

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação da Faculdade Mineira de Direito

Paulo Henrique Moreira Campos

**AUTORIA MEDIATA ATRÁVES DAS ESTRUTURAS ORGANIZADAS
DE PODER:
aplicação da teoria do domínio do fato no direito penal brasileiro**

BELO HORIZONTE
2017

Paulo Henrique Moreira Campos

**AUTORIA MEDIATA ATRÁVES DAS ESTRUTURAS ORGANIZADAS
DE PODER:
aplicação da teoria do domínio do fato no direito penal brasileiro**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen

Área de Concentração: Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas

BELO HORIZONTE

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C198a Campos, Paulo Henrique Moreira
Autoria mediata através das estruturas organizadas de poder: aplicação da teoria do domínio do fato no direito penal brasileiro / Paulo Henrique Moreira Campos. Belo Horizonte, 2017.
118 f. : il.

Orientador: Guilherme Coelho Colen
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Concurso de pessoas (Direito penal). 2. Autoria. 3. Princípios gerais do direito. 4. Culpabilidade. 5. Código penal. 6. Responsabilidade penal I. Colen, Guilherme Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.222

Paulo Henrique Moreira Campos

**AUTORIA MEDIATA ATRÁVES DAS ESTRUTURAS ORGANIZADAS
DE PODER:
aplicação da teoria do domínio do fato no direito penal brasileiro**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. João Paulo Orsini Martinelli– Universidade Federal Fluminense (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Claudio Roberto Cintra Bezerra Brandão – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2017.

*Ao Grande Arquiteto do Universo, por toda a luz no meu caminho, à minha esposa,
Sofia, e à minha mãe, Rita, por todo amor ao longo da caminhada.*

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Arquiteto do Universo por tudo, sem o qual nenhum passo seria dado ao longo de todo esse caminho, que embora tortuoso, sempre acaba em destinos certos.

Ao meu orientador, Prof. Guilherme Colen, por toda a paciência, atenção e intervenções precisas, sem o qual não seria possível a conclusão deste trabalho. À todos professores da linha Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas do programa de Pós-graduação – Mestrado – em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, por todos os ensinamentos transmitidos.

À minha esposa, Sofia, por estar ao meu lado em toda esta jornada, sem me deixar desviar de meus objetivos, pelo amor e ajuda nos momentos de desânimo. A minha mãe, Rita, pela criação e direcionamento ao longo de todo meu caminho, por me ajudar desde os primeiros passos. A toda minha família e amigos pelos incentivos.

Ao meu chefe, Paulo Tavares, pela compreensão e apoio para conclusão do mestrado. Aos meus amigos da Polícia Civil de Minas Gerais, Diogo, Amanda, Valdomiro, Fábio e Domiciano, pela compreensão, pelas trocas de plantão e escalas adequadas para a realização do curso. À coordenadora do curso de Direito da FUNCESI, Prof. Renata, pelo incentivo para o meu aprimoramento, e a compreensão na elaboração dos quadros de horário. A todos os professores, e amigos, do curso de Direito da FUNCESI, pela troca de experiência e crescimento profissional.

E o pó volte a Terra, como o era, e o espírito volte a Deus, que o deu. Vaidade das vaidades, diz o Eclesiastes, tudo é vaidade. Além de ser sábio, o Eclesiastes ensinou a ciência ao povo. Ele pesou e perscrutou; dispôs numerosas máximas. O Eclesiastes aplicou-se à procura de sentenças agradáveis e a redigir com exatidão adágios verídicos. (Ec, 12, 7-10).

RESUMO

A presente dissertação aborda o tema do concurso de pessoas e as principais teorias sobre o conceito de autoria e participação. O trabalho investiga os conceitos de autoria e participação nos códigos penais brasileiros, fazendo uma abordagem desde o Código Penal de 1830 até o projeto do novo Código Penal previsto no PLS 236/2012 e seu substitutivo. Aprofundando na possibilidade de aplicação do conceito de autoria mediata através de instrumento capaz no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Concurso de pessoas. Autoria. Participação. Autoria Mediata. Teoria do Domínio do Fato.

ABSTRACT

This dissertation is about the concurrence of people and the main theories on the concept of authorship and participation. This work investigates the concepts of authorship and participation in the Brazilian penal code, making an approach to the 1830 Penal Code to the design of the new Criminal Code provided for in PLS 236/2012 and its replacement. Deepening the possibility of applying the concept of mediate authorship through capable instrument in the Brazilian legal order.

Keywords: Concurrence of People. Authorship. Participation. Mediate Authorship. Fact Domain Theory.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Supremo Tribunal Federal Alemão)
BGHSt	<i>Strafsenat für Bundesgerichtshof</i> (Senado/Câmara Criminal do Supremo Tribunal Federal Alemão)
CP	Código Penal Brasileiro
CPI	Corte Penale Internazionale
EOP	Estruturas Organizadas de Poder
HC	<i>Habeas Corpus</i>
KGB	<i>Komitet gosudarstvennoi bezopasnosti</i> (Comitê de Segurança do Estado)
p.	Página
Rel	Relator
RGSt	<i>Urteil des Reichsgerichts über Strafsachen</i> (Decisão do Tribunal do Império em matéria penal)
SQP	Sala de Questões Preliminares do Tribunal Penal Internacional
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal Alemão)
STF	Supremo Tribunal Federal
TPI	Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	9
2.	EFICIÊNCIA E EXPANSÃO NO DIREITO PENAL.....	14
2.1	Da expansão do direito penal.....	14
2.2	As velocidades do direito penal.....	16
2.3	O princípio da eficiência.....	16
2.4	A eficiência no direito penal.....	17
2.5	A nova penalogia.....	19
2.6	A Lei das Organizações Criminosas na perspectiva expansionista.....	20
3.	AUTORIA E PARTICIPAÇÃO EM UMA ABORDAGEM HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA.....	25
3.1	Do concurso de pessoas.....	26
3.2	Teorias sobre o concurso de pessoas.....	28
3.3	Autoria.....	30
3.4	Participação.....	32
3.5	Formas especiais de autoria.....	34
3.6	Do concurso de pessoas no Código Criminal de 1830.....	35
3.7	Do concurso de pessoas no Código Penal de 1890.....	36
3.8	Do concurso de pessoas no Código Penal de 1940.....	37
3.9	Do concurso de pessoas no Código Penal de 1969.....	38
3.10	Do concurso de pessoas no Projeto de Lei do Senado n.º 236/2012.....	38
4.	AS DOCTRINAS DE AUTORIA ANTERIORES A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	42
4.1	Sistemas unitário e diferenciador.....	42
4.2	Conceito extensivo de autor.....	44
4.3	Conceito restritivo de autor.....	46
4.4	Teorias objetivas e subjetivas de autoria.....	47
4.4.1	<i>Teorias objetivas.....</i>	<i>47</i>
4.4.1.1	<i>Teoria objetivo-formal.....</i>	<i>47</i>
4.4.1.2	<i>Teoria objetivo-material.....</i>	<i>49</i>
4.4.2	<i>Teorias subjetivas.....</i>	<i>50</i>
4.4.2.1	<i>Teorias do dolo.....</i>	<i>51</i>

4.4.2.2 Teorias do interesse.....	53
4.4.3 <i>Teorias mistas.....</i>	55
5. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	57
5.1 Aspectos históricos do desenvolvimento da teoria.....	58
5.2 O domínio do fato.....	60
5.3 O modelo tripartido de domínio do fato.....	62
5.3.1 <i>Domínio da ação: autoria direta.....</i>	63
5.3.2 <i>Domínio funcional: coautoria.....</i>	65
5.3.3 <i>Domínio da vontade: autoria mediata.....</i>	68
5.3.3.1 Domínio da vontade em virtude de coação.....	70
5.3.3.2 Domínio da vontade em virtude de erro.....	72
6. DOMÍNIO DA VONTADE EM VIRTUDE DE ESTRUTURAS ORGANIZADAS DE PODER.....	76
6.1 Do rechaço a coautoria e a instigação.....	77
6.2 Domínio do dirigente sobre a vontade dos membros da organização.....	79
6.3 Dos elementos do conceito de autoria mediata através de estruturas organizadas de poder.....	82
6.3.1 <i>O poder de mando.....</i>	83
6.3.2 <i>A desvinculação do direito pela estrutura organizada de poder.....</i>	84
6.3.3 <i>A fungibilidade do executor direto.....</i>	85
6.3.4 <i>A disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.....</i>	87
6.4 Da (in)aplicabilidade do domínio da organização a criminalidade de empresa.....	88
7. CRÍTICAS A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	91
8. Autoria mediata através de estruturas organizadas de poder e o ordenamento jurídico brasileiro.....	97
8.1 Conceito restritivo de autoria e a teoria do domínio do fato.....	97
8.2 Autoria mediata nas estruturas organizadas de poder na ação penal 470.....	99
8. CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS.....	114

1. INTRODUÇÃO

O direito penal nas sociedades democráticas contemporâneas implica na compreensão da sociedade moderna com o surgimento de novos riscos sociais. A política criminal atual é caracterizada pela ampliação do tipo penal, ao mesmo tempo em que enfrentamos uma tendência de criminalização de diversas condutas, com a ampliação da atuação do direito penal por novos tipos de intervenção. Nesse contexto faz-se necessária a modernização do direito penal, com novas aplicações para o enfrentamento da atual criminalidade, o reforço de institutos que fortaleçam o caráter preventivo do direito penal e, ao mesmo tempo, tornem a persecução penal mais eficiente, buscando meios aprimorados para o enfrentamento da criminalidade organizada, estratégias que devem necessariamente estar associadas às conquistas do Estado Democrático de Direito e as garantias do direito penal.

A ausência de uma teoria delimitadora entre autoria e participação adequada, com critérios bem estruturados, poderia levar à verdadeiras distorções, sendo os executores punidos como autores, e aqueles que dominam a vontade destes, punidos somente pela participação, na medida de sua culpabilidade.

A teoria do domínio do fato trata-se de uma moderna teoria que delimita autoria e participação, possibilitando um campo maior de aplicação da autoria mediata e também delimitando melhor o campo da coautoria. A teoria surge em 1939 com o finalismo de Welzel e a tese de que nos crimes dolosos é autor quem tem o controle final do fato (JESCHECK, 1981, p. 897).

Preocupado com os crimes cometidos pelo nacional-socialismo, Roxin trabalhou novamente com a teoria que surgiu inicialmente com o finalismo de Welzel, e sua tese de que nos crimes dolosos é autor quem tem o controle final do fato.

A ideia de domínio do fato surge com Welzel, mas foi Claus Roxin, um dos maiores penalistas da atualidade, em sua obra "*Täterschaft und Tatherrschaft*", publicada em 1963, desenvolveu a teoria e deu projeção internacional à mesma. Era preciso desenvolver uma teoria que possibilitasse a punição, como autor e não só como partícipe, de quem emitisse uma ordem dentro de um aparelho organizado de poder.

A teoria do domínio do fato elaborada por Roxin, partindo do conceito restritivo de autor, sintetizou elementos objetivos e subjetivos, sendo autor, para a teoria, quem tem poder de decisão sobre a realização do fato.

Esta teoria pode completar uma preocupante lacuna no conceito de autoria no direito criminal brasileiro, traduzindo-se em uma importante ferramenta de argumentação jurídica, evitando injustos na imputação penal, delimitando com maior rigor metodológico, autoria e participação.

Recentemente a teoria do domínio do fato foi citada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Penal 470 pelo então ministro Joaquim Barbosa, o que gerou críticas por parte do também Ministro Ricardo Lewandowski (PERES, 2014), tendo o próprio Claus Roxin em entrevista à Folha de São Paulo manifestado preocupação acerca da aplicação da teoria de maneira equivocada (ROXIN, 2012).

É importante reconhecer os elementos e situações sobre as quais incidem esta teoria, tendo o próprio Roxin criado critérios e requisitos para sua aplicação, sob pena de se inverter a lógica do direito penal no Estado Democrático de Direito, tornando-se verdadeiro instrumento inquisitorial, sem coerência com o contexto probatório da persecução penal, distorcendo a finalidade da teoria e tornando-se verdadeira manifestação de uma responsabilização penal objetiva.

O direito penal brasileiro, mesmo tendo adotado a teoria restritiva de autoria, frente à complexidade moderna dos crimes praticados por organizações estruturadas, demonstra crescente preocupação com o autor mediato, dominador e planejador das ações dos executores (nesse sentido, as leis 9605/1998 – Crimes Ambientais e Lei 12850/2013 – Crime Organizado), o que torna cada vez mais frequente a adoção da teoria do domínio do fato em nosso ordenamento jurídico.

O próprio Roxin cria requisitos para aplicação da autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, afirmando *a priori* três requisitos: o domínio da organização em forma verticalizada, a fungibilidade do executor, e a atuação destas estruturas organizadas à margem da legalidade.

No ano de 2006, em uma conferência em Sevilha, Roxin ampliou para quatro as condições para o domínio da organização como forma de autoria mediata, estabelecendo também como requisito a disposição consideravelmente elevada do executor para a prática do delito (BITENCOURT, 2012).

Nestes termos, Cezar Roberto Bitencourt afirma:

Em outros termos, para que se configure o domínio do fato é necessário que o autor tenha absoluto controle sobre o executor do fato, e não apenas ostentar uma posição de superioridade ou de representatividade institucional, como se chegou a interpretar na jurisprudência brasileira. (BITENCOURT, 2012)

Desta forma, deve a posição de comando, assim como a ordem emitida, ser devidamente provada, sendo insuficientes meros indícios de sua ocorrência, devendo haver um juízo de certeza para a efetiva condenação.

Roxin trabalha com uma nova argumentação para buscar a autoria do “homem de trás”, frente à executores que possam ser penalmente responsabilizados, afastando a clássica limitação de autoria mediata, da coação ou erro do autor imediato. Nas formas clássicas de autoria mediata o autor imediato é instrumento do autor mediato para execução do crime, já na moderna teoria o instrumento passa a ser a própria estrutura organizacional de poder.

No ordenamento jurídico penal brasileiro, em sua maioria, os delitos previstos são monossujeitos, enquanto poucos delitos são plurissujeitos e, como tais, só podem ser praticados por mais de uma pessoa. Este modelo foi desenvolvido durante um período em que grande parte dos delitos eram praticados de forma individual, sem a participação de terceiros ou coautores.

Nesse ponto é importante analisarmos se a teoria do domínio do fato, especialmente em relação a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, possui viabilidade jurídica em nosso ordenamento.

É preciso verificar se a aplicação da doutrina de Roxin, observando os critérios e requisitos por ele estabelecidos, pode ser utilizada no direito penal moderno, considerando a realidade da sociedade brasileira atual e o crescente aumento dos crimes praticados por grupos e estruturas organizadas. Dentre esse quadro, algumas pessoas não executam o crime, porém possuem domínio do fato, realizando o planejamento, escolha de vítimas, financiamento, determinando as ordens a serem executadas.

Essa busca de um sistema penal mais eficaz e, portanto, com potencial preventivo ampliado, não deve ferir os princípios fundamentais do direito penal, evitando-se aplicações no campo prático da doutrina do domínio dos fatos a determinadas pessoas pelo simples fato de ocuparem posições hierárquicas superiores em determinada organização, para não regredirmos a uma responsabilização penal objetiva.

Através da teoria do domínio do fato os participantes dos ilícitos penais, mesmo não executando a conduta nuclear do tipo penal, poderão vir a ser penalizados como autores do fato típico, desde que provados os requisitos estabelecidos por Roxin.

Serão discutidos casos concretos que ilustrem a aplicação de tal teoria no Brasil, hipóteses de aplicação da teoria pelo Tribunal Penal Internacional e também outras hipóteses de aplicação tratadas pela doutrina, como no caso Eichmann, o caso da banheira, o caso Staschinskij, o caso dos guardas do muro de Berlim e também do ex-ditador peruano Alberto Fujimori.

Nesse contexto, é preciso verificar se a aplicação da teoria do domínio do fato, especificamente em relação a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, dentro de nosso ordenamento jurídico é capaz de conciliar as garantias fundamentais penais, e ao mesmo tempo, ser utilizada como teoria adequada a delimitação de autoria e participação.

A proposta é pensar em como a teoria do domínio do fato, que vem ganhando espaço na jurisprudência internacional, pode contribuir para o direito penal nas sociedades contemporâneas. Interpretar o Direito como regra e exceção, implicaria em, antecipadamente, trazer soluções que não observam os contextos e os contornos de um caso específico. É exigência do direito penal assegurar a todos um mesmo direito, e uma repressão uniforme, o que significa que:

Diante destes preceitos, inexistente *a priori* a melhor solução. Esta deve decorrer de uma postura simplesmente prática, a de tomar a norma penal como instrumento de delimitação entre o poder de intervenção do Estado e a liberdade individual. Isto significa que o exercício desse poder deve estar condicionado não por um sentido de utilidade social ou paz jurídica ou qualquer outro fim que o próprio Estado assenta, mas simplesmente, pela necessidade, nos casos expressos e precisamente configurados, de assegurar a todos os mesmos direitos. Nesse sentido, a norma pode ser tanto proibitiva ou impositiva. Sua validade depende não do fim a que se destine, senão da necessidade de sua promulgação e das garantias que ofereça. (TAVAREZ, 2000, p. 158)

Ao tratar de garantismo penal, Luigi Ferrajoli (2002), afirma que o instituto pode ser compreendido sob três acepções: no plano normativo, designa um modelo normativo de direito, quanto ao direito penal, de extrema legalidade, próprio do Estado de Direito; no plano epistemológico, se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; e no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico, como

um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Em consequência, é garantista todo o sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo e satisfaz de maneira efetiva, havendo, portanto, necessidade de efetividade para a existência de um direito penal garantista.

O primeiro passo será analisar o movimento expansionista do direito penal, a busca da eficiência, e o cada vez mais presente direito penal de terceira velocidade, buscando em Silva-Sanchez o conceito das velocidades do direito penal. Depois passaremos a uma breve análise sobre autoria e participação nas legislações brasileiras. Após serão analisadas as principais teorias delimitadoras de autoria e participação. Por fim será abordada a teoria do domínio do fato e a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder.

Seja no que diz respeito a forma como a teoria do domínio do fato vem sendo aplicada no direito internacional, assim como a teoria vem sendo aplicada pela jurisprudência brasileira, é preciso verificar se a teoria possui características contrárias ao princípio da presunção da inocência, ou qualquer repercussão probatória.

