* como detentor do bem juridicamente protegido. Isso conduz ao entendimento de que, desde a perspectiva do *ser social*, a relação entre o ser-autor e o ser-vítima tem sua conexão representada pela ofensa ao bem jurídico, a qual pode se estabelecer não só por meio da lesão ao bem jurídico, como também pelo “por-em-perigo”, sendo que tal ofensa se traduz na ideia do *resultado*. A ideia de domínio do *fato* supõe o domínio do resultado; logo, assenta no domínio sobre a realização típica, porém, tal realização típica orienta-se pelo resultado danoso ou pelo resultado perigoso, mais precisamente, pela ofensa ao bem jurídico.

c) A expressão *domínio* não é uma expressão propriamente jurídica, de modo que, a

melhor representação, na qual a ideia de *domínio* assume um caráter relacional, encontra-se na sociologia de Weber, o qual estabelece que todo domínio se manifesta e funciona como administração. Nesse sentido, toda administração necessita, de alguma forma, de domínio, pois, para sua condução, deve-se colocar algum poder de comando nas mãos de alguém. Disso se extrai uma representação material do conceito de domínio, o qual deve ser entendido como *poder de condução*. Nesse sentido, o *domínio do fato* deve ser entendido como a *possibilidade de controlar, em razão do poder de condução*, e isso se traduz como a *possibilidade de realizar, interromper, impedir ou dar continuidade a um fato*. Tal fato, entretanto, deve ser o fato punível em sua totalidade, o qual tem seu ponto de conexão relacional no resultado. Logo, o referencial é o tipo e sua realização, *com todas as suas circunstâncias, no momento e na forma mais apropriada para atingir o resultado*, representado pela ofensa ao bem jurídico.

d) O domínio do fato deve ser um conceito descritivo, pois somente assim cumpre com as funções e com os fins pragmáticos que são atribuídos à dogmática. Em face disso, deve-se definir o *domínio do fato como a possibilidade de controlar, em razão do poder de condução, a realização típica – com todas as suas circunstâncias, no momento e na forma mais apropriada – e o respectivo resultado delitivo*. Em outras palavras, pode-se entender o domínio do fato como *o domínio sobre a ofensa ao bem jurídico-penal*.

e) A ideia de domínio do fato somente se aplica aos crimes comissivos dolosos. Isso não significa que a teoria do domínio do fato seja uma teoria do dolo, o que ocorre é que o resultado nos crimes culposos não é praticado por uma conduta orientada à sua causação, mas sim, é *decorrente justamente de um déficit de domínio do fato em relação ao resultado*. Quanto a isso, é suficiente observar que o resultado culposos é causado em razão da falta de cuidado objetivamente devido, e nisso radica tal *déficit*.

8. Em unissonância com a opção por um sistema unitário reduzido, o qual exige a diferenciação entre as modalidades de participação no fato punível, o legislador brasileiro, embora não tenha definido conceitos, estabeleceu importantes diretrizes que contribuem com a elaboração de uma diferenciação entre as modalidades de autoria, não só conceitual como também material. Assim, verificou-se que o legislador distinguiu três modalidades de autoria, a saber: autoria imediata (art. 62, IV do CP: “*executa o crime*”), coautoria (art. 16 da Lei n.º 8.137/1990 e art. 25, da Lei n.º 7.492/1986: “*co-autoria*”) e autoria mediata (art. 62, I do CP: “*dirige a atividade dos demais agentes*” e art. 5.º, XLIII da CF: “*mandantes*”). Em vista disso, cada uma delas deve ser analisada à luz da concepção de *domínio do fato* proposta, observando-se que à cada modalidade corresponde uma subcategoria de domínio, a saber: o domínio do resultado, o domínio operacional e o domínio social.

9. Partindo da ideia de domínio do fato pelo domínio do resultado foi possível definir o autor imediato (individual) como aquele que possui o poder de controlar, por si mesmo, de forma direta, a realização, interrupção, impedimento ou continuidade da realização típica, bem como o resultado ofensivo ao bem jurídico. Sinteticamente, autor imediato (direto) é aquele que domina, por si mesmo, de forma direta (sem a colaboração de terceiros), a ofensa ao bem jurídico-penal. Tal entendimento está inteiramente de acordo com a função preventiva do direito penal, visto que, com o efeito preventivo-geral, que está por trás da pena cominada, o legislador pretende afastar os indivíduos do cometimento de condutas lesivas a bens jurídicos. Ademais, está em total unissonância com o disposto no art. 62, IV do CP, sobretudo, em razão de que a expressão “*executa o crime*” cria cláusula abrangente, a qual abarca a ideia de produção do resultado delitivo, como ofensa ao bem jurídico. Ao contrário das concepções anteriores, tal conceito não está ancorado nos tipos penais da parte especial do CP, pois, vai além deles, de tal modo que é aplicável a qualquer tipo penal incriminador (quer seja da Parte Especial quer da Legislação extravagante) e, portanto, forma uma base lógico-objetiva, comum a todas as formas de autoria.

10. A ideia de coautoria deve ser caracterizada pela realização conjunta de um fato ofensivo ao bem jurídico, por meio do desmembramento da realização típica entre vários participantes, os quais, para a realização integral do fato, operacionalizam suas contribuições de acordo com a atribuição de papéis a serem desempenhados, em prol da consecução do resultado. Nesse sentido, a ideia de coautoria deve ser definida à luz do domínio do fato pelo domínio operacional, e, portanto, está condicionada ao preenchimento dos três pressupostos fundantes da coautoria, a saber: o *acordo objetivo de condutas*, caracterizado pelo desmembramento fático da realização típica, objetivamente, entre todos os participantes, de modo a evidenciar que a realização das contribuições em um determinado contexto social apresente o sentido de uma obra coletiva; a *realização conjunta do fato ofensivo ao bem jurídico*, de modo que cada coautor deve realizar uma contribuição, tanto física quanto psíquica (intelectual), realizada na fase de preparação ou de execução, mas que seja cocausal para a produção da ofensa ao bem jurídico; a *relevância causal das contribuições para a causação da ofensa ao bem jurídico*, a qual se manifesta não como causa, mas como componente necessário de uma condição suficiente para a produção da ofensa ao bem jurídico.