2. EFICIÊNCIA E EXPANSÃO NO DIREITO PENAL

O direito penal brasileiro, frente à complexidade dos crimes praticados por organizações estruturadas, demonstra crescente preocupação com esta nova modalidade delituosa. Nesse sentido a Lei 12850/2013 – Crime Organizado, o que torna cada vez mais frequente a adoção em nosso ordenamento jurídico de normas eficientes de combate à criminalidade.

Nas últimas décadas, é nítido um recrudescimento das estratégias de segregação punitiva no mundo, especialmente nos Estados Unidos, com o fenômeno da política da tolerância zero, embasada na teoria das janelas quebradas.

Porém, o fenômeno americano é facilmente percebido também no Brasil, havendo franca expansão da segregação penal. No Brasil, o fenômeno é perceptível em legislações que trazem condenações mais severas, encarceramento massivo, restrição à progressão de regime e discussão sobre encarceramento de menores.

A tendência expansionista esconde a impotência do Estado em face aos conflitos e tensões sociais, respondendo o legislador muito mais a pressões populares decorrentes da opinião pública do que efetivamente elaborando leis embasadas em estudos sérios acerca do tema. A utilização da teoria do domínio do fato pela jurisprudência brasileira ocorreu dentro deste contexto, mas é necessário verificar se a teoria traduz-se também em uma criação expansionista.

Da resposta à opinião pública decorre a falsa ideia de unidade do povo, em face a um inimigo interno, o “bandido”, selecionado entre os membros dos setores sociais menos favorecidos, tornando-se a violência uma obsessão coletiva.

A ideologia de segurança pública torna sacrificáveis direitos e garantias individuais conquistados ao longo da história sangrenta do direito penal. A mudança do foco, antes centrado em suas raízes estruturais e político-ideológicas, agora nos efeitos do crime, torna aceitável a limitação da liberdade, sacrificando-se garantias limitadoras ao próprio direito penal.

Assim, ataca-se o “criminoso” ao invés da violência estrutural, selecionando inimigos e imunizando outros, sob uma lógica da eficiência, oriunda do direito privado, fazendo verdadeira relação custo/benefício entre encarceramento e o custo de atuação estatal, com efeito nefasto à liberdade dos apenados.

2.1 Da expansão do direito penal

O direito penal deveria limitar-se à punição dos comportamentos humanos mais graves, que colocam em risco os bens jurídicos fundamentais ao indivíduo, as relações sociais e a própria existência do Estado.

Ocorre que a sociedade está inserida em um contexto complexo e dinâmico, havendo constante variação dos bens jurídicos fundamentais, surgindo novos bens jurídicos a serem tutelados, decorrentes de mudanças da sociedade, guerras, crises econômicas e pressões midiáticas.

Nesse sentido, Jakobs e Meliá asseveram que a introdução de novas normas penais com o intuito de tutelar efetivamente estes direitos acarretam o endurecimento de normas penais já existentes, ou a criação de novas normas penais, tutelando situações que antes não eram tuteladas pelo direito penal. (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 60).

Silva Sanchez apresenta, como algumas das causas da expansão do direito penal, o surgimento de novos interesses e o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização da insegurança e a sensação social de insegurança, a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, a identificação da maioria com a vítima do delito, o descrédito de outras instâncias de proteção, os gestores “atípicos” da moral, a política criminal da esquerda e o gerencialismo. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 27-74).

Tais fatores foram multiplicados em sua potência de atuação pela globalização econômica e a integração supranacional, que geraram modificações nas estruturas sociais e conseqüentemente do direito penal. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 75-96).

O direito penal abandona seu posto de *ultima ratio*, ganhando contornos de *prima ratio* perante a sociedade. Todos os fatores apontados por Silva Sanchez servem como legitimadores de um discurso de abandono progressivo das garantias fundamentais do direito penal clássico, afastamento de garantias do contraditório, ampla defesa, limitação da presunção de inocência, adotando-se um utilitarismo penal, com tendências autoritárias, com a justificativa maquiavélica de que os fins justificam os meios.

Diversas críticas podem ser traçadas em relação a este processo de expansão do direito penal, e, talvez a principal delas, consiste em não haver relação comprovada entre redução de garantias individuais e redução da criminalidade. Sob

esta perspectiva, o recrudescimento das políticas criminais não produziu redução dos índices de criminalidade. Nesse sentido Queiroz:

O Estado não pode intervir quão violentamente na vida dos cidadãos a pretexto de infundir um sentimento de segurança jurídica, pois a intervenção penal, por encerrar as mais contundentes e lesivas manifestações sobre liberdade das pessoas, não pode ter lugar senão em situações de absoluta necessidade e adequação. (2005, p. 53).

Nesse contexto, ocorre uma aproximação preocupante com o que Silva Sánchez chamou de uma possível terceira velocidade do direito penal, talvez encontrada no Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs, conforme abordado no próximo tópico.

2.2 As velocidades do direito penal

Ao lidar com o tema da expansão do direito penal, Silva Sanchez delimita duas velocidades do direito penal, e uma terceira velocidade, tendência da expansão.

Para o referido autor a primeira velocidade estaria associada a um direito penal clássico, no qual ocorre a prevalência das penas privativas de liberdade, e, portanto, deve-se observar a manutenção das garantias penais e processuais.

Porém, este modelo seria insuficiente para efetivar a persecução criminal perante a criminalidade moderna, principalmente com relação às organizações criminosas e aos crimes econômicos. Diante desta inviabilidade de manutenção das garantias clássicas, surge a segunda velocidade, flexibilização ou redução destas garantias penais e processuais penais. Proporcionalmente não se pode aplicar à pena privativa de liberdade, devendo o Estado valer-se de penas restritivas de direito e de mecanismos consensuais de pena. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 146-147).

Por fim, Sanchez reconhece a existência de uma terceira velocidade do direito penal, que guarda estreita relação com o Direito Penal do Inimigo de Jakobs, com redução das garantias individuais, sem abrir mão da pena de prisão (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 148-151).

2.3 O princípio da eficiência

Em um mercado globalizado onde fatores econômicos são determinantes para o sucesso político de um governo, a sociedade exige do Estado uma crescente proteção social de seus cidadãos, ao mesmo tempo em que a lógica neoliberal quer um Estado enfraquecido e reduzido.

Assim, cabe ao Estado a gestão das atividades que não são de interesse do mercado, enquanto as demais atividades devem ser geridas pelo setor privado, e subsidiariamente pelo Estado.

A emenda constitucional n.º 19/1998 introduziu, entre os princípios que devem nortear a administração pública, o princípio da eficiência, que determina o alcance de um resultado maior, quantitativo e qualitativo, com menor custo - fazer mais e melhor com menos. (BRASIL, 1998).

Nem sempre a aplicação do princípio da eficiência implicará em redução dos custos em busca de determinado resultado, podendo também implicar em um alcance maior e melhor dos resultados com os recursos econômicos disponíveis. Dentro da lógica liberal, eficiência da atuação estatal significa fazer mais com menos recursos, enquanto que, para uma lógica mais social, eficiência é o Estado ter condições econômicas e estruturais para responder às demandas da sociedade. (KOSSMANN, 2010, p. 67).

2.4 A eficiência no direito penal

Na obra *Eficiência e Direito Penal*, Silva Sanchez, assume como eficiente a conduta *“cujas vantagens globais (sociais) superam os custos, independentemente de que estes custos recaiam sobre alguém em concreto e, em razão disso, o prejudiquem”* (SILVA SANCHEZ, 2004, p. 6-7).

O autor espanhol classifica o delito como sendo uma conduta ineficiente, vez que se traduz em transferência de riqueza realizada à margem do mercado. Assim, se o delito não fosse um ato ineficiente, sendo benéfico ou neutro, não haveria razão para sua punição.

Sendo o delito um ato ineficiente, uma análise econômica do direito penal necessita ser realizada eficientemente, calculando os custos e vantagens de cada ação estatal.

O sujeito somente praticará um delito, se a sanção esperada para aquele delito for inferior às vantagens esperadas pela realização do ato, correspondendo a

teoria criminológica da escolha racional. Esta escolha racional do sujeito ativo estaria também relacionada à relação custo/benefício, à concepção do sujeito ativo dentro de um Estado liberal. (SILVA SANCHEZ, 2004, p. 11-12).

Porém, esta teoria foi superada, com a constatação de que os homens não estão em mesma condição de analisar friamente as vantagens e desvantagens de sua conduta, estando, portanto, sujeitos a outros fatores para prática delituosa, além do cálculo do custo/benefício do delito.

Assim, a criminalidade pode ser combatida não só com o aumento dos custos do crime, penas mais severas, restrições de direitos e garantias, mas também mediante ampliação das alternativas legais que tornem outras condutas mais vantajosas ao sujeito, como redução no nível de desemprego.

Para Silva Sanchez a dificuldade em se estabelecer a relação de custo/benefício para o indivíduo estaria justamente no fato de que esta relação poderia variar de indivíduo para indivíduo, concluindo que, além da relação de custo econômico, temos também outros valores que devem ser levados para construção da relação custo/benefício (SILVA SANCHEZ, 2004, p. 20). Como veremos no próximo tópico, a “Nova Penologia”, contorna este problema abandonando o conceito de indivíduo para construção da teoria penal, partindo do conceito de grupos de risco.

Diante desta relação de custo/benefício para o cometimento do delito, a atuação estatal deve partir de um conceito eficiente para combater o ato ineficiente que se traduz no cometimento do delito.

Dois dos fatores que determinam a relação custo/benefício para o cometimento do delito são a pena cominada a ele e a certeza da sanção, caso a conduta ilícita seja praticada traduzindo-se na prevenção geral. Assim, quanto mais reprovável a conduta para o Estado, maior deverá ser a pena para aquele delito, e maior ainda deverá ser a efetividade da repressão, para que, em uma relação de custo/benefício da atuação do Estado, se reduza a ocorrência destas condutas.

Ressalte-se que a prevenção geral é o meio de combate à criminalidade menos custoso, e, nessa medida, mais eficiente, vez que não recobra uma atuação do Estado para a inoccorrência de um delito. Por outro lado, se outros ramos do direito menos custosos forem eficazes ao combate e prevenção da ocorrência de um delito, aqueles deverão ser priorizados, sendo o direito penal o ramo mais custoso de atuação, não devendo ser acionado quando estivermos diante de atos que não

forem ineficientes.

Para reforçar a prevenção geral deve-se adicionar custos adicionais à pena e aumentar a eficiência da atuação do direito penal. A disposição para o cometimento de um delito será tão maior quanto for atrativa a conduta e tão menor quando se percebe que aquele, que infringe a norma, é efetivamente sancionado.

As políticas criminais, portanto, devem ser projetadas levando-se em consideração os custos dos delitos e os custos das penas.

A principal crítica à análise efficientista do direito penal está no fato de que uma análise de custo/benefício da persecução criminal, muitas vezes, pode levar ao afastamento (segunda velocidade) ou até mesmo à anulação (terceira velocidade) de garantias e direitos individuais, na medida em que uma atuação eficiente do Estado pode demandar o afastamento das garantias, que serão levadas em consideração ao estabelecer os custos da atuação do direito penal. É neste cenário que a doutrina deve se preocupar com como será aplicada a teoria do domínio do fato em nosso ordenamento, especialmente quando diante da autoria mediata nas estruturas organizadas de poder.

2.5 A Nova Penologia

Partindo deste cenário de expansão do direito penal e a busca de um direito penal mais eficiente, Feeley e Simon destacam em seu artigo que as estratégias penais tornaram-se mais conservadoras após os anos 70.

Para reforçar estes novos discursos de uma “nova penologia”, eles destacam três mudanças em áreas distintas:

1. a emergência de novos discursos: em especial, a linguagem da proporcionalidade e do risco substitui cada vez mais os antigos discursos acerca do diagnóstico clínico e do julgamento retributivo;
2. a formação de novos objetivos para o sistema: os objetivos que temos em mente não são novos para o sistema (alguns deles têm antecedentes antigos), mas são de alguma forma “sistêmicos”. Estamos especialmente interessados na crescente primazia dada ao controle eficiente dos processos intrassistêmicos que ocupam o lugar dos objetivos tradicionais de reabilitação e controle do crime. Metas como a redução da “reincidência” sempre foram internamente planejadas, mas, no cenário contemporâneo, a sensação de que algum referente social externo seja almejado tem se atenuado;
3. a utilização de novas técnicas: essas técnicas visam aos infratores como um agregado substituindo as técnicas tradicionais destinadas a individualizar ou criar equidade. (FEELEY; SIMON, 2012, p. 19-20).

O ponto crítico na nova penalogia é o crescimento modesto dos crimes comunicados, por um lado, e o crescimento massivo do encarceramento, por outro lado, porém, sem redução da criminalidade.

Nesse sentido, toda atuação do Estado é voltada a uma eficiência sistêmica do direito penal. Abandona-se o crime como um fator moral ou clínico, adotando uma linguagem atuarial, de cálculos probabilísticos, distribuições estáticas aplicas à população, visando principalmente a neutralização de grupos de risco.

O indivíduo não é mais o foco da pena, ele se desloca para os grupos de risco gerenciáveis. Não sendo possível eliminar o crime, é preciso torná-lo tolerável por meio de uma coordenação sistêmica através da atuação estatal. Se, antes, a reincidência alta representava o fracasso do direito penal, agora, representa o sucesso dos aparatos de controle (FEELEY; SIMON, 2012, p. 25-26). Diminui-se a expectativa acerca da sanção penal.

Nesse contexto, a detenção preventiva surge como uma excelente saída para gerenciamento de riscos, com excelente custo/benefício, vez que o foco principal deixa de ser a punição, mas, sim, o gerenciamento do risco.

A nova penalogia produz formas consideradas mais eficientes, em uma relação de custo/benefício, para custódia e controle, com o surgimento de novas tecnologias para identificar e classificar o risco, do incremento de detenções variáveis de acordo com o risco previsto. Prisões de segurança máxima possuem elevado custo, portanto destinadas a grupos de elevado risco, enquanto medidas alternativas possuem baixo custo e destinam-se a grupos de baixo risco.

Conclui-se que a nova penalogia não entende a prisão como instituição capaz de modificar o caráter de indivíduos, mas como mero instrumento de gerenciamento de pessoas, sendo, ao mesmo tempo, causa e efeito do crescimento do encarceramento.

2.6 A Lei das Organizações Criminosas na perspectiva expansionista

A nova lei de combate ao crime organizado, dentro de um cenário expansionista, busca uma persecução criminal mais eficiente, com institutos que se enquadrem na nova penalogia.

Para a lei, é organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenadas, com divisão de tarefas entre seus membros,

ainda que informalmente, visando 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.

De imediato, nota-se a possibilidade de punição de meros atos preparatórios com pena de reclusão de três a oito anos - pena muitas vezes maior do que a pena máxima dos crimes que poderiam ser cometidos pela organização criminosa, vez que bastam crimes cuja pena máxima seja superior a quatro anos.

A nova legislação apresenta diversos instrumentos de repressão aos aparelhos organizados de poder, com nítido viés eficientista, trazendo a possibilidade de produção probatória através dos seguintes institutos:

- a) colaboração premiada;
- b) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
- c) ação controlada;
- d) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
- e) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
- f) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
- g) infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;
- h) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Sendo impossível esgotar o tema em relação a todos os institutos, vamos abordar aspectos eficientistas da delação premiada, da ação controlada, o acesso a dados cadastrais e da infiltração de agentes.

O instituto da colaboração premiada não é novo em nosso ordenamento, previsto anteriormente na extorsão mediante sequestro, na lei dos crimes hediondos, na lei de proteção a testemunha, na lei de drogas, dentre outros dispositivos legais, porém a legislação inova ao regulamentar a colaboração premiada.

O artigo 4º da referida lei oferece parâmetros para aferição da efetividade da

colaboração:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2013).

Em uma nítida relação de custo/benefício da delação premiada, poderá ser concedido ao colaborador uma série de benefícios:

- a) diminuição da pena até 2/3 (dois terços);
- b) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;
- c) perdão judicial;
- d) sobrestamento do prazo para oferecimento da denúncia;
- e) suspensão do processo, com a consequente suspensão da prescrição;
- f) não oferecimento da denúncia;
- g) redução da pena imposta na sentença pela metade;
- h) progressão de regime.

Os benefícios somente se destinam ao colaborador, comprovada a eficiência da colaboração, tratando-se de nítido instituto de gerenciamento de risco, vez que o Estado ignora a lesão ao bem jurídico cometida pelo colaborador, para poder punir efetivamente os demais membros da organização.

Ressalte-se que, para colaborar em seus depoimentos, o delator deverá renunciar ao direito ao silêncio e deverá prestar compromisso com a verdade, havendo nítida supressão de garantia individual, em prol do *jus puniendi* do Estado. O direito ao silêncio é garantido constitucionalmente no Brasil (art. 5º, LXIII, da CRFB) (BRASIL, 1988). Ocorrendo restrição à referida garantia individual com efetiva aplicação de pena privativa de liberdade, há aproximação do instituto com o direito penal de terceira velocidade destacado por Silva Sanchez.

No mesmo sentido, a *ação controlada*, prevista nos artigos 8º e 9º, estabelece a possibilidade dos agentes policiais retardarem a prisão em flagrante para momento posterior, mesmo já havendo lesão ao bem jurídico tutelado, visando o momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. Novamente o dispositivo permite a violação a bens jurídicos tutelados, justificando o ato com base na eficiência probatória.

O artigo 15 da referida lei possibilita ao Delegado de Polícia e ao Ministério Público o acesso aos dados cadastrais dos investigados, independente de ordem judicial. Entre os dados acessíveis, encontram-se os dados junto a empresas telefônicas. Já existem questionamentos no Supremo Tribunal Federal se o referido dispositivo não fere o artigo 5º, inciso XII da Constituição, que trata sobre a inviolabilidade das comunicações telefônicas, sem autorização judicial.

De qualquer maneira é nítida a intenção do dispositivo de tornar mais célere os procedimentos investigativos, com limitação a garantias individuais, como o sigilo de dados cadastrais.

Por fim, o instituto da infiltração de agentes, previsto nos artigos 10 a 14, define a forma do procedimento, os direitos e os limites da atuação do agente infiltrado, sendo expresso o artigo 13 ao determinar que:

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa. (BRASIL, 2013).

Novamente estamos diante de um dispositivo efficientista que possibilita ao agente estatal, em prol da persecução criminal, até mesmo a possibilidade de cometer crimes, respondendo por eventuais excessos.

É dentro deste contexto que vem sendo aplicada a teoria do domínio do fato nas organizações criminosas, especialmente em relação ao autor mediato. A Lei 12.850/2013 traz institutos de combate à criminalidade organizada, baseados em mecanismos que se aproximam à terceira velocidade do direito penal, prevendo penas privativas de liberdade com efetiva anulação ou limitação a direitos e garantias individuais dos membros destas organizações.

O direito penal brasileiro, mesmo sendo a maioria dos seus institutos adstritos à primeira e à segunda velocidades do direito penal, frente à complexidade moderna

dos crimes praticados por organizações estruturadas, demonstra crescente preocupação com o autor mediato, dominador e planejador das ações dos executores.

São cada vez mais frequentes em nosso ordenamento jurídico mecanismos eficientes, em uma relação custo/benefício, que se aproximam da terceira velocidade do direito penal.

No entanto, a persecução penal da criminalidade organizada deve ocorrer nos moldes da primeira velocidade do direito penal, na classificação de Silva Sanchez (2002), respeitando-se as garantias e direitos individuais e aplicando-se penas privativas de liberdade, sem ofensa à Constituição Federal e demais dispositivos penais.

Observa-se que os institutos analisados da Lei 12.850/2013 não se enquadram na segunda velocidade do direito penal, vez que a flexibilização dos direitos e garantias individuais não está associada a penas restritivas de direitos, e sim a penas privativas de liberdade, vez que se tratam de crimes graves.

A interpretação e aplicação da legislação nos moldes da terceira velocidade do direito penal, com ofensa às garantias individuais, aplicando-se uma lógica de gerenciamento de risco pautada na relação eficientista do custo/benefício, é nitidamente inconstitucional, devendo o operador do direito aplicar a referida lei não perdendo de vista um direito penal garantista.

A investigação e o processo criminal, em crimes cometidos por estruturas organizadas de poder, devem observar os limites fixados para atuação do Estado. Deve-se conciliar a liberdade individual com a segurança da sociedade, sem possibilidade de sacrifício desproporcional da liberdade em prol da sociedade.

Deve-se buscar um sistema penal mais eficaz e, portanto, com potencial preventivo ampliado, porém, sem priorizar uma relação de custo/benefício. Não se deve ferir os princípios fundamentais do direito penal, evitando-se aplicações no campo prático de um Direito Penal do Inimigo.

3. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO EM UMA ABORDAGEM HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

O presente capítulo fará uma abordagem acerca do instituto do concurso de pessoas, adiantando as principais teorias relativas ao conceito de autoria e participação, as teorias de autoria serão abordadas de forma mais aprofundada no próximo capítulo, pesquisando a evolução histórica e aplicação destes institutos no âmbito do direito penal brasileiro, além de abordar o projeto do novo Código Penal previsto no PLS 236/2012 e seu substitutivo.

Certo é que a maioria dos delitos previstos em nossa atual legislação penal refere-se a atos praticados por uma só pessoa, no entanto, torna-se cada vez mais comum a associação de dois ou mais indivíduos para práticas delituosas, tornando a empreitada criminosa mais eficiente, reforçando a crescente tendência da organização do crime.

O novo projeto do Código Penal parece indicar que a clássica definição de autoria e participação no direito penal brasileiro é insuficiente para enquadrar as condutas perpetradas por pessoas em posições de domínio em organizações hierarquizadas e altamente estruturadas, como hoje se traduzem as organizações criminosas.

A reforma do Código Penal de 1984 optou em nosso ordenamento, por um conceito restrito de autoria, nos termos do sistema diferenciador adotado, caracterizando a participação essencialmente como uma intervenção secundária, enquanto a autoria compreende tanto quem pratica pessoal e diretamente a figura delituosa, mas também quem se serve de outrem como instrumento para prática delituosa – autoria mediata.

Nessa linha, autor é todo aquele que pratica o verbo nuclear do tipo penal, sendo que a participação, instigação e cumplicidade dependem de uma norma de extensão de punibilidade para tornar o comportamento destes últimos puníveis, uma vez que o comportamento destes não está inserido no tipo penal incriminador.

A autoria mediata, por sua vez, se estrutura a partir do domínio do fato e de um autor atrás do outro autor, sendo o autor mediato aquele que comete um crime por meio de outro sujeito, utilizando-o como instrumento.

A doutrina tradicional admite que o autor mediato com o domínio sobre o fato, por erro ou coação sobre o executor, leva este a praticar o crime, devendo ser responsabilizado penalmente não o executor, mas sim o autor mediato.

No entanto, sob a justificativa de um efficientismo penal, esta classificação seria supostamente insuficiente para abranger situações em que o autor mediato exerce funções de comando em organizações extremamente estruturadas, à margem da legalidade, como o nacional-socialismo alemão, com uma estrutura hierárquica complexa, em que os executores nem mesmo são conhecidos pelo autor mediato, porém o autor imediato não age por erro ou coação, sendo sua conduta punível.

O PLS 236/2012 traz expresso em seu texto o conceito de autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, porém mantendo o conceito de autoria e participação presente no artigo 29 do atual Código Penal vigente em nosso ordenamento, utilizando tanto o conceito restrito de autoria, como a teoria do domínio do fato, nos moldes elaborados por Claus Roxin.

Assim, coloca-se em discussão as figuras da autoria e da participação, consoante o que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, e se as alterações propostas no projeto de lei vão trazer contribuições à sistemática penal ou ampliar o espaço de subjetivismo do operador do direito, com efeitos tão nefastos na liberdade dos apenados.

3.1 Do concurso de pessoas

Conforme destacado anteriormente, os crimes previstos em nosso ordenamento, em sua maioria, tipificam condutas cometidas por uma só pessoa. Porém, existe a possibilidade de que a maioria destes crimes seja cometido por mais de uma pessoa, e alguns delitos exigem para sua consumação mais de um autor.

Em sua obra *Teoria Jurídica do Crime*, Cláudio Brandão (2015, p. 180) afirma que concurso de pessoas é o nome dado a pluralidade de sujeitos ativos no delito, de forma que a doutrina trata de forma técnica o instituto, dando explicações próprias ao fenômeno que naturalmente ocorre em nossa sociedade.

A pluralidade de sujeitos ativos pode ocorrer nos crimes onde essa se encontra no próprio tipo penal, portanto chamados crimes de concurso necessário. Como exemplo amplamente tratado pela doutrina, a associação criminosa, antigo

delito de quadrilha ou bando, em que o próprio tipo penal exige para sua ocorrência, três ou mais pessoas. Outro exemplo consiste no crime de rixa, que somente ocorrerá com a presença de mais de dois autores:

Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa. (BRASIL, 1940).

Por outro lado, de acordo com a regra geral, os crimes de concurso eventual são aqueles que podem ser cometidos por apenas um autor, mas eventualmente também admitem o concurso de pessoas.

Para os crimes de concurso eventual precisamos de uma norma de extensão, uma vez que o tipo penal prevê a conduta de apenas um autor. Sem a norma de complementação do tipo, como ocorre também nos crimes tentados, estar-se-ia diante de uma hipótese de atipicidade. Esta norma de extensão está prevista no artigo 29 do Código Penal:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (BRASIL, 1984)

Como bem destacado por Brandão (2015, p. 181), o legislador optou pelo título *Do Concurso de Pessoas*, incluindo em seu conceito tanto o autor como o partícipe, ao contrário do Código de 1940, que adotava o termo *coautoria*, em decorrência do conceito extensivo de autoria adotado naquele Código.

A modernidade, a facilidade de acesso à informação e a comunicação rápida e segura acessível a todos, possibilitou também uma tendência crescente de condutas praticadas por agentes diferentes com ou sem divisão de tarefas. A organização criminosa passou a ser uma alternativa viável à prática delitiva devido ao elevado grau de especialização, eficiência dos métodos utilizados, lucro elevado, poder, influência, dificuldade imposta para investigações que envolvam toda a organização e impunidade dos membros não envolvidos diretamente na execução dos crimes.

Os crimes executados por indivíduos únicos continuam sendo a maioria e possuem um processo persecutório mais simples, por isso mais efetivo. Por outro lado, os crimes praticados por organizações criminosas, relativos a crimes contra administração pública, tráfico ilícito de drogas, crimes contra a ordem econômica e lavagem de capitais, com potencial lesivo dos bens jurídicos tutelados ampliados em proporção geométrica graças a estrutura organizacional, são de difícil elucidação e

geram uma sensação de impunidade, afetando principalmente o caráter preventivo do direito penal.

3.2 Teorias sobre o concurso de pessoas

Foi indicado até aqui, que ocorrerá concurso de pessoas quando, para o cometimento do mesmo delito, ocorrer a união de duas ou mais pessoas. A doutrina elaborou três teorias principais acerca do tema, discutindo se no concurso de pessoas haveria um único crime, ou vários crimes, sendo elas: Teoria Pluralista, Teoria Dualista e Teoria Monista.

Primeiro, para a teoria pluralista, ocorrerá verdadeiro fracionamento da ação criminosa, a pluralidade de agentes significa um real concurso de ações distintas, logo uma pluralidade de crimes. Cada participante contribui para a ocorrência do crime com uma conduta pessoal, com elemento psicológico próprio, havendo tantos delitos quantos forem os participantes da ação criminosa, respondendo cada envolvido por um crime próprio, autônomo.

Talvez a maior crítica direcionada a esta teoria está no fato de ignorar que a convergência de condutas dos participantes implica em uma única ação criminosa, com objetivo e resultado comum, do contrário, não estaríamos diante de uma hipótese de concurso de pessoas e sim de autoria colateral.

Já para a teoria dualista, diante de condutas criminosas praticadas em concurso de pessoas ocorrerão dois crimes, sendo um para os agentes que praticaram as condutas típicas propriamente ditas, através da moldura do tipo penal, chamados de autores, e outro crime para os agentes que praticaram uma atividade secundária na conduta delituosa, sem enquadrar sua conduta na moldura do tipo penal cometido pelos autores, sendo chamados de partícipes.

Assim, neste contexto, no concurso de pessoas teremos dois crimes, um praticado pelos autores e outro praticado pelo partícipe; o autor praticando a conduta do crime principal, executando o núcleo do tipo penal, e o partícipe integrando a conduta criminosa com condutas acessórias à realização do tipo principal.

Esta não é a atual teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro, porém, em alguns tipos penais, por política criminal, o legislador optou pelo rompimento da teoria monista, respondendo cada agente por crime distinto, conforme ocorre nos crimes de corrupção passiva e corrupção ativa, *in verbis*:

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (BRASIL, 1940).

Da leitura dos artigos 317 e 333 do Código Penal percebe-se que o legislador optou por responsabilizar o agente particular que oferece a vantagem indevida pelo delito do artigo 333, enquanto o funcionário público que aceita a vantagem indevida responderá pelo artigo 317 do Código Penal.

Por fim, temos a teoria monista, adotada de forma parcial no artigo 29 do Código Penal. Para esta teoria, o crime, ainda que cometido por várias pessoas, autores e ou partícipes, continua sendo um único crime, indivisível. Portanto todos os que efetivamente contribuíram para a ocorrência do delito, que somente ocorre pela totalidade da conduta dos envolvidos, autores e partícipes, responderão por um único crime.

Essa teoria, parte de outra teoria, da equivalência das condições necessárias à produção do resultado, onde todo aquele que contribui para a produção de um resultado, o causa em sua totalidade, devendo responder integralmente por ele.

Com a reforma do Código Penal de 1984, o disposto no art. 29, ratificou a adoção da teoria monista, ao dispor que há um só crime e que todos por ele respondem. Todavia, o legislador foi extremamente sensato ao acrescentar a expressão “na medida de sua culpabilidade”, o que implica que autor e partícipe responderão pelo mesmo crime, mas não pela mesma pena. Evitando decisões injustas em face da teoria monista, estabeleceu regras precisas para abrandar seus rigores, distinguindo a punibilidade de autoria e participação.

Segundo Eugênio Raul Zaffaroni (2002, p. 665) a correta interpretação do artigo 29 não pode implicar que todos os que concorrem para o crime são autores, mas sim que todos os que concorrem têm, em princípio, a mesma pena estabelecida

para o autor. Interpretação compatível com os parágrafos primeiro e segundo do artigo 29:

§ 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 deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (BRASIL, 1984).

Portanto, a reforma de 1984 trouxe como regra, a teoria monista, determinando o artigo 29 que todos os integrantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime, porém na medida de sua culpabilidade, permitindo uma efetiva dosagem de pena de acordo com a participação de fato e eficácia causal da conduta de cada partícipe e cada autor, devendo haver necessária individualização da pena.

3.3 Autoria

A conduta de um agente na ocorrência de um fato típico pode se dar através da autoria ou da participação. Importante destacar que o conceito de autoria não se restringe somente ao agente que pratica diretamente a conduta descrita no tipo penal, podendo ser também autor aquele que se utiliza de um instrumento para realização da figura típica.

Neste capítulo será abordado brevemente quatro teorias acerca da autoria: a teoria subjetiva, a teoria extensiva, a teoria restritiva e a finalista.

Segundo Brandão, a teoria subjetiva surge no século XIX, na jurisprudência do Tribunal do Império alemão, através de Von Buri (BRANDÃO, 2015, p.183). No mesmo sentido, a professora Beatriz Vargas Ramos, indica que Von Buri definia autor como aquele que deseja praticar um crime como próprio, atuando como autor, tendo *animus auctoris*, enquanto o partícipe é aquele que quer cometer o crime como alheio, atuando com a pretensão de prestar colaboração ao ato de outrem, agindo com *animus socci* (RAMOS, 1996, p.106).

Exemplificando, seria autor para teoria subjetiva o agente que subtrai coisa alheia móvel mediante grave ameaça utilizando uma arma de fogo, cometendo o delito para ele mesmo, enquanto o partícipe seria aquele que emprestasse a arma, com a intenção de colaborar com a ação criminosa do autor.

No entanto, a teoria foi duramente criticada justamente pela subjetividade e pelo elevado grau de indefinição inerente à função de definir quem quer o fato como de outro, e quem quer o fato como seu. Neste sentido, Bockelmann (Apud RAMOS, 1996, p.108-109), “*a mera vontade de cometer o fato, não como próprio, não pode transformar a culpabilidade do autor em culpabilidade do partícipe*”. A aplicação desta teoria poderia levar a absurdos quando estivéssemos diante de crimes de mando, respondendo o executor dos atos como mero partícipe.

Já a teoria extensiva do conceito de autor, ligada as teorias causais, indica que autores serão todos aqueles que tiverem dado causa a um resultado penalmente relevante. Portanto, todos que de alguma forma concorrem para a ocorrência de um crime serão autores, sendo irrelevante a verificação do grau de importância da conduta praticada por cada um. Esta foi a teoria adotada no Código Norueguês de 1903 (BRANDÃO, 2015, p. 184).

Neste sentido, Ramos (1996) indica que segundo Eduardo Correia e Bettiol, o Código Norueguês de 1903 concretizou a ideia de que não há a necessidade de sistematizar a diversidade de condutas na produção de um delito, sendo fundamental haver o nexo de causalidade, contido em cada um dos tipos previstos na parte especial, unindo-os na mesma cadeia causal em direção ao mesmo resultado (RAMOS, 1996, p. 105).

Por sua vez, para a teoria restritiva do conceito de autor, será autor aquele que realiza o verbo descrito no tipo penal. Como verbo descreve uma ação, só é autor aquele que realiza a conduta incriminada. Se alguém concorre para o crime, sem realizar o núcleo típico, será partícipe.

De fato, esta foi a primeira tentativa de distinguir cientificamente autor e partícipe com base em critérios objetivos. Para Zaffaroni (2002, p. 666) e Brandão (2015, p. 184), essa é a teoria mais adequada a luz do Código Penal brasileiro, do contrário, as disposições dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 29 seriam desnecessárias.

Por fim, temos a teoria finalista do conceito de autor, sendo autor aquele que tiver o domínio final do fato. Aquele que dirige o acontecer causal para a consecução da finalidade.

A teoria do domínio final do fato trata-se de uma teoria mais avançada do que as teorias tradicionais que delimitam autoria e participação, possibilitando um campo maior de aplicação da autoria mediata e também delimitando melhor o campo da

coautoria. A teoria surge em 1939 com o finalismo de Welzel e a tese de que nos crimes dolosos é autor quem tem o controle final do fato (JESCHECK, 1981, p. 897).

No entanto, Claus Roxin, em sua obra “Täterschaft und Tatherrschaft”, publicada em 1963, desenvolveu a teoria do domínio do fato, e deu projeção internacional à mesma. Com destaque a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, era preciso desenvolver uma teoria que possibilitasse a punição, de quem emitisse uma ordem dentro de uma estrutura de poder, como autor e não só como partícipe.

Assim, Roxin trabalha com uma nova argumentação para buscar a autoria do homem de trás, frente à executores que possam ser penalmente responsabilizados, afastando a clássica limitação de autoria mediata da coação ou erro do autor imediato. Nas formas clássicas de autoria mediata o autor imediato é instrumento do autor mediato para execução do crime, já nesta teoria o instrumento passa a ser a própria estrutura organizacional de poder.

3.4 Participação

A partir das teorias a pouco analisadas, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro admite o concurso de pessoas, diferenciando autor de partícipe, adotando, segundo doutrina majoritária, o conceito restrito de autoria.

Uma vez que o partícipe, através de sua conduta, não pratica o verbo do tipo penal incriminador, regra geral, sua conduta será atípica, e quando típica, aplica-se a teoria da acessoriedade, segundo a qual o acessório, conduta do partícipe, segue o principal, conduta do autor.

A necessidade de delimitação do conceito de partícipe decorre até mesmo da norma constitucional. Assim como o artigo 29 do Código Penal estabelece que todos os agentes incidem nas penas cominadas ao tipo penal, na medida de sua culpabilidade, a Carta Magna estabelece o princípio da individualização da pena:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (BRASIL, 1988).

Assim, autor será aquele que pratica a conduta descrita no tipo penal, enquanto partícipe é aquele que, sem praticar a conduta descrita no tipo, concorre para a ocorrência do resultado. Sendo o partícipe auxiliar ao autor do crime, portanto, possuindo natureza acessória.

A participação pode ser moral ou material. Na participação moral o partícipe incute no autor a determinação para a prática do delito. Nesse caso, o partícipe estimula a prática criminosa, atuando sobre a vontade do autor, não tomando parte na execução e nem no domínio do fato.

Na participação material, o autor recebe do partícipe auxílio material, através de um comportamento ativo, como exemplo, quem empresta uma arma de fogo e entrega as chaves de uma casa, para que o autor mate alguém que mora naquela residência.

A punição do partícipe, portanto, decorre não da conduta prevista no tipo incriminador, mas do seu favorecimento ou da causação, para a efetiva ocorrência do crime, praticado pelo autor.