11. O ponto de partida para a definição da autoria mediata é o domínio social, o qual é representado pelo controle da realização, interrupção, impedimento ou continuidade da ofensa ao bem jurídico, perpetrada por meio de um instrumento em suas relações fático-sociais. De

acordo com isso, a ideia de instrumento assume papel decisivo na caracterização da autoria mediata. Verificou-se que o legislador brasileiro estabeleceu no Código Penal vários critérios norteadores da ideia de instrumento (arts. 20, § 2.º; 22 e 62, III do CP), sendo que, ao contrário da legislação alemã, estabeleceu a ideia de instrumento tanto punível quanto impunível. Logo, o debate secular, que se apresentou no contexto germânico, acerca da figura do instrumento punível ou impunível, não apresenta reflexo no âmbito brasileiro, face à opção legislativa e isso, inclusive, torna menos complexa a tarefa de apresentar uma solução para a questão inicialmente colocada. Ademais, a partir das diretrizes normativas, assentadas na ideia de instrumento tanto impunível quanto punível, foi possível distinguir dogmaticamente dois grandes grupos: a) autoria mediata com o uso de instrumento impunível, a qual compreende as hipóteses de instrumento a.1) que atua de forma atípica; a.2) que atua licitamente; a.3) que atua de forma inculpável; e b) autoria mediata com o uso de instrumento punível (responsável). No tocante ao instrumento punível, porém, foi necessário estabelecer um critério que possibilitasse atribuir ao homem de trás a posição de autor mediato e que, portanto, não permitisse o desvirtuamento desta modalidade de autoria, caracterizando-o como coautor ou mero instigador, a saber: a “disposição condicionada ao fato”.

12. Enquanto critério material, a teoria do domínio do fato, aqui representada, mostra-se útil para nortear, sobretudo, casos mais complexos de crimes, como aqueles praticados por meio de organizações empresariais. Isso, como foi demonstrado, somente pode ocorrer na hipótese de o controlador ou administrador, que exerça efetivamente a função, *controlar diretamente o fato típico causador da ofensa ao bem jurídico, ou seja, controlar por si mesmo, a realização, interrupção, impedimento ou continuidade da ofensa ao bem jurídico*. Logo, para a caracterização da autoria imediata, em tais casos, é imprescindível a participação efetiva na realização típica direcionada à causação da ofensa ao bem jurídico, ao contrário do critério abstrato, criado pela jurisprudência. Entretanto, em casos particularmente difíceis, como, por exemplo, o do gerente de instituição financeira, a solução é verificar, a cada caso, se este detém poder para *controlar por si mesmo, a realização, interrupção, impedimento ou continuidade da ofensa ao bem jurídico*, pois somente assim será possível lhe atribuir a autoria. Mas, para isso, deve-se observar que o simples controle, inerente à função do gerente, não é suficiente para atribuir-se ao mesmo a condição de autor, visto que o domínio do fato, conforme aqui proposto, constitui critério material que depende do direto e efetivo controle sobre a ofensa ao bem jurídico. Da mesma forma, no que diz respeito à coautoria, é imprescindível aferir pragmaticamente a realização conjunta do fato ofensivo ao bem jurídico, por meio do desmembramento da realização típica entre todos os participantes, os quais

operacionalizam suas contribuições, de acordo com a atribuição de papéis a serem desempenhados, em prol da consecução do resultado. Para tanto, deverão estar presentes os pressupostos mencionados, a saber, o acordo objetivo de condutas; a realização conjunta do fato ofensivo ao bem jurídico; e a relevância causal das contribuições para a causação da ofensa ao bem jurídico.

No que diz respeito à autoria mediata, verificou-se a necessidade de aferir, no caso de instrumento punível, a “disposição condicionada para o fato”. O principal problema, no caso de instrumento responsável, era afirmar a autoria mediata do gestor, quando o executor era um sujeito punível, de modo a não conduzir à coautoria ou à indução pelo homem de trás. A autoria mediata, como em qualquer caso regular, deve assentar no controle integral da realização típica dirigida à causação da ofensa ao bem jurídico, por parte do homem de trás, de modo que este possa *determinar* sua realização, interrupção, impedimento ou continuidade, em qualquer etapa do fato punível perpetrado pelo instrumento. Logo, a dificuldade prática, como se verificou, assentava não na figura do homem de trás, mas na figura do instrumento, enquanto executor livre, e na possibilidade do homem de trás, por meio de seu poder de condução, controlar a sua atuação dirigida à ofensa ao bem jurídico. As estruturas organizacionais da empresa, como constatado, compreendem circunstâncias do fato, das quais o autor mediato se utiliza, porém, jamais compreendem elemento ou pressuposto próprio da autoria mediata. Por conseguinte, como em qualquer caso de autoria mediata com executor punível, o critério apropriado e suficiente parece ser o da disposição condicionada do executor em causar a ofensa ao bem jurídico. Nesse sentido, o autor mediato, face à disposição condicionada do instrumento, se vale das circunstâncias estruturais do aparato e de seu poder de condução exercitado pela determinação ao mesmo da conduta ofensiva ao bem jurídico.