Seguindo a lógica da acessoriedade, só poderemos conceber participação em um crime se os autores iniciam, no âmbito do *iter criminis*, a fase de execução, quando o bem jurídico tutelado começa a efetivamente ser lesado, tornando o fato punível. Contrário sensu, não havendo atos executórios, não há que se falar em participação. Nesse sentido o artigo 31 do Código Penal:

Art. 31 - 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. (BRASIL, 1984)

Esta acessoriedade é explicada pela doutrina com base em três teorias: teoria da acessoriedade extremada, teoria da acessoriedade limitada e teoria da acessoriedade restrita.

Para a acessoriedade extremada é suficiente que a conduta do autor seja típica para ensejar a punição do partícipe. A relevância jurídica da participação está relacionada à conduta principal que deve ser típica, excetuando-se, somente as circunstâncias agravantes e atenuantes da pena. Se o autor agisse, portanto, com erro de tipo, a conduta do partícipe também seria impunível, mas o mesmo não ocorreria se o autor agisse amparado por uma excludente da ilicitude.

Esta não é a teoria adotada em nosso ordenamento, defendida, no entanto, pelos autores que entendem que dolo e culpa integram a culpabilidade. Está era a teoria adotada na Alemanha até 1943.

Já na teoria da acessoriedade limitada, o partícipe poderá ser punido se a conduta do autor for típica e antijurídica, prevalecendo a punibilidade do autor, se este, por exemplo, praticar o crime por erro de proibição inevitável.

Pode-se concluir que o fato é comum a autor e partícipe, analisando tipicidade e antijuridicidade, mas a culpabilidade é individual. Essa é a teoria adota pelo Superior Tribunal de Justiça:

ABSOLVIÇÃO. LEGÍTIMA DEFESA. EXTENSÃO

O paciente e os corréus foram denunciados como incurso nas penas do art. 121, § 2º, IV, c/c o art. 29, ambos do CP, porque, em concurso e previamente ajustados, ceifaram a vida da vítima. O autor do homicídio foi absolvido pelo Conselho de Sentença em razão do reconhecimento de ter agido sob a excludente de ilicitude do art. 23, II, do CP (legítima defesa), decisão transitada em julgado. O impetrante alega a impossibilidade de condenação do partícipe ante a inexistência de crime. Diante disso, a Turma concedeu a ordem para anular o julgamento do paciente, estendendo-lhe os efeitos da decisão absolutória proferida em favor do autor material do ilícito, ao argumento de que, entendendo o Tribunal do Júri, ainda que erroneamente, que o autor material do crime não cometeu qualquer ato ilícito, o que ocorre quando reconhecida alguma excludente de ilicitude, no caso, a legítima defesa, não pode persistir a condenação contra o mero partícipe, pois a participação, tal como definida no art. 29 do CP, pressupõe a existência de conduta antijurídica. A participação penalmente reprovável há de pressupor a existência de um crime, sem o qual descabe cogitar punir a conduta acessória. HC 129.078-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25/8/2009.

Segundo as lições de Cláudio Brandão, esta é a melhor posição encontrada, sendo a conduta do partícipe punível somente diante da prática de um ato típico e ilícito por parte do autor (2015, p.186).

Por fim, segundo a teoria da acessoriedade restrita, a conduta do partícipe somente poderá ser punível se a conduta do autor for típica, antijurídica e culpável.

3.5 Formas especiais de autoria

Diante dos conceitos até então abordados, autor, em nosso ordenamento, é aquele que pratica a conduta típica descrita na lei. Porém, nem sempre essa descrição será suficiente para enquadrar o conceito de autor.

Quando o autor se serve de outra pessoa para o cometimento de um delito, sendo esta outra pessoa verdadeiro instrumento para realização do delito, e este

instrumento não é incriminado, estar-se-ia diante da hipótese de autoria mediata, pois o instrumento humano utilizado pelo partícipe não é autor, e nem partícipe.

A autoria mediata ocorre através da utilização de terceiros como instrumento para realização da conduta típica, enquanto o autor mediato possui controle sobre a ação do autor imediato. Brandão cita como exemplos em que há autoria mediata: a) a coação material irresistível; b) a coação moral irresistível; c) a utilização de um inimputável para a prática de um crime; d) quem provoca erro de tipo ou de proibição em outrem; e) do erro (2015, p. 188).

Na classificação tradicional não haverá autoria mediata quando o terceiro utilizado não é instrumento, mas sim autor, sendo plenamente responsável pelo ato praticado.

Preocupado com os crimes cometidos pelo nacional-socialismo, Roxin, trabalhou novamente com a teoria do domínio do fato, que surgiu inicialmente com o finalismo de Welzel, e sua tese de que nos crimes dolosos é autor quem tem o controle final do fato.

A teoria do domínio do fato elaborada por Roxin, partindo do conceito restritivo de autor, sintetizou elementos objetivos e subjetivos, sendo autor, para a teoria, quem tem poder de decisão sobre a realização do fato.

Recentemente a teoria do domínio do fato foi citada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal na ação penal 470, o que gerou críticas por parte do ministro Ricardo Lewandowski, tendo o próprio Claus Roxin em entrevista à Folha de São Paulo manifestado preocupação acerca da aplicação da teoria de maneira equivocada.

Através da teoria do domínio do fato nos moldes abordados por Roxin, os participantes dos ilícitos penais em estruturas organizadas do poder, mesmo não executando a conduta nuclear do tipo penal, poderão vir a ser penalizados como autores do fato típico, desde que provados os requisitos estabelecidos pelo autor, possibilitando a ocorrência da responsabilização do autor mediato, mesmo quando diante de autor imediato punível. Sendo, portanto, o homem de trás punido como autor mediato, e não como partícipe.

3.6 Do concurso de pessoas no Código Criminal de 1830

O Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830, dispunha:

Art. 4º São criminosos, como autores, os que commetterem, constringerem, ou mandarem alguém commetter crimes.

Art. 5º São criminosos, como complices, todos os mais, que directamente concorrerem para se commetter crimes.

Art. 6º Serão também considerados complices:

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 commetterem, ou pretendem commetter taes crimes. (BRASIL, 1830).

A primeira legislação penal brasileira distinguia, portanto, autores de partícipe. Naquela legislação eram considerados cúmplices os que praticassem receptação dolosa ou culposa, ou os que praticassem o atual delito de favorecimento pessoal.

A pena aplicada ao autor e partícipe seria a mesma, enquanto que ao cúmplice aplicava-se a pena relativa à tentativa, havendo redução de pena de um terço nesta hipótese, nos termos do artigo 35 daquele diploma (RAMOS, 1996, p. 171).

3.7 Do concurso de pessoas no Código Penal de 1890

O primeiro Código Penal dispunha sobre autoria e participação entre os artigos 17 ao 23:

Art. 17. Os agentes do crime são autores ou cúmplices.

Art. 18. São autores:

§ 1º Os que directamente resolverem e executarem o crime;

§ 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dadas, promessas, mandato, ameaças, constringimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica;

§ 3º Os que, antes e durante a execução, prestarem auxilio, sem o qual o crime não seria commettido;

§ 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido.

(...)

Art. 21. Serão cúmplices:

§ 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instruções para commettel-o, e prestarem auxilio á sua execução;

§ 2º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios;

§ 3º 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;

§ 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reuñem. (BRASIL, 1890).

O artigo 17 do Código Penal de 1890 estabelecia que os agentes dos crimes serão autores ou partícipes, embora utilizasse a nomenclatura de cúmplices em lugar de partícipes. O conceito de autor englobava o executor, o determinador e o mandante; já os partícipes eram os que instigavam a prática do crime, ou, os que na atual legislação, praticavam o favorecimento real ou pessoal, e a receptação.

Da leitura do dispositivo depreende-se que não havia cúmplice sem autor, sendo hipótese necessária de concurso de pessoas, enquanto era possível haver autor, sem cúmplice.

As penas tanto para autores, como para partícipes, eram idênticas as previstas no Código Imperial (RAMOS, 1996, p. 172).

3.8 Do concurso de pessoas no Código Penal de 1940

Por sua vez, no Código Penal de 1940, o legislador inovou ao separar o código em capítulos, trazendo um capítulo sobre a coautoria, passando a adotar a teoria monista, e o conceito extensivo de autor, considerando crime único e imputado a todos os agentes, autores ou partícipes. Nestes termos:

Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas. (BRASIL, 1940).

Porém, o artigo 42 previa que a pena seria atribuída aos coautores segundo a intensidade do dolo ou grau da culpa, termos que posteriormente foram substituídos por culpabilidade na reforma de 1984:

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável. (BRASIL, 1940).

A distinção que vigorava nos códigos de 1830 e 1890 foi abolida. Nos termos da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, “*todos os que tomam parte no crime são autores*” (BRASIL, 1940), adotando o código a teoria da *conditio sine qua non*, teoria da equivalência das condições (RAMOS, 1996, p. 173).

O artigo 27 previa a participação impunível nos termos do atual artigo 31 do Código Penal.

3.9 Do concurso de pessoas no Código Penal de 1969

O Código Penal promulgado em 1969, mas que não chegou a entrar em vigor, seguiu as disposições do código de 1940, substituindo a expressão “co-autoria” por “concurso de agentes”. O concurso de agentes foi disciplinado no artigo 35 do referido código, prevendo no §1º a punibilidade dos agentes nos termos de sua culpabilidade:

Art. 35. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a êste cominadas.

Condições ou circunstâncias pessoais

§ 1º A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (BRASIL, 1969).

A reforma da parte geral do Código veio com a Lei 7209 de 11 de julho de 1984, trazendo ao concurso de pessoas fórmula semelhante, substituindo concurso de agentes por concurso de pessoas, acrescentando no artigo 29 a expressão “na medida de sua culpabilidade”, indicando que autor e partícipe respondem pelo mesmo crime, porém com penas individualizadas.

3.10 Do concurso de pessoas no Projeto de Lei do Senado n.º 236/2012

Por sua vez, o Projeto de Lei do Senado 236/2012 em sua redação original dispunha no artigo 38:

Artigo 38. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§1º. Concorrem para o crime:

I - os autores ou coautores, assim considerados aqueles que:

- a) executam o fato realizando os elementos do tipo;
- b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo;
- c) dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para execução do crime; ou
- d) aqueles que dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder.

II – partícipes, assim considerados:

- a) aqueles que não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou
- b) aqueles que deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem. (BRASIL, 2012).

O projeto, visando ser moderno, definiu autores e partícipes, mantendo dispositivos antigos em sua integralidade. Percebe-se que o caput é igual ao atual artigo 29 do Código Penal, e o legislador ainda manteve todos os dispositivos dos atuais artigos 29 a 31.

Inspirado em Roxin, o legislador, após o caput, distingue três formas de autoria: a autoria direta ou imediata, caracterizada pelo domínio do fato, a autoria indireta ou mediata, que se refere à utilização de uma pessoa impunível como instrumento do crime, e a coautoria, referindo-se àqueles que executam o tipo de modo coordenado com outras pessoas.

Em análise ao dispositivo e ao seu substitutivo Luís Greco e Alaor Leite vislumbram como problema fundamental a manutenção do artigo 29, caput, do atual código vigente, com a definição expressa dos conceitos de autoria e participação, abandonado a simplicidade do conceito restrito de autoria, mantendo, no entanto, a generalidade do caput (GRECO, 2014, p. 182).

Os autores ainda apontam que a definição de autoria direta do projeto não é clara, uma vez que aquele que, realiza os elementos do tipo, pode também corresponder à conduta do autor mediato (GRECO, 2014, p. 182). Na alínea b, o projeto amplia o conceito de coautor, ou autoria intelectual, para hipóteses de auxílio material ou intelectual próprias de partícipes.

Por outro lado, o legislador introduz o conceito de autoria mediata em estruturas organizadas do poder, porém não menciona os demais requisitos para aplicação do instituto, o que poderia gerar uma ampliação indevida do alcance do conceito, contrária aos fundamentos do domínio do fato elencados pelo próprio Roxin. Assim, todo diretor de uma estrutura organizada de poder, legal ou não, correrá risco de ser considerado autor de um delito ocorrido dentro da estrutura daquela organização. A alínea d pode acabar sendo utilizada como verdadeira hipótese de responsabilização penal objetiva em nosso ordenamento.

Já ao definir o conceito de partícipe, o projeto repete na alínea a, conceito expresso no caput do artigo 38, e, em virtude do amplo conceito de autoria definido no inciso I, pouco restará para o conceito de partícipe (GRECO, 2014, p. 186).

O substitutivo ao PLS 236/2012 traz a seguinte redação relativa ao concurso de pessoas:

Artigo 35. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§1.º Consideram-se:

I - coautores aqueles que:

- a) ofendem ou expõem a risco bem jurídico mediante acordo de condutas;
- b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico;
- c) usam, como instrumento para execução do crime, pessoa que age de forma atípica, injustificada ou não culpável; ou
- d) usam aparatos organizados de poder para ofensa ao bem jurídico.

II - partícipes aqueles que:

- a) não figurando como coautores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime;
- b) deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem mas se omitem. (BRASIL, 2012).

As críticas ao projeto original permanecem. Mantem-se um sistema monista restritivo, e ao mesmo tempo diferencia-se autor, coautor e partícipe, segundo Greco, incrementa-se a complexidade do dispositivo, sem qualquer ganho em sua legalidade (2014, p. 191).

No discurso de justificativa do substitutivo do projeto, o reformador teria optado por um conceito unitário funcional de autor, com base científica na teoria do domínio do fato. Novamente para Leite e Greco as alterações pouco acrescentam, e

podem trazer prejuízos decorrentes da incompreensão dos dispositivos, até a aplicação equivocada da teoria do domínio do fato (GRECO, 2014, p. 199).

O tema concurso de pessoas passou por profundas modificações na legislação penal brasileira, inicialmente adotando-se um conceito unitário de autor nos códigos de 1830 e 1890, após, um conceito extensivo de autor em 1940, e consolidando-se um conceito de restrito de autor na reforma de 1984.

A teoria restritiva de autoria, em que pese não ser suficiente para cobrir as mais variadas e modernas ocorrências práticas do direito penal, trata-se de uma teoria consolidada que tem como uma de suas vantagens a simplicidade, permitindo o legislador, a individualização da pena ao inserir no artigo 29 o termo “*na medida de sua culpabilidade*” (BRASIL, 1984).

O Projeto de Lei do Senado n.º 236/2012 e seu substitutivo não parecem trazer ganhos ao conceito de concurso de pessoas, trazendo conceitos da teoria do domínio do fato, mantendo-se o *caput* do artigo 29 atual, e abrindo espaço para uma aplicação irresponsável do conceito de autoria mediata em estruturas organizadas de poder.

4. AS DOCTRINAS DE AUTORIA ANTERIORES À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

São inúmeras as teorias de delimitação entre autoria e participação, não sendo pretensão deste estudo o esgotamento destas teorias. No presente capítulo serão analisadas as teorias que exerceram maior influência no direito e também foram ponto de partida para as teorias atualmente utilizadas. Roxin destaca que são muitas teorias que tratam sobre o tema, e muitas têm apenas interesse histórico, ou simplesmente utilizam outros termos para as teorias que serão analisadas (ROXIN, 2000, p. 53).

O objetivo principal não é uma exposição histórico-dogmática dos pontos fortes e as críticas a cada uma destas teorias, mas situar as distintas concepções em relação ao estado atual da doutrina sobre autoria, e ressaltar aspectos relevantes destas doutrinas que ainda hoje apresentam resultados satisfatórios.

A teoria do domínio do fato, será abordada no próximo capítulo. Serão abordadas as teorias objetivas, formal e material, as teorias subjetivas e mistas. Embora o assunto tenha sido brevemente explorado no capítulo anterior, agora o tema será abordado de forma mais verticalizada.

Iniciaremos, no entanto, traçando um paralelo entre os sistemas unitário e diferenciador, e os conceitos extensivo e restritivo.

4.1 Sistemas unitário e diferenciador

O sistema unitário de autor tem como fundamento as premissas causalistas desenvolvidas no século XIX, por isso Bockelmann afirmava que o sistema unitário de autor depende do conceito causalista de crime (Apud ALFLEN, 2014, p. 56).

Em que pese não haver consenso em relação ao sistema unitário, a teoria se assenta no fato de que o autor realiza o fato típico, independentemente de sua contribuição ser de menor ou maior importância, negando a acessoriedade da participação, não havendo distinção entre autoria e participação.

Inicialmente desenvolvido por Stübel, em 1828, o sistema unitário partia da premissa de que todos os que concorrem para um fato delitivo, devem ser tratados da mesma forma do ponto de vista causal (ALFLEN, 2014, p. 57), devendo

responder pelo fato desde que sua conduta influenciasse no resultado. A diferenciação entre autoria e participação estaria restrita à aplicação da pena.

Em sua obra, Rodrigo Pablo Alflen, aborda os seguintes sistemas unitário de autor: formal, funcional e reduzido.

O sistema unitário formal de autor foi amplamente propalado por Liszt, traduzindo-se em uma corrente extremada, com um conceito amplo e aberto de autor, não fazendo distinção conceitual ou valorativa dos diferentes tipos de contribuição para o ato. A denominação de sistema formal decorre da unificação de todas as formas de cometimento do delito, não havendo diferenciações conceituais no âmbito do tipo, sem distinções entre autoria, indução, instigação, cumplicidade, coautoria e autoria mediata. Segundo Kienapfel o sistema falha ao não indicar o grau de contribuição de cada um dos autores, ficando a cargo do legislador criar critérios para definir penas diferentes, através de majorantes e minorantes da pena (KIENAPFEL apud ALFLEN, 2014, p. 58).

Já o sistema unitário funcional, elaborado por Kienapfel, reconhece as diferentes formas de autoria, embora sejam equivalentes e se sujeitem a mesma pena, sendo a diferenciação apenas conceitual, variando de acordo com o tipo penal (ROTSCH apud ALFLEN, 2014, p. 58-59). O sistema reconhece a autoria direta e a autoria mediata, sem reconhecer a participação, sendo autor imediato aquele que pratica o tipo penal por si, e mediato aquele que de qualquer forma participa da realização do tipo penal. É autoria mediata, portanto, qualquer forma de colaboração, instigação ou determinação da realização do tipo. O sistema formal reconhece apenas a figura do autor, já o sistema funcional reconhece a existência de outras formas de autoria (ALFLEN, 2014, p.59).

Por fim, o sistema unitário reduzido de autor, desenvolvido por Burgstaller, que também parte do pressuposto de que para todos aqueles que participam da realização do tipo penal incidem na mesma pena, porém admite que o desvalor da conduta de cada um dos autores pode ser diferente, cada espécie de participação deve ter um significado na atribuição da pena (ALFLEN, 2014. 59). O sistema unitário, dependente do conceito causalista de crime, não simplifica o sistema jurídico penal à qual ele deve servir, e transforma atos preparatórios em tentativas, já que qualquer contribuição causal eleva o sujeito a condição de autor (JAKOBS, 1997, p. 719).

Nesse sentido a crítica de Santiago Mir Puig a todo sistema unitário:

Los Derechos como el español —y el alemán— que distinguen expresamente entre autores y otros partícipes, no utilizan el concepto unitario de autor. Mas tampoco de lege ferenda parece preferible esta concepción a la distinción de autoría o participación, pues el planteamiento unitario desconoce la necesidad de matizar suficientemente las responsabilidades según su objetiva importancia social respectiva. (PUIG, 2008, p. 371).

Em oposição ao sistema unitário de autor, temos o sistema diferenciador, onde há diferenciação entre autor e partícipe. Para este sistema cada contribuição fática será analisada de acordo com sua importância para o resultado. Realiza o injusto como autor aquele que pratica a conduta descrita no tipo, sendo que o próprio tipo já delimita aquilo que é participação. O sistema é criticado por exigir do legislador rígidos critérios de diferenciação entre autoria e participação, o que seria extremamente complexo em alguns crimes, principalmente face as características da criminalidade moderna (ALFLEN, 2014, p.60).

4.2 Conceito extensivo de autor

O conceito extensivo de autor está associado ao sistema unitário de autor e parte da ideia de equivalência de todas as condições ao resultado. Torna-se imperioso reconhecer a instigação e a cumplicidade como formas limitadoras da pena, afastando a possibilidade das condutas serem diferenciadas quanto à sua lesividade somente na individualização da pena.

Todos que contribuem de alguma forma para a ocorrência do delito, de alguma forma são responsáveis por este, mas reconhece que a lei obriga a estabelecer graus de responsabilidade. Os tipos penais de participação aparecem como causas de restrição da pena, sem as quais todos devem ser responsabilizados como autores. Para que esta distinção seja realizada é necessário a utilização de critérios subjetivos, será autor quem age com ânimo de autor (*animus auctoris*) e participe quem age somente com ânimo de participação (*animus socii*), conhecida também como *teoria subjetiva da participação*, complemento usual do conceito extensivo de autor (PUIG, 2008, p.371).

Em sua obra, Rodrigo Alflen, esclarece que o conceito extensivo foi criado principalmente para justificar e fundamentar a autoria mediata. Citando Zimmerl, o autor esclarece, em relação a autoria mediata, que “*se a punição por instigação se torna impossível, surge justamente o preceito geral de que toda causação é punida*

como *autoria*” (ZIMMERL apud ALFLEN, 2014, p. 62). O conceito foi desenvolvido por Mezger, que afirmava que para a equiparação da autoria direta com a autoria mediata, é imprescindível a existência de resultado da conduta do autor mediato, com a produção exterior do tipo, havendo necessidade de vontade de autor (*animus auctoris*), causação do resultado e tipicidade da conduta (MEZGER apud ALFLEN, 2014, p. 63).

Tal conceito, com a utilização de um critério puramente subjetivo de autoria e participação apresenta problemas político-criminais. Segundo Puig, a utilização deste conceito conduziu a jurisprudência alemã a resultados bastante criticados pela doutrina, punindo como partícipes sujeitos que haviam executado todos os elementos do tipo penal, e como autores sujeitos que não haviam intervindo materialmente para realização do tipo penal. Para exemplificar, o autor cita a sentença de Reichsgericht 74, 84 (85), que puniu como cúmplice o sujeito que havia matado uma criança recém-nascida por solicitação e interesse da mãe da vítima, levando a um resultado extremamente subjetivo sobre os sujeitos do crime (PUIG, 2008, p. 371).

Alflen destaca que o fato da teoria deixar a distinção entre autoria e participação a cargo de critérios exclusivamente objetivos, torna impossível a adoção do conceito a todos os tipos penais da parte especial do código, com elaboração de critérios individuais de distinção em cada tipo penal, o que demandaria um esforço legislativo infundável, ressalta ainda que a teoria não contempla a acessoriedade da participação, não existindo lacunas de punibilidade, sem distinção entre participação tentada e tentativa de ação (ALFLEN, 2014, p. 65-66), confundindo-se os conceitos, podendo haver punição com participação tentada, sem ter ocorrido tentativa de ação.

Embora distintos, o conceito extensivo de autoria muito se aproxima do conceito unitário de autoria, destacando Rodrigo Machado que parte da doutrina não faz distinção entre estes conceitos, alguns trabalham somente com o conceito unitário de autoria, como Paulo Queiroz e Juarez Cirino dos Santos, enquanto outros trabalham apenas com o conceito extensivo de autor, como Beatriz Vargas Ramos e Bitencourt (MACHADO, 2015, p. 99-100).

Esta teoria se aproxima de necessidades político-criminais expansionistas, que tentam evitar lacunas no tratamento dos sujeitos envolvidos que merecem ser tratados como autores pela importância de sua intervenção na ação delituosa. Estas

necessidades não devem afastar-se da lei, para evitarmos ofensas ao princípio da legalidade. Para ilustrar o problema, Mir Puig, exemplifica que a jurisprudência alemã, frente à essa necessidade de tratar alguns sujeitos envolvidos como autores, puniu como autores muitos nazistas responsáveis por dar ordens, e muitos executores destas ordens, que materializavam o tipo penal, como partícipes (PUIG, 2008, p. 372).

4.3 Conceito restritivo de autor

Nos termos do conceito restrito de autor, os tipos penais são concebidos descrevendo somente a conduta praticada pelo autor, não trazendo o tipo penal a descrição de condutas praticadas pelo partícipe. Portanto, somente o autor age tipicamente, não o partícipe, necessitando a conduta deste último de uma norma de extensão do tipo penal.

Os problemas apresentados pelo conceito extensivo de autor impulsionaram o desenvolvimento e ampliação do conceito restritivo de autor, sendo este o conceito majoritário adotado na Alemanha e na Espanha (PUIG, 2008, p. 372).

A teoria parte de um ponto oposto ao conceito extensivo, nem todo aquele que concorre para a ocorrência do delito responderá como autor do crime, porque nem todo que contribui para ocorrência do crime realiza materialmente o tipo penal. O conceito extensivo de autor parte de um critério que amplia o conceito de autoria a outros sujeitos, enquanto o conceito restritivo de autor necessita de um critério legal extensivo da pena, se não previsto legalmente a hipótese de extensão do tipo, não haverá responsabilização penal para aquele que não realiza o tipo penal.

O mais renomado defensor do conceito restritivo foi von Beling, para quem somente aquele que realiza o núcleo do tipo pode responder como autor. Porém, Beling, para descrever conduta típica, não parte do bem jurídico como Schimidt, no conceito extensivo, partindo na verdade da ação descrita no tipo penal, sendo o verbo ali previsto que distinguirá entre autor, aquele que realiza o verbo nuclear, e partícipe, aquele que necessita de uma norma de extensão para ser responsabilizado (BELING apud ALFLEN, 2014, p. 67).

Para Pablo Rodrigo Alflen a maior crítica ao conceito restritivo de autor é que este não apresenta critérios suficientes para delimitar autoria mediata (ALFLEN,

2014, p. 69), vez que o autor mediato não realiza o tipo, portanto não pode ser responsabilizado como autor.

4.4 Teorias objetivas e subjetivas de autoria

Como destacado nos tópicos anteriores, os conceitos restritivo e extensivo, foram alvo de diversas críticas, tendo a doutrina partido destes conceitos para desenvolver as teorias objetivas e subjetivas de autoria, sendo estas teorias um complemento dos conceitos extensivo e restritivo, permitindo distinções de graus de participação, levando em consideração aspectos que serão a seguir abordados.

4.4.1 Teorias objetivas

As teorias objetivas partem do conceito restritivo de autor e tratam como critério de delimitação da autoria um critério objetivo do fato punível, descrito na conduta típica, neste capítulo serão abordadas duas vertentes, as teorias objetivo-formal e objetivo-material, a teoria do domínio do fato será abordada no próximo capítulo.

4.4.1.1 Teoria objetivo-formal

Esta teoria considera como autor aquele que executa por si mesmo, total ou parcialmente, as ações descritas no tipo penal, todos os demais que contribuem para realização do tipo podem ser somente partícipes (ROXIN, 2000, p. 54). Neste conceito seria autor de um homicídio aquele que efetuasse os disparos que atingiriam a vítima e a levariam a óbito, sendo que aquele que emprestou a arma seria responsabilizado como partícipe, pelo auxílio prestado.

A teoria objetivo-formal utiliza o conceito restritivo, procurando superar os déficits do conceito base, fundamentando-se em dois aspectos:

É objetiva porque a delimitação é verificada a partir do que foi produzido, sem que a vontade ou interesse do agente tenha algum papel relevante; e formal, porque para esta delimitação objetiva ela recorre aos tipos penais da parte especial do respectivo Código Penal. (ALFLEN, 2014, p. 70).

A teoria é capaz de delimitar autoria e participação, distinguindo as formas através de critérios objetivos e formais já descritos, mas não soluciona a principal crítica ao conceito restritivo de autor; a situação em que o autor realiza o fato através de outro autor, a autoria mediata. Sob a ótica de que autor é objetiva e formalmente aquele que executa o tipo penal, se no exemplo anterior aquele que efetuou o disparo fosse inimputável, e o tivesse realizado por instigação daquele que emprestou a arma de fogo, quem efetuou o disparo seria considerado autor, e quem emprestou a arma e instigou o disparo seria mero partícipe. Situação ainda mais injusta encontraríamos no terceiro de boa-fé, se A entrega um lanche contendo um veneno a B, não tendo B ciência deste veneno, nem razão para suspeitar de A, pedindo que B que entregue o lanche para C, que após comer o lanche vem a óbito, A não realizou o núcleo do tipo, não podendo ser considerado autor do delito.

Para Miguel Díaz o acerto da teoria é ter realizado a conexão entre tipo e autoria, mas relativiza a crítica de que a teoria não seria capaz de explicar a autoria mediata e a coautoria, afirmando que estas críticas partem de conceitos de formas de autoria não compartilhados entre as teorias (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 411 ss.).

A teoria também é incapaz de elucidar problemas apresentados por tipos penais complexos, para os quais a realização do tipo depende de mais de uma conduta (JAKOBS, 1997, p. 734-735), a exemplo do estupro, artigo 213 do Código Penal. Se A emprega violência para diminuir a capacidade de resistência da vítima, enquanto B pratica ato libidinoso com a vítima, contra a vontade desta, a teoria não permite esclarecer se o autor do estupro seria A ou B, estando parte do delito sob a ação de A, violência, e parte do delito sob a ação de B, ato libidinoso.

Outro problema objeto de crítica pela doutrina, apresentado pela teoria, estaria na realização do tipo penal por múltiplos sujeitos, sendo que somente um deles realiza o núcleo do tipo. Em exemplo apresentado por Roxin, se o homem A e a mulher B decidem envenenar C, e A mistura veneno na sopa, enquanto B distraí C para que este não perceba o estranho sabor da sopa, para a teoria, A seria autor porque executou o núcleo do tipo matar alguém, enquanto B seria mero partícipe, pois não realizou a conduta descrita no tipo (ROXIN, 2000, p. 57).

Roxin ressalta que o grande êxito da teoria objetivo-formal reside em entender o feito individual, situando aquele que executa o tipo por si mesmo como autor. A grande crítica reside na falha da teoria não conseguir explicar a autoria mediata e no

tratamento dado as hipóteses de coautoria, onde o coautor não executa o núcleo do tipo, sendo tratado pela teoria como mero partícipe (ROXIN, 2000, p. 58).

4.4.1.2 Teoria objetivo-material

A teoria objetivo-material visou superar as críticas apresentadas a teoria objetiva-formal, remetendo a um critério material além da mera descrição típica. A importância objetiva da contribuição, seria autor o sujeito que efetivamente fosse responsável pela contribuição objetivamente mais importante (PUIG, 2008, p. 374). Nesse contexto, a conduta do autor sempre será mais importante do que a conduta do partícipe.

Sob este critério, o problema da autoria mediata estaria solucionado. Na hipótese anteriormente descrita, se A entregar um lanche contendo um veneno a B, não tendo B ciência deste veneno, nem razão para suspeitar de A, pedindo a B que entregue o lanche para C, que após comer o lanche vem a óbito, A não realizou o núcleo do tipo, porém sua contribuição é objetivamente mais importante para realização do tipo penal, respondendo portanto como autor do delito.

Diante deste critério seria possível também reconhecer a coautoria daquele que não comete a conduta típica por si mesmo, no exemplo da sopa trazido por Roxin, tanto A e B responderiam como autores do delito.

As teorias objetivo-formais partem das teorias individualizadoras da causalidade, sendo que o grau do perigo deve ser verificado através da distinção entre causa e condição. Nilo Batista ressalta este como um dos grandes problemas da teoria objetivo-material, ao tentar distinguir causa e condição (BATISTA, 2005, p. 66).

Renato Martins destaca em sua obra, que a teoria objetivo-material é incompatível com o Código Penal brasileiro, vez que o artigo 13 do referido código faz adesão à teoria da equivalência dos antecedentes causais, não havendo distinção entre causa e condição (MACHADO, 2015, p. 116).

Outra crítica a teoria seria a insegurança que um critério de grau de perigo de uma conduta poderia gerar para determinação de autoria, vez que trata-se de um critério vago e com inúmeras variáveis, neste sentido, Mir Puig (PUIG, 2008, p. 374) e Pablo Alflen (ALFLEN, 2014, p. 73).

4.4.2 Teorias subjetivas

As teorias subjetivas influenciadas por Köstlin e Buri, encontrando substrato na teoria da equivalência das condições, partem do princípio de que todas as condições anteriores contribuem de igual forma para o resultado, não sendo possível delimitar aqueles que concorrem para o fato a partir da importância da contribuição de cada um dos envolvidos, sendo impossível a utilização de critérios objetivos para separar autoria de participação.

Para a delimitação entre autoria e participação as teorias subjetivas abandonam critérios objetivos do mundo exterior e utilizam critérios subjetivos, como vontade, intenção, motivos e atitudes dos sujeitos envolvidos. Neste tópico serão abordadas as teorias do dolo e do interesse, sendo que a primeira distingue autor e partícipe em virtude da classificação da vontade, e a segunda, verificando se o agente cometeu o delito em interesse próprio ou alheio.

4.4.2.1 Teorias do dolo

A teoria subjetiva do dolo remonta ao começo do século XIX, distinguindo vontade de autor e vontade de partícipe, a maior parte das teorias não tentam aprofundar na diferenciação entre essas vontades.

Sob o enfoque desta teoria, a vontade do partícipe está subordinada à vontade do autor para a realização do delito. Sem a vontade inicial do autor, não haveria a contribuição do partícipe e não haveria delito.

O principal representante da teoria do dolo foi Von Buri, que discorreu sobre o tema em diversas oportunidades:

Lo distinto del autor com respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo em la independência de la voluntad de autor y la dependência de la de partícipe. El partícipe quiere el resultado sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, pues, dejarla a critério del autor. (v. BURI apud ROXIN, 2000, p. 72).

Do ponto de vista causal, segundo Von Buri, não há como distinguir as contribuições do autor e do partícipe para a ocorrência do resultado, ambas as contribuições causam o resultado. Mas a pena destes agentes deve respeitar a culpabilidade de cada um deles, merecendo a contribuição do partícipe uma

repreensão menor do que a repreensão do autor. Essa diferença não pode ser descrita através de critérios objetivos, pois encontra-se na vontade dos que contribuem para a realização do delito (MACHADO, 2015, p. 121).

Para a teoria do dolo, atua como autor quem age com vontade de autor, *animus auctoris*, e partícipe quem age com vontade de participação, *animus socii*. A distinção entre vontade de autor e vontade de partícipe será obtida através desta relação de subordinação da vontade do partícipe a vontade do autor. Assim, atua com *animus auctoris* quem o faz com vontade autônoma, e com *animus socii* o sujeito cuja vontade é dependente da vontade do autor, subordinada à vontade dele, sem a qual o delito não seria realizado (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 16).

Segundo Roxin, a teoria do dolo, na forma desenvolvida por Von Buri, influenciou a jurisprudência da Suprema Corte Alemã, encontrando sua formulação na sentença RGSt 3,181 ss., constatando que, se o autor quer levar a consumação seu próprio feito, e o partícipe somente quer apoiar o feito do autor, o partícipe, portanto, tem uma vontade dependente da vontade do autor, deixando a critério deste, se o delito irá se consumir ou não. Já o coautor não reconhece vontade superior à sua, sendo sua vontade igual a dos demais coautores, mas as vontades destes não são determinantes a sua vontade (v. BURI apud ROXIN, 2000, p. 73).

A teoria do dolo também foi inicialmente adotada por Bockelmann, considerando como critério decisivo para a delimitação entre autoria e participação a subordinação do dolo concebido pelo partícipe em relação ao dolo concebido pelo autor, fazendo referência expressa à sentença RGSt 3,181 ss. (ROXIN, 2000, p. 73).

Ao afastar a possibilidade de cumplicidade em delitos culposos, Bockelmann afirma:

Resulta así, que la complicidad no es imaginable sino en relación con un hecho principal doloso, pues el cómplice puede subordinar su propia decisión en la forma descripta, únicamente al dolo del hecho de otro. La tesis sentada más atrás, según la cual sólo puede tener animus socii quien presupone animus auctoris en otro, queda así confirmada. La naturaleza real de la complicidad está elaborada de tal modo que sólo puede ser prestada a um hecho doloso. (BOCKELMANN, 1960, p. 72).

Como bem destacado por Machado (2015, p. 122), Bockelmann posteriormente revisou seu posicionamento, abandonando o critério da teoria do dolo como delimitador entre autoria e participação, passando a adotar a teoria do domínio do fato como critério delimitador:

O fato de a pessoa que, por si mesma, satisfaz as características objetivas e subjetivas do crime ser qualificada como agente é a expressão de uma concepção resultante da compreensão e do sentimento jurídico que reconhece, no agente que atua de tal modo, o senhor do fato, o titular do domínio do fato. O domínio do fato é, portanto, a palavra chave para a caracterização do conjunto das circunstâncias que fundamenta a autoria, também naqueles casos em que várias pessoas colaboram no fato. (BOCKELMANN apud MACHADO, 2015, p. 122-123).

Roxin traça como mérito da teoria do dolo, e fundamento das demais teorias, o fato da teoria elaborar a fórmula de que o autor não reconhece outra vontade superior à sua, enquanto o partícipe deixa a cargo da vontade do autor se o delito vai chegar ou não a se consumar, sendo o autor a figura dominante e o partícipe a figura dependente (ROXIN, 2000, p. 73-74).

A doutrina destaca que a jurisprudência alemã abandonou o precedente citado, assim como a expressão de que o autor queria o feito como próprio, entendendo a descrição como mera expressão sem conteúdo apreensível. Caindo em descrédito o precedente da sentença RGSt 3,181 ss. (ROXIN, 2000, p. 74).

A maior fraqueza da teoria do dolo repousa em tratar os limites entre participação e autoria em critérios meramente subjetivos, traçando a teoria critérios que poderiam ser obtidos através de critérios objetivos. A teoria poderia levar também à situação absurda em que dois sujeitos realizam um delito, deixando internamente, cada um deles, a critério do outro a execução do delito, respondendo ambos como partícipes do delito (ROXIN, 2000, p. 74).

A teoria ainda fracassa totalmente ao tratar de hipóteses em que um sujeito executa a ação principal do delito a mando de outro sujeito, com vontade subordinada, como, por exemplo, o famoso caso da banheira julgado pelo Tribunal Superior Alemão (ROXIN, 2000, p. 75).

O caso Badewannen, conhecido como “o caso da banheira”, foi julgado pelo Tribunal do Reich alemão em 1940, RGSt 74,84, já mencionado anteriormente no item 3.2. O precedente teve grande repercussão sendo o primeiro caso em que o tribunal aplicou a teoria subjetiva para determinação de autoria.

No julgamento, o tribunal entendeu que não bastava que o agente tivesse executado o núcleo do tipo homicídio, de forma consciente e voluntária, sendo necessário também comprovar que o agente queria a conduta como própria e sua vontade não estava subordinada a vontade de outro.

No caso, o tribunal de Trier decidiu, em grau de recurso, que a recorrente era autora de crime de homicídio, vez que de forma consciente e livre, causou a morte

por afogamento do filho de sua irmã, devido a esta não ter condições de o fazer pelas suas próprias mãos. O Tribunal do Reich reformou a decisão afirmando que o entendimento contrariava a interpretação do tribunal do conceito de autoria (ALFLEN, 2014, p. 76).

Na oportunidade, o tribunal tinha consolidada a posição da teoria dos antecedentes causais, sendo todas as condições do resultado absolutamente iguais, independente das condições terem sido implementadas pelos autores ou partícipes. O fator decisivo para determinação do autor e partícipe, portanto, não seria a execução do núcleo do tipo, e sim o dolo do agente, se o agente agiu com dolo de autor, desejando a conduta como própria, ou se queria apenas apoiar a conduta alheia. Se o agente deseja a conduta como própria seria autor, do contrário seria partícipe.

No caso concreto, entendeu o tribunal, que a envolvida que afogou a criança não queria a morte da vítima para ela, mas somente matou o recém-nascido apoiada na vontade da irmã, que não tinha condições para afogar o bebê, entendendo a mãe da vítima como autora de homicídio, e a irmã que a afogou como partícipe (ALFLEN, 2014, p. 77).

Importante destacar que a opção adotada pelo tribunal do Reich também se aproxima das teorias do interesse, ao determinar que autor é aquele que quer o fato como próprio, *animus auctoris*, como também aquele que tem interesse no resultado, sendo ambas formulações teorias subjetivas.

4.4.2.2 Teorias do interesse

A distinção entre autor e partícipe em função do interesse no resultado desempenhou importante papel junto às teorias do dolo, estando intimamente ligadas. Essa ligação entre as teorias aparece em autores como Feuerbach e até mesmo Von Buri, havendo conexão com a teoria do dolo, “*el cómplice no puede tener interés independiente alguno em la causación del delito*” (BIRKMEYER apud ROXIN, 2000, p. 75).

Para a teoria do interesse será autor de um delito aquele que desenvolver a conduta em interesse próprio; já o partícipe atua no delito visando atender interesse alheio, independente da contribuição exterior que tenha realizado e da vontade de outros agentes envolvidos.

Novamente, como na teoria do dolo, não será determinante para delimitação de autoria e participação saber se o agente executou o núcleo do tipo, mas sim saber se subjetivamente o agente agiu em interesse próprio ou alheio. No clássico exemplo da banheira, a irmã que afogou a criança agiu no interesse da mãe da vítima, sendo esta autora, mesmo não tendo executado a ação de matar o recém-nascido, e aquela partícipe, mesmo tendo executado a ação de matar.

A teoria foi considerada superada em 1907 por Birkmeyer, sendo posteriormente ressuscitada pelo Tribunal do Reich no caso da banheira (ROXIN, 2000, p. 76) e também no caso Staschinskij, BGHSt 18,87 (ALFLEN, 2014, p. 77).

No caso Staschinskij, Bogdan Staschinskij foi denunciado pelo Ministério Público alemão pela prática de homicídio mediante traição, de dois políticos russos que estavam exilados na Alemanha. A acusação afirmou que Staschinskij, agente da KGB, tinha consciência de todas as circunstâncias e aproveitou-se delas para consumir o delito, tendo os fatos sido planejados em detalhes pelos seus superiores, membros do alto escalão soviético, que haviam dado a ordem para ele matar as vítimas (ALFLEN, 2014, p.78).

Adotando a teoria subjetiva, o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, BGH, entendeu que partícipe não pode ser aquele que comete o fato como próprio, mas sim quem colabora como instrumento ou auxiliar de fato alheio, contrário sensu, considera-se autor quem permite que se execute o delito por meio de outrem, podendo aquele que executa os elementos do tipo ser considerado partícipe.

Por essa razão o BGH decidiu que Staschinskij não era autor, vez que não queria o fato como próprio e não agiu em interesse próprio ao matar os políticos, sendo apenas partícipe do fato, considerando que no crime ordenado por um Estado, o executor da ordem não poderia ser considerado como autor (ALFLEN, 2014, p. 78).

Roxin destaca que a teoria não se distingue claramente da teoria do dolo, mas proporciona um indício tangível da subordinação da vontade descrita nesta teoria (2000, p. 76).

A teoria do interesse também sofreu críticas da doutrina, à exemplo da possibilidade de levar a uma responsabilização mais branda do executor do delito quando este agir em interesse de outrem; da adoção de critérios meramente subjetivos para delimitação de autoria e participação, considerando que qualquer contribuição efetiva para o delito possui o mesmo valor; da sua inaplicabilidade a

delitos que já tenham previstos no tipo penal a possibilidade do agente agir no interesse de outrem.

Pablo Rodrigo Alflen destaca que a grande contribuição da decisão do BGH no caso Staschinskij foi considerar autor plenamente responsável como mero partícipe e os homens de trás na estrutura organizada de poder, KGB, como autores principais do homicídio praticado pelo homem da frente, entendimento importante para o posterior desenvolvimento das doutrinas da autoria mediata (2014, p. 79).

4.4.3 Teorias mistas

Os inúmeros critérios demonstrados para delimitação entre participação e autoria nem sempre aparecem de forma pura, estando muitas das vezes mesclados na doutrina e na jurisprudência. Inúmeras teorias combinam elementos das teorias objetivas com elementos de outras teorias objetivas, ou misturam elementos de teorias subjetivas, com outras teorias subjetivas, ou mesmo misturam teorias objetivas e subjetivas.

Como exemplo de teoria mista, Roxin cita a teoria de Stübel, que partia da realização do tipo pela própria mão – teoria objetivo-formal -, trazendo diversos elementos de outras teorias objetivas, como a necessidade da conduta do autor se manifestar obrigatoriamente no resultado – teoria da necessidade (2000, p. 77). Roxin cita também exemplo de teorias mistas criadas a partir de elementos das teorias subjetivas.

Entre as teorias mistas, merece destaque a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal Alemão, que requeria para o conceito de autoria, além da vontade de autor, elemento da teoria subjetiva, alguma classe de cooperação exterior objetiva, mesmo quando essa manifestação exterior ocorresse somente na fase de preparação e de forma insignificante (ROXIN, 2000, p. 77).

Para Roxin as teorias mistas apresentam os mesmos problemas das formulações que as fundamentam, problemas que são acrescidos da complexidade necessária para interpretação e adoção destas teorias, trazendo problemas próprios destas construções dogmáticas, decorrentes destas junções. Destaca também que estas classificações também não apresentaram resultados corretos, e geralmente restringiam sua aplicação a determinados âmbitos (ROXIN, 2000, p. 77).

Roxin afirma que o problema metodológico de um procedimento combinatório de teorias está na arbitrariedade da escolha seletiva dos resultados perseguidos por cada caso. Para o autor, o procedimento correto residiria na descoberta de pontos de vista unitários, partindo dos diversos aspectos da matéria jurídica e de seus problemas, pontos de vista que ao serem desenvolvidos vão resultar em soluções diferenciadas, cuja diversidade se funde em uma unidade lógica e dogmática (ROXIN, 2000, p. 79).

5. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A noção de domínio do fato (*Tatherrschaft*) foi construída objetivamente como "*disponibilidade da decisão sobre a consumação ou desistência do delito*" (BACIGALUPO apud BATISTA, 2005, p. 69), que deve ser conhecida pelo autor.

A teoria ganhou notabilidade na doutrina brasileira e passou a ser adotada por muitos autores. Devido a importância da teoria para o desenvolvimento do presente estudo, a mesma será abordada em um capítulo separado das demais teorias delimitadoras de autoria e participação.

Não é a pretensão deste trabalho esgotar o tema teoria do domínio do fato em suas mais variadas concepções, para tanto, somente Roxin, escreveu 797 páginas na versão em espanhol da sua obra *Autoría y dominio de hecho en derecho penal*.

A teoria foi inicialmente elaborada por Welzel, como teoria do domínio final dos fatos, mais tarde por Gallas e Maurach, sendo hoje a teoria majoritária na Alemanha, embora adotada parcialmente pela suprema corte alemã. Autores de renome na Alemanha, como Roxin, Wessels, Stratenwerth e Jescheck adotam a teoria, Ordeig na Espanha, Bacigalupó na Argentina, Latagliata na Itália, Yanez-Perez no Chile (BATISTA, 2005, p. 70), Nilo Batista no Brasil.

A teoria possui características objetivas e subjetivas, pressupondo o domínio do fato por parte do autor uma característica subjetiva, mas requer não só a finalidade, como também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato (PUIG, 2008, p. 374).

Embora adotada e trabalhada por diversos autores, a obra principal utilizada como parâmetro deste capítulo será *Autoría y dominio de hecho en derecho penal*, publicada inicialmente em 1963 por Roxin, embora não seja a origem da teoria do domínio do fato, é destacada como a obra que levou o estudo sobre a teoria a outros patamares. Roxin se dedicou ao tema por trinta e cinco anos e publicou o original *Täterschaft und Tatherrschaft* (JAKOBS, 2003, p.1).

Contudo, esta teoria, cuja função dogmática é a distinção entre autor e partícipe em sentido amplo, apenas recentemente chamou para si maior atenção dos penalistas e tribunais. A proposta de Roxin é inovadora, não sendo uma simples continuação das teorias anteriormente expostas ou uma combinação dessas.

Antes de tecermos análise mais aprofundada, estudo de caráter introdutório e expositivo da teoria se faz necessário, haja vista o crescente interesse em torno

dela, bem como sua incontestável relevância prática. Assim, é necessário delimitar o conteúdo básico da teoria do domínio do fato para excluir, inclusive, aquelas hipóteses as quais ela não se aplica.

5.1 Aspectos históricos do desenvolvimento da teoria

Embora, a expressão domínio do fato foi inicialmente utilizada por Hegler, em 1915, ainda não possuía o significado que atualmente lhe é atribuída, estando mais ligada aos fundamentos da culpabilidade penal, sendo estes imputabilidade, dolo e imprudência, e ausência de causas de exculpação (ROXIN, 2000, p. 81).

Em 1932 Bruns também utilizou a expressão domínio do fato para diferenciar participação de autoria. Para ele autoria, dolosa ou culposa, pressupunha a possibilidade de domínio do fato, sendo que este deve ser inerente à conduta desde o início. Já na instigação e no auxílio, falta a estes o domínio do fato para realização final do resultado, contendo conteúdo de reprovação mínimo e representando causas de ampliação da punibilidade (ALFLEN, 2014, p. 84).

Mas Roxin destaca que Bruns não pode ser designado como criador da teoria do domínio do fato, sendo suas reflexos incidentais e suas formulações muito pouco elaboradas (2000, p. 83).

A primeira concepção da tese central da teoria do domínio do fato no âmbito da autoria ocorreu em 1933, com Lobe, que apresentou pela primeira vez um conceito de domínio do fato:

A autoria determina-se de acordo com elementos objetivos e subjetivos, a saber, o querer o resultado, o domínio e a condução fática da execução, o *animus domini* e o respectivo *dominare* realmente a execução. (SCHROEDER apud ALFLEN, 2014, p. 85).

Para Alflen a concepção de Lobe não apresentava soluções para o problema da autoria mediata e traduzia-se em uma concepção puramente formal, considerando que existia autoria mediata quando o agente imediato não poderia ser observado como autor, além disso, não desenvolveu uma teoria que tivesse a finalidade de distinguir autoria de participação (2014, p. 85-86).

A teoria somente tomou maiores proporções quando Welzel fez menção a ela em estudo de 1939, fazendo referência a um domínio final do fato como pressuposto determinante da autoria:

La característica general de autor: el dominio finalista del hecho. Dueño del hecho es quien lo ejecuta en forma finalista, sobre la base de su decisión de voluntad. (WELZEL, 1956, p.105).

Em 1963, por meio de estudo monográfico de Roxin, a ideia de domínio do fato foi devidamente e concretamente traçada, o que lhe proporcionou adesão de grande parte da doutrina.

A teoria do domínio do fato é uma reação a um problema concreto na Alemanha. A teoria objetiva fazer clara diferença entre autor e partícipe, não se ocupando em determinar, contudo, se o agente será punido ou não, e sim se o será como esta ou aquela categoria. O código penal alemão exige que se faça distinção entre autor e partícipe.

O código penal brasileiro, contudo, em seu artigo 29, não faz tal exigência, e sugere uma interpretação segundo a qual todo indivíduo que concorre para o crime de alguma forma, é simplesmente autor, prevendo, no entanto, autores com maior e menor importância, consoante o parágrafo primeiro do mesmo artigo.

Ao contrário, o código penal alemão faz clara distinção:

§ 25. Autoría

(1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por si mismo o a través de otro.

(2) Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría).

§ 26. Instigación (inducción a delinquir)

Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a outro para la comisión de un hecho antijurídico.

§ 27. Complicidad

(1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico.

(2) La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1. (ALEMANHA, 1999, p. 10).

Da leitura dos dispositivos é possível se depreender que a legislação penal alemã faz tratamento diferenciado de ordem prática ao autor, instigador e ao cúmplice. Nos termos do § 27, II, o cúmplice se sujeita a mesma pena do autor, porém de forma atenuada, e a tentativa da cumplicidade não será punível. Já a instigação é punida com a pena do autor § 26 StGB, e, a tentativa de instigação não é punível nos delitos leves, § 30 I StGB (GRECO, 2014, p. 23).

O ponto fulcral, todavia, está ínsito em uma consideração também presente no direito penal brasileiro, relativa ao fato de que, sendo os tipos mais do que mera causação, somente o autor é capaz de realizar aquele tipo.

A jurisprudência alemã oscilava e ainda oscila entre diversos critérios para distinção de autoria, encontrando mais segurança na chamada teoria subjetiva da autoria e participação, cujo núcleo é a distinção entre autor e partícipe, sob a ótica de uma vontade de autor ou de partícipe (*animus auctoris* e *animus socii*), conforme já abordado no capítulo anterior, permitindo até mesmo que aquele que realizasse de mão própria todos os elementos do tipo, fosse punido como mero partícipe e não como autor do delito, caso lhe faltasse a vontade do autor exigida pela teoria.

Como exemplo da adoção destas teorias temos os já citados caso da banheira, RGSt 74, 84 (1940) e o precedente Staschinsky, BGHSt 18, 87(1962).

Nos tempos atuais a jurisprudência se utiliza de um pressuposto subjetivo, principalmente a existência ou não de um interesse próprio na prática do fato. No entanto, este pressuposto é mitigado, haja vista os critérios de caráter objetivo, se utiliza ainda do domínio do acontecer típico para somar ao agente um “interesse próprio” na conduta, se revelando, assim, uma combinação do critério do domínio do fato com uma teoria subjetiva (GRECO, 2014, p. 24).

5.2 O domínio do fato

Em razão dessa oscilação da jurisprudência alemã e as consequências da adoção das teorias subjetivas da autoria, surge a pretensão de Roxin de apresentar um critério mais claro para distinção entre autoria e participação.

Para construção do conceito de domínio do fato Roxin afirma que é preciso, antes de tudo, posicionar-se em relação à forma e ao conteúdo da ideia de domínio do fato (ALFLEN, 2014, p. 105).

Para delimitar a ideia do domínio do fato é necessário o exame da temática sobre a perspectiva de três conceitos que orientam as teorias do domínio do fato. A primeira perspectiva que considera a ideia do domínio do fato como um conceito indeterminado, a segunda, que considera um conceito fixo e a terceira, que considera um conceito aberto.

A primeira perspectiva considera o domínio do fato como conceito indeterminado, tomando como exemplo Henkel, que descreveu um processo de

individualização do direito que seria capaz de abarcar todas as situações jurídicas, direcionando os esforços para a apreciação da justiça no caso concreto, ao invés de descrições abstratas taxativas, que favorecem a segurança jurídica, mas podem gerar, em situações específicas, resultados rígidos e, portanto, decisões injustas (ROXIN, 2000, p. 134).

A desvantagem do conceito estaria na transferência total da delimitação entre autoria e participação ao domínio judicial, transferindo o direito da lei ao direito dos juízes (ROXIN, 2000, p. 135), o que, com a falta de critérios objetivos e clareza de decisões a serem adotadas, geraria prejuízos a segurança jurídica.

Roxin conclui que o conceito indeterminado de domínio do fato não aponta nenhuma posição defensável, sendo insatisfatório como modelo de conceituação científica, metodologicamente e dogmaticamente, além de ser inútil para utilização prática, podendo levar à desorientação da jurisprudência (ROXIN, 2000, p. 141).

A segunda perspectiva, o domínio do fato como um conceito fechado, refere-se a elementos individuais determinados, através de um ato de subsunção objetivo, por meio do qual seria possível solucionar qualquer caso realizando um procedimento dedutivo (ROXIN, 2000, p. 141).

Roxin reconhece que não é possível soluções matemáticas à ciência jurídica, sendo que quase toda decisão judicial depende de uma valoração dos conceitos, adequando-os à situação concreta, não existindo conceitos de aplicação absoluta que independem de valoração (ALFLEN, 2014, p. 107).

A terceira perspectiva, o domínio do fato como conceito aberto, adotada por Roxin, constitui uma solução mais adequada, sendo um posicionamento intermediário entre as posições radicais e opostas anteriormente:

Lo que significa que hay que encontrar un procedimiento com ayuda del cual quepa complementar em su contenido el concepto de dominio del hecho de una manera que por una parte dé cuenta de los cambiantes fenómenos vitales, y por otra parte también pueda alcanzar una gran medida de determinación. (ROXIN, 2000, p. 146).

Além disso, o conteúdo deve permitir submeter a uma regulação generalizada as formas básicas que aparecem, nas inúmeras possibilidades dos casos, e ao mesmo tempo permitir uma valoração justa dos casos concretos que escaparem à norma abstrata, unindo os pontos positivos das duas perspectivas anteriores.

Na visão do autor, alcançar este objetivo somente seria possível através da adoção de uma perspectiva aberta do conceito de domínio do fato, devendo

apresentar duas características básicas; o primeiro elemento sendo um procedimento descritivo e o segundo elemento a inclusão de princípios regulativos.

Como primeiro elemento, Roxin defende que, ao invés de um conceito indeterminado, deve haver uma descrição deste, pois esta pode ser adaptada aos diferentes casos, não limitando o conceito de autor. Além de possibilitar a regulação de novos tipos penais, ainda não existentes a época da elaboração da descrição, ao não limitar o conceito de autor a determinadas fórmulas, este nunca estará definitivamente concluído.

O segundo elemento do conceito aberto de domínio do fato, determina que a descrição, em parte delimite com precisão todas hipóteses de concurso de pessoas no delito, mas também permita princípios generalizadores que possibilitem a apreciação judicial do caso concreto (ROXIN, 2000, p. 148). O legislador estabelece diretrizes normativas abstratas, mas deixa a cargo do julgador a apreciação do caso individual de acordo com as normas estabelecidas.

Roxin sugeriu a construção de um sistema da autoria no direito penal conduzindo a ideia, que até então não estava expressa, de que o autor é aquele que atua com o domínio do fato. Esta ideia partiu de um pressuposto, fruto de um plano ainda mais abstrato, de que o autor é a figura central do acontecer típico (ROXIN, 2000, p.44).

Neste sentido, as formas de participação (instigação e cumplicidade) são causas de extensão da punibilidade, entrando em cena somente quando o agente não é o autor. O partícipe é, então, aquele que contribui para um fato típico de maneira secundária, marginal do acontecer típico, resultante da ausência de algum dos elementos determinantes de forma positiva da autoria do fato.

Isto posto, o domínio do fato se traduz na ideia, mas não se restringe a ela, de que o autor de um delito é sempre a figura principal do acontecer típico.

5.3 O modelo tripartido de domínio do fato

A partir da ideia de que domínio do fato é reitora da figura central do acontecer típico, surgem três manifestações concretas do domínio do fato: domínio da ação, que fundamenta a autoria direta; domínio funcional, que fundamenta a coautoria; domínio da vontade, que fundamenta a autoria mediata.

Para Roxin, alguém é autor:

- a) Si realiza la acción típica pessoalmente (dominio de la acción).
- b) Si hace ejecutar el hecho mediante outro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad).
- c) Si presta em la fase ejecutiva uma aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional). (ROXIN, 2000, p. 337).

Esse modelo tripartido é reconhecido pela doutrina alemã. Cada um dos modelos será abordado de forma breve, sem se pretender esgotar o tema.

5.3.1 *Domínio da ação: autoria direta*

A primeira manifestação concreta do domínio do fato ocorre através do domínio sobre a própria ação, não havendo maior manifestação deste domínio, do que quando o autor realiza, por sua própria pessoa, todos os elementos do tipo, sendo o autor imediato.

A constatação da autoria na hipótese de realização do tipo penal pela própria mão do autor é de fácil verificação pela simples leitura da lei, que atribui a autoria a quem comete por si mesmo o fato, nestes termos, a primeira parte do §25, inciso I do StGB, “*se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por si mismo*” (ALEMANHA, 1999, p. 10).

Assim, é autor de homicídio A ao efetuar facadas em B, independente de ter desferido essas facadas a pedido de C.

Entretanto, para Roxin, apesar do critério parecer evidente, por muito tempo não foi assim interpretado pela jurisprudência. A partir da teoria subjetiva, conforme já explanado, o principal critério para fixação da autoria seria o interesse, e no caso de atuação no interesse alheio e considerando que há uma subordinação da vontade, quem executa o tipo por si só, poderia ser considerado partícipe e não autor, como no caso da banheira (ROXIN, 2014, p. 81).

Em um primeiro momento este posicionamento foi também seguido pelo BGH. Roxin destaca que, embora a 5ª câmara houvesse adotado inicialmente a teoria do domínio do fato considerando que (BGHSt 8,393) “*quien mata de própria mano a un ser humano es por principio también autor cuando lo hace bajo la influencia y em presencia de otro sólo em interés de este (contra RGSt 74,84)*” (ROXIN, 2014, p.

81), posteriormente houve um retrocesso ao julgar o caso “*Staschyinskij*” (BGH 18,87), já abordado, onde novamente retroagem ao critério subjetivo.

Para o autor, o posicionamento, adotando um critério subjetivo extremado, já era equivocado, porém após a entrada em vigor do §25, I, o posicionamento também passou a ser contrário ao texto expresso da lei:

Pues quien de propia mano lleva a cabo un hecho lo há cometido “por sí mismo” aun cuando actúe em interés de outro; “por sí mesmo” significa “en persona (propia) o personalmente”, pero no “em interés propio”. (ROXIN, 2014, p. 82).

Por esta contradição com o texto expresso da lei, a jurisprudência alemã vem novamente adotando o posicionamento do domínio do fato como critério de definição de autoria (ALFLEN, 2014, p. 113).

Após a edição do §25, I, tanto os documentos legislativos continham manifestação no sentido de que, quem realiza o tipo penal será sempre autor do delito, quanto a jurisprudência alemã, também manifestou no sentido de que nunca quem executa a ação do tipo penal por si próprio poderá ser considerado partícipe. Para reforçar esta nova postura, o autor destaca que, embora o BGH tenha aderido à ideia de quem executa a ação do tipo por si próprio seria autor do delito com ressalvas, os julgadores manifestaram-se que em situações excepcionais essa regra poderia não ser adotada, contudo, essas situações excepcionais ainda não apareceram nos julgados (ROXIN, 2014, p. 82).

Roxin rechaça a existência de situações excepcionais que afastariam a qualidade de autor, mesmo o agente tendo executado a ação descrita no tipo. Para exemplificar o autor afirma que um membro de um batalhão de fuzilamento que matasse um indivíduo, sob as ordens de um superior, seria autor do delito e não partícipe, e qualquer redução da reprovabilidade da sua conduta teria de ser analisada na aplicação da pena (ROXIN, 2014, p. 83).

Sob esta ótica, tanto a irmã, no caso da banheira, que efetivamente afogou a criança a pedido da mãe desta, como o agente russo que cumpriu as ordens de assassinato da KGB, são autores de homicídio, não podendo ser considerados partícipes.

Havendo situação de coação, excludentes de ilicitude ou erro de proibição inevitável, a situação de domínio do autor sobre a ação permanece, porém estará exculpado, mas permanece sua condição de autor. Assim, se A, mediante grave

ameaça, restringe a liberdade de B, filho de C, e exige de C, gerente de uma joalheria, que ele entre na joalheira e subtraia uma joia, sob pena de A matar B, C, ao subtrair a joia e entregar a A, é autor do delito de furto, porém sua conduta está exculpada pela coação moral irresistível.

Ainda, quem não realiza de própria mão todos os elementos do tipo, não será considerado autor imediato, vez que a realização de algumas ações do tipo, não é a concretização do tipo. Para exemplificar, se A e B ingressam em um estabelecimento comercial, A portando uma arma de fogo que de imediato aponta para C, enquanto B ingressa no estabelecimento, vai até o cofre e retira o dinheiro, fugindo A e B posteriormente, A e B não serão considerados autores imediatos do roubo, vez que ao isolar as condutas de A e B, A não subtraiu bem móvel, enquanto B não praticou grave ameaça ou violência. A solução nesta hipótese será o domínio funcional do fato, sendo A e B responsabilizados como autores, porém com fundamento diverso da autoria imediata.

5.3.2 Domínio funcional: coautoria

A ideia de domínio funcional foi desenvolvida por Roxin para demonstrar que o domínio do fato é também determinante para a coautoria, em oposição a juristas que defendem que cada autor domina somente sua parte na execução do delito (ALFLEN, 2014, p. 119).

Assim como Jescheck, para Roxin, a coautoria e a autoria mediata são formas de autoria (BATISTA, 2005, p. 101). O fundamento desta forma de autoria não será mais o domínio da ação, mas sim no domínio funcional do fato.

O ponto de partida do domínio funcional será o §25, II do StGB: “*si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría)*” (ALEMANHA, 1999, p. 10), que estabelece a coautoria como forma independente de autoria.

A coautoria importa em divisão de tarefas entre os agentes que colaboram para a execução do delito, e é neste ponto que ela se diferencia da autoria imediata e da autoria mediata, pois na coautoria o domínio do fato é conjunto (ALFLEN, 2014, p. 119).

Responderá como coautor quem tenha o domínio funcional do fato, característica sem a qual a cooperação no delito somente poderá enquadrar-se como participação.

A tarefa do coautor deve ser essencial para realização do delito, e possibilitar a cada um dos autores efetivamente dominar o fato integralmente. Voltando ao exemplo do roubo, no qual A e B ingressam em um estabelecimento comercial, A portando uma arma de fogo que de imediato aponta para C, enquanto B ingressa no estabelecimento, vai até o cofre e retira o dinheiro, fugindo A e B posteriormente. Se A não portasse a arma e praticasse a grave ameaça em face de C, o roubo não seria consumado porque B não teria como realizar a subtração, ao mesmo tempo que, se B não subtraísse o valor do cofre, o delito fracassaria, pois não teria havido subtração de bem móvel alheio. Portanto A e B possuem o domínio funcional do fato, ao mesmo tempo não parece justo punir A pelo delito de ameaça e porte ilegal de arma de fogo, e B pelo delito de furto.

Havendo decisão conjunta de praticar determinada conduta, duas ou mais pessoas contribuem para a realização com um ato relevante de um delito, tendo elas o domínio funcional do fato, perfazendo, como consequência jurídica, a imputação recíproca. Assim, na situação hipotética descrita, A e B devem responder pelo delito de roubo.

Roxin apresenta três requisitos para a estrutura da coautoria: 1) um planejamento comum do fato, pois a divisão do trabalho pressupõe que se atue conforme um plano comum; 2) uma execução conjunta do delito, quem somente colabora na parte de preparação do delito não possui o domínio para realização do fato; 3) uma contribuição essencial na fase executiva (ROXIN, 2014, p. 147).

O primeiro requisito – planejamento comum do fato – resulta da própria interpretação do §25, II do StGB, que pressupõe acordo de vontades dos coautores, decorrente da divisão de trabalho entre os envolvidos.

Assim, o planejamento comum para o fato implica em consciência da existência dos outros envolvidos, pois não é possível coautoria se uma pessoa não se propõe ao mesmo fim que a outra. Se A e B de forma isolada, sem conhecimento do outro, efetuam disparos em C para o matar, estaríamos diante de autoria colateral e não coautoria.

Planejamento comum também implica em vontade dos agentes de agirem em conjunto para execução do delito, não bastando que os agentes tenham consciência

dos outros envolvidos, sendo preciso que eles se aproveitem desta situação, podendo também este acordo ser tácito (ALFLEN, 2014, p. 121).

Não é necessário que este planejamento comum seja realizado antes da realização do delito, podendo ocorrer durante a ação delituosa, e também depois que sua parte já tenha sido realizada, chamada assim de coautoria sucessiva. Assim, se A de forma isolada, decide furtar determinada residência, e B, também de forma isolada, decide furtar a mesma residência e durante a madrugada A e B entram na residência, e após subtraírem alguns objetos se encontram, momento em que escutam os passos de C, morador da residência, e mediante violência resolvem juntos desacordar C e após fugirem, ambos responderão como coautores.

Juarez Cirino destaca que justamente pela ausência de planejamento comum a coautoria é impossível nos delitos de imprudência. Havendo comportamentos imprudentes simultâneos, cada lesão do dever de cuidado ou do risco permitido justifica a atribuição de responsabilidade penal como autoria colateral (2014, p. 357).

O segundo requisito para caracterização da coautoria seria a execução conjunta do delito, havendo necessidade do coautor contribuir na fase de execução do delito, pois somente assim possui domínio do fato.

De acordo com o critério do domínio funcional, não se pode dominar a realização do tipo se não há colaboração na fase de execução do delito, ou se não estiverem presentes os requisitos da autoria mediata. Roxin destaca que, por mais importante que a contribuição de um agente seja na fase de preparação do delito, se ele não participa da execução, ele não tem domínio dos fatos, exceto nas hipótese de autoria mediata (ROXIN, 2014, p. 151).

Importante destacar que a contribuição do agente na fase de execução do delito não precisa ocorrer durante toda a execução, considerando que o delito se inicia na execução e termina após a conclusão do delito, qualquer contribuição durante esta fase será suficiente, assim como não é necessário que os coautores tenham prestado as contribuições simultaneamente, podendo essas contribuições serem realizadas em momentos distintos. Por fim, importante destacar que as colaborações dos coautores não precisam ter ocorrido no lugar da realização do resultado.

Portanto, podemos concluir que se A, B, C, D e E juntos planejam um roubo a banco, sendo A o principal responsável pelo planejamento da ação delituosa, tendo indicado o horário da ação, rotina, rota de fuga e quais funcionários estavam no

local, enquanto B, funcionário do banco, no dia do roubo, colocou um laxante na bebida do segurança do banco, razão pela qual o segurança, durante a ação delituosa, encontrava-se no banheiro, C e D entraram armados no banco e subtraíram o dinheiro, após saíram e fugiram no carro que estava do lado de fora, já ligado, conduzido por E. Nesse contexto, A não será considerado coautor, mas sim partícipe, enquanto B, C, D e E serão considerados coautores.

O terceiro requisito para a caracterização da coautoria consiste na essencialidade da colaboração para o fato na fase da execução, decorrendo da própria estrutura da coautoria como domínio funcional do fato, só podendo ser considerado coautor o agente cuja contribuição dependa o êxito do delito. Uma colaboração essencial existe em primeiro lugar quando se divide entre várias pessoas atos executivos relevantes, como exemplo Roxin cita a hipótese em que o agente segura uma pessoa e a outra mantém com ela relação sexual, ou subtrai algum bem móvel dela (na Alemanha §§ 177 II ns 1 [estupro], 249 [roubo], no Brasil artigo 213, 157), também quando são praticados atos executivos não típicos que são importantes para realização do tipo, como exemplo de alguém que pratica atos de vigilância para que outro agente subtraia algum bem mediante grave ameaça, sendo coautor de roubo (ROXIN, 2014, p. 157).

Obviamente, se a colaboração não for relevante ou de pouca importância para o delito, o agente não poderá responder como coautor, como exemplo Roxin cita o agente que grita estimulando que outro cause lesões a alguém, ou alguém que entrega uma bebida refrescante ao autor de furto que acabou de consumir o delito (ROXIN, 2014, p. 157).

5.3.3 *Domínio da vontade: autoria mediata*

Por fim, a terceira manifestação de domínio do fato consiste no domínio da vontade de um terceiro que, por alguma razão, é diminuído a mero instrumento. Este é um dos pontos mais controvertidos da doutrina relativa ao concurso de pessoas, sendo que alguns doutrinadores entendem a autoria mediata como subespécie de instigação (ALFLEN, 2014, p. 125).

Outro ponto controverso diz respeito a possibilidade do autor imediato ser ou não punível. Neste tópico será abordada a autoria mediata através de autores impuníveis, quando o homem de trás domina a vontade de outro através da coação

ou do erro, sendo que a terceira hipótese elaborada por Roxin, autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, será objeto do próximo capítulo.

Para Roxin o delito pode ser praticado por alguém através de outra pessoa, para atingir os fins do primeiro, o autor mediato, mediante a instrumentalização do autor imediato, sendo que o primeiro domina o acontecimento do delito através deste instrumento (2014, p. 84). O autor classifica esta hipótese como autoria mediata através do domínio da vontade.

Em situações convencionais o domínio da ação pela realização da conduta pelas próprias mãos caracteriza a autoria, enquanto aquele que instiga, ou de outra forma influencia a realização do tipo, responde pela participação, vez que, conforme descrito no tópico 5.3.1, a prática do delito somente ocorrerá se o autor quiser executar o feito. Nas hipóteses de autoria mediata o autor mediato, mesmo sem realizar a ação, responderá como autor, porque possui o domínio da vontade do autor imediato.

A autoria mediata também não se caracteriza por um domínio compartilhado do fato, como na coautoria, vez que na coautoria cada um dos autores domina funcionalmente a realização do delito, através da prática de uma conduta essencial para o crime. Para a ocorrência da autoria mediata, o homem de trás, assim como o homem da frente, está no centro do acontecer típico, o primeiro em virtude do poder que exerce sobre a vontade do segundo, o segundo em virtude de que a vontade do primeiro se realiza através de sua conduta (ALFLEN, 2014, p. 126).

Nas hipóteses de coação e erro o legislador isenta de responsabilidade penal o autor imediato, porém responsabiliza o autor mediato, logo o domínio do fato definitivo encontra-se no homem de trás.

As razões deste domínio da vontade, constante também no § 25 I do StGB, por meio da expressão “*cometa el hecho punible a través de otro*” (ALEMANHA, 1999, p. 10) são três:

En primer lugar, se puede dominar un hecho como sujeto de atrás forzando al ejecutor a la realización del tipo (**dominio de la voluntad en virtud de coacción**). En segundo lugar, se puede dirigir el acontecer desde la retaguardia engañando al ejecutor y convirtiéndolo así en ejecutante de su plan delictivo (**dominio de la voluntad en virtud de error**). Y, en tercer lugar, se puede controlar el acontecer de manera determinante o decisiva pudiendo servirse discrecionalmente, como persona que da órdenes, de un aparato organizado de poder, de los órganos de ejecución intercambiables y no dependiendo así ya de la disposición de un autor individual a ejecutar el hecho (**dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**). (ROXIN, 2014, p. 85).

O autor também destaca que não concebe outras formas de autoria por domínio da vontade, entendendo que a autoria mediata na hipótese de utilização de inimputáveis, sujeitos com imputabilidade diminuída e menores de idade, é estruturalmente uma combinação de domínio da vontade em virtude de coação e em virtude do erro (ROXIN, 2014, p. 85).

5.3.3.1 Domínio da vontade em virtude de coação

A primeira manifestação do domínio da vontade ocorre através da coação do homem da frente, de forma que o autor mediato domina a vontade do autor imediato através da coação. Embora o homem da frente tenha em suas mãos o domínio do acontecimento típico, podendo executar ou não o tipo penal, ele guia a sua ação em virtude da vontade do homem de trás exercida através da coação.

Segundo proposta de Roxin, trata-se do chamado princípio da responsabilidade. Ao exculpar o homem da frente em certos casos de coação, o legislador sugere que o homem de trás que provoca ou se aproveita da situação é o indivíduo que deve ser responsabilizado. Para o autor, o princípio da responsabilidade é o único parâmetro viável nos casos de coação, tendo em vista o fato de que dominar alguém certo de sua conduta é excepcional, somente podendo se admitir com base nos parâmetros fixados previamente pelo legislador (GRECO, 2014, p. 26).

Por isso, não há que se confundir hipóteses de influência sobre a vontade, que caracterizariam participação, com hipóteses de domínio da vontade, pois para estas situações, a decisão de maior relevância para o acontecimento do delito está no homem de trás, com base nos preceitos determinados pelo legislador.

Como exemplo, poder-se-ia imaginar a hipótese de A que ameaça matar o filho de B, se B não matar C, e em virtude da ameaça contra seu filho, B mata C. No exemplo a ação delituosa somente ocorreu através da ação de B, que praticou a ação prevista no tipo penal, sendo ele autor imediato, porém sujeito a hipótese exculpante, sendo sua conduta voltada a atender a vontade de A, que será autor mediato, pois somente através do seu domínio sobre a vontade de B a ação delituosa ocorreu. Essa pressão psicológica é comparável ao estado de necessidade (KÜHL apud ALFLEN, 2014, p. 128).

Para Miguel Díaz Y García Conlledo, as hipóteses de autoria mediata que influenciam psicologicamente na vontade do homem da frente, como a coação moral irresistível, possuem maior relevância prática, vez que o fundamento desta autoria está na submissão da vontade do autor imediato à vontade do autor mediato. Situação esta que não ocorre na coação física irresistível, vez que juridicamente não há ação do homem da frente, portanto a discussão se o homem de trás é autor imediato ou autor mediato é meramente terminológica (2008, p. 22). Para Edgardo Alberto Donna, atualmente, o posicionamento majoritário quando não existe ação do homem da frente utilizado como instrumento, como por exemplo na hipótese de alguém que empurra uma pessoa em outra ou na hipótese de coação física irresistível, estar-se-ia diante de autoria imediata do homem de trás (2002, p. 52).

Roxin trabalha também com a hipótese do autor mediato induzir o estado de necessidade do autor imediato, não mediante uma ameaça, mas mediante a criação do perigo que irá sujeitar a vontade do homem da frente. O autor trabalha com o seguinte exemplo: A, querendo matar C, cria uma situação de perigo para B, na qual ele somente pode se salvar se matar C, sendo que A será o autor mediato, pois sujeitou a vontade de B, sendo este autor imediato, porém atuando licitamente (ROXIN, 2014, p. 87).

Para Roxin a autoria mediata pode ocorrer também em duas hipóteses, quando o autor de trás não criou a situação exculpante. A primeira hipótese ocorrerá quando alguém se vale de uma situação de resgate para cometimento do delito, a exemplo de A que encontra B em uma situação grave de acidente de trânsito e condiciona levar B ao hospital se B assinar um documento falsificado. A outra hipótese ocorrerá quando o homem de trás oferece a alguém, em estado de necessidade, a possibilidade de se salvar à custa de um inculpável, à exemplo de A, que querendo a morte de alguns mineiros, oferece a B, mineiro que se encontra ferido e soterrado, um explosivo capaz de explodir o local e salvar B, porém A e B sabem que a explosão vai causar a morte de outros mineiros (ROXIN, 2014, p. 87). Portanto, B encontra-se em estado de necessidade, e A será autor mediato.

Outra hipótese apontada é a coação à autolesão, situação em que o homem de trás coage o homem da frente a se auto lesionar, causando lesão corporal ou morte. Assim, o sujeito que coagiu o homem da frente será autor mediato de lesão corporal ou homicídio (ALFLEN, 2014, p. 130).

Para Pablo Rodrigo Alflen, o último exemplo citado, ilustra um dos problemas da autoria mediata, já que o homem da frente não responde como autor de lesão corporal ou homicídio, sendo que o nosso ordenamento jurídico, assim como o alemão, não punem a autolesão ou o suicídio (2014, p. 130-131).

5.3.3.2 Domínio da vontade em virtude de erro

A segunda razão para o domínio da vontade reside no erro, Roxin formula uma teoria escalonada dos diversos erros que fundamentam autoria mediata, desde o erro de tipo até o erro de proibição evitável:

- a) En el primer escalón o nivel, el sujeto que actúa como medio en el hecho lo hace sin dolo. Es el caso más claro y menos discutido de autoria mediata debida a error.
- b) En el segundo escalón o nivel, el ejecutor posee dolo típico, pero se encuentra en un error de prohibición que el sujeto de atrás ha provocado o al menos aprovecha. En este caso se discute mucho hasta qué punto es posible una autoría mediata.
- c) En el tercer escalón o nivel, el autor inmediato sabe que actúa típica y antijurídicamente; pero supone circunstancias que, si concurrieran, excluirían su responsabilidad. La cuestión de si un sujeto de atrás que provoca tal error o le saca provecho para sus fines es autor mediato ha sido hasta ahora poco tratada.
- d) En el cuarto escalón o nivel, finalmente, el ejecutor tiene responsabilidad penal plena, pero el sujeto de atrás ve o comprende la clase o la magnitud del daño mejor que el autor inmediato. La cuestión de si y con qué requisitos es posible en tales casos un “autor” (mediato) “tras el autor plenamente responsable” es una de las más debatidas de la teoría de la autoría. (ROXIN, 2014, p. 96).

As formas de domínio da vontade em virtude do erro possuem uma estrutura diferente da do domínio da vontade pela coação. Enquanto nesta o domínio da vontade ocorre em virtude da força imposta, no domínio pelo erro prevalece o conhecimento mais elevado do sujeito de trás sobre a ação praticada pelo sujeito da frente, bem como suas repercussões. O autor imediato não tem compreensão de toda a sua conduta, respondendo somente pelo que compreende, enquanto o autor mediato tem compreensão de todo âmbito do delito, respondendo por todo ele, havendo diferença entre os níveis de compreensão que foram separados por Roxin, conforme os itens de A – D, já expostos.

a) O primeiro nível descrito por Roxin, na situação em que o sujeito de trás induz o sujeito da frente em erro de tipo que exclui o dolo deste, e atua de forma atípica ou com culpa inconsciente. Assim, se durante as gravações de um filme A entrega uma arma de fogo supostamente municiada com festim a B, sendo que A

sabe que a arma está municiada com munição verdadeira e B acredita que a arma está municiada com festim, e ao gravar uma cena, B efetua um disparo de arma de fogo contra C, vindo a causar a morte deste, A seria autor mediato de homicídio, enquanto B seria autor imediato de homicídio, porém sua conduta seria impunível pela ausência de dolo e culpa. Haveria também autoria mediata quando o autor mediato não provocou o erro da conduta do autor imediato, mas se aproveitou deste erro, tendo o autor mediato maior consciência do âmbito da conduta do autor imediato. Se em um estande de tiro, A vai efetuar disparos de arma de fogo e não percebe que C se encontra atrás dos alvos de disparo, e B, percebendo que C se encontra atrás dos alvos, entrega a arma para A efetuar os disparos que vitimam C, B seria autor mediato de homicídio, enquanto A seria autor imediato, mas responderia somente pela culpa.

b) O segundo nível ocorrerá quando o autor age em erro de proibição, sendo que o homem da frente age sem culpabilidade, e não é possível exigir o conhecimento do injusto penal ao autor imediato. Em exemplo tratado por Luís Greco e Alaor Leite, o estudante de direito A diz a B que é permitido sair do país portando U\$\$ 30.000 sem declarar à autoridades competentes, respondendo A por autoria mediata de evasão de divisas, enquanto B é autor imediato de evasão de divisas, tendo sua culpabilidade reduzida (2014, p. 26). Aqui também vale a observação do item anterior, pois o autor mediato pode ter provocado o erro ou se aproveitado deste erro.

c) No terceiro nível, estamos diante de uma atuação por parte do autor mediato levando ao erro do autor imediato, induzindo a uma excludente de ilicitude putativa, atuando o sujeito da frente de forma típica e ilícita, mas acreditando estar em uma hipótese de excludente da ilicitude. O próprio Roxin adverte que a hipótese tem pouca aplicação prática, não havendo muita distinção em relação ao induzimento ao erro real, hipótese do item a, ou o induzimento a um erro sobre a ocorrência de uma excludente de ilicitude (ALFLEN, 2014, p. 133). Assim, se A induz falsamente B a acreditar que C está vindo em sua direção para lhe matar, e lhe entrega uma arma para se defender, e C, ao chegar ao local e colocar a mão na cintura para pegar um cigarro é baleado por B, A responderá como autor mediato do homicídio, e B, embora tenha praticado homicídio, havendo legítima defesa putativa, não responderá pelo fato, mesma solução encontrada na hipótese do item A, portanto.

d) O quarto nível do escalonamento referido por Roxin, notoriamente o mais controvertido das quatro hipóteses, refere-se aos erros que não excluem e nem diminuem o dolo ou a culpabilidade do homem da frente. Aqui, o homem da frente atua de forma típica, ilícita e culpável, sem qualquer hipótese de redução de sua culpabilidade (como no erro de proibição evitável), porém o seu conhecimento sobre o âmbito do tipo penal é menor do que o conhecimento do sujeito de trás, havendo grande aproximação com o instituto da instigação. Roxin trabalha com três hipóteses de indução ao erro: 1) a indução ao erro no tocante à medida do injusto, o sujeito A afirma a B que o relógio Rolex de C é falsificado, instigando B a quebra-lo, sendo que o relógio é um autêntico Rolex, A será autor mediato do crime de dano, enquanto B será autor imediato; 2) a indução ao erro quanto às circunstâncias que fundamentam a qualificação, se A instiga B a colocar uma inofensiva pimenta nos olhos de C, enquanto A sabe que aquela substância irá causar a cegueira de C, A será autor mediato de lesão corporal grave, enquanto B será autor imediato de lesão corporal leve; 3) a indução ao erro em relação a pessoa, se A pede para que B atire em C, quando na verdade A sabe que quem está na mira de B é D e portanto o disparo irá acertar D, A responderá como autor mediato do homicídio de D, enquanto B responderá como autor imediato, porém, em virtude do erro, como se efetivamente houvesse atingido C.

Para Roxin o fator determinante nas quatro hipóteses é o conhecimento superior do sujeito de trás, que lhe propicia controle total ou parcial sobre o sujeito da frente, havendo domínio da vontade deste. Nos casos citados, tanto o sujeito de trás quanto o sujeito da frente, serão autores, tratando-se de hipótese de autoria mediata por meio de um instrumento plenamente responsável; um autor por trás do autor (GRECO, 2014, p. 27).

Não há, no conceito de autoria mediata por domínio da vontade de Roxin, qualquer pretensão de universalidade, sendo que o próprio fundamento de domínio do fato trata-se um conceito aberto.

Entre as diversas críticas apresentadas às hipóteses de autoria mediata de Roxin, Rodrigo Alflen destaca que o autor não fundamenta em qual critério se baseia o conceito de domínio do fato apresentado, além de afirmar que poder-se-ia chegar as mesmas conclusões através de diretrizes dogmáticas anteriores a Roxin, em todos os casos, ou na maioria deles (ALFLEN, 2014, p. 136).

O critério de domínio do fato não é sugerido com a pretensão de sua universal aplicação a toda e qualquer espécie de delito. Outros critérios, também podem ser utilizados para determinação da autoria. Isto posto, temos como critério geral de orientação a premissa de que autor é a figura central do acontecer típico.

6. DOMÍNIO DA VONTADE EM VIRTUDE DE ESTRUTURAS ORGANIZADAS DE PODER

A terceira manifestação do domínio da vontade ocorre em virtude de estruturas organizadas de poder. O conceito de domínio por organização foi apresentado por Roxin em 1963 na obra “Autoria e domínio do fato no direito penal”, sendo uma concepção distinta do domínio da vontade por erro e por coação.

A ideia básica de Roxin era a de que, utilizando o critério do domínio do fato como definidor da autoria, somente poderia haver domínio de um acontecimento, sem executar diretamente ou funcionalmente o delito, como na autoria imediata e na coautoria, sendo estas formas: obrigando ou forçando o autor imediato, enganando ou diminuindo a compreensão do executor, e a terceira, ideia inovadora, dominar o acontecimento através de uma estrutura que assegure a execução das ordens do autor mediato, sem força ou engano, porque a própria estrutura assegura a execução do delito (ROXIN, 2014, p. 111).

Na hipótese aqui apresentada o sujeito de trás possui o domínio do acontecimento, mesmo o sujeito da frente tendo plena responsabilidade penal. O sujeito que dá a ordem não precisa da coação ou do erro para dominar a vontade do sujeito da frente, porque a estrutura organizada de poder, mesmo se uma pessoa desiste de cumprir a ordem, outras assumirão esta função e concluirão o intento do sujeito de trás.

Roxin destaca que, devido a esta característica de fungibilidade nas estruturas organizadas de poder, muitas vezes o autor mediato nem mesmo conhece pessoalmente quem irá executar suas ordens (2014, p. 111).

A preocupação do jurista alemão para estruturação da teoria partiu expressamente da jurisprudência da época, que julgava crimes que não eram cometidos somente por autores imediatos, ou coautores, mas sim crimes cometidos por meio de estruturas organizadas de poder, apontando como exemplos os casos Eichmann, um burocrata do governo durante o período nazista na Alemanha, que foi condenado à morte em Israel em 1961, tendo alegado em sua defesa que nunca havia matado um judeu, e Staschinskij, caso já abordado.

O domínio da vontade em virtude de estruturas organizadas de poder é um dos temas mais discutidos pela doutrina em relação à autoria, e vem sendo profundamente debatido e aprimorado, inclusive pelo próprio Roxin. O crescimento

da discussão em torno da doutrina é também reflexo do crescimento de crimes complexos cometidos através destas estruturas, inclusive de caráter transnacionais.

6.1 Do rechaço à coautoria e à instigação

Alguns autores como Otto, Jescheck e Jakobs defendem que os delitos cometidos pelo homem de trás em estruturas organizadas do poder não seriam hipóteses de autoria mediata, mas sim verdadeira manifestação de coautoria. Roxin rechaça esta hipótese afirmando que faltam todos os pressupostos da coautoria (ROXIN, 2009, p. 71).

O primeiro pressuposto da coautoria que não se encontra presente seria a inexistência de decisão comum para prática do delito, vez que o homem da frente não participa da tomada de decisões, apenas acata a ordem emanada pelo homem de trás.

O segundo pressuposto da coautoria que também não existe nestas hipóteses é a obrigação mútua para o cometimento do delito, não havendo entre o homem de trás e o homem da frente uma relação horizontal, que implique obrigações e direitos, mas sim uma relação hierárquica vertical, pois o homem da frente cumpre uma ordem, sem poder exigir qualquer obrigação do homem de trás.

Por fim, também ausente a execução conjunta do fato, pois o homem de trás não atua nem mesmo na fase de preparação do ato, somente dá a ordem para a execução do delito, ficando a fase de preparação e execução do delito a cargo do homem da frente. Destaca Roxin que a coautoria é *“reconhecida como cooperação baseada na divisão do trabalho através da participação ajustada ao fato”* (2009, p. 72), portanto, ausentes elementos capazes de caracterizar a hipótese como coautoria.

Já para outra parcela da doutrina, quando o delito for cometido por algum indivíduo subordinado a uma estrutura organizada de poder, cumprindo uma ordem emanada da cúpula dirigente daquela organização, ou mesmo quando os subordinados atuam instigados ou estimulados por estes dirigentes, estes não poderiam responder como autores do delito, e teriam que ter obrigatoriamente uma pena inferior à dos autores que efetivamente praticaram o tipo penal (ALONSO, 2013, p. 190). Os dirigentes, portanto, responderiam somente de forma acessória, justamente por não serem a figura central do acontecer típico, respondendo como

meros partícipes, vez que influenciaram psicologicamente os autores imediatos, mas na fase executória do delito não praticaram nenhuma conduta.

Em sua obra, Santiago Mir Puig, concorda com esse posicionamento, uma vez que, sendo o subordinado daquela organização livre e plenamente responsável pelos seus atos, somente ele tem o efetivo domínio do fato, sendo o homem da frente responsável por definir se o delito irá ocorrer ou não (2008, p. 376). Contrário senso, por mais importante que a ordem emanada do dirigente da organização for, enquanto não houver coação ou erro, ele não terá efetivo domínio sobre a realização do tipo penal, não tendo certeza se efetivamente suas ordens serão cumpridas ou não, somente podendo ser responsabilizado penalmente se efetivamente o autor imediato decidir livre e conscientemente realizar o delito.

Outros autores, como Silva Sánchez e Munõz Conde, discordam desse posicionamento, afirmando ser desproporcional que os dirigentes destas organizações, em virtude da estrutura organizada, hierarquizada, com divisão de tarefas, sejam responsabilizados como mero partícipes (ALONSO, 2013, p. 191).

A posição confrontante foi elaborada por Roxin, desenvolvendo a concepção de que a autoria não se limitaria a quem nessas condições executasse o delito, podendo também ser considerados autores os dirigentes que determinassem a realização desta conduta delituosa, vez que possuem o domínio do fato e determinam como ele será realizado. Essa possibilidade fica clara ao ser analisado o caso Eichmann, alemão que ocupava um cargo chave no governo nazista, e em seu julgamento em Jerusalém, em 1961, foi condenado à morte. Para Roxin, quando Eichmann dava uma ordem de matar os judeus, ele estava seguro da execução de sua determinação, porque de forma diferente ao que ocorre na indução, a negativa de um dos indicados para executar a tarefa, não impediria que ela fosse executada. A própria estrutura do governo de Hitler garantiria que outro executasse a ordem (ROXIN, 2000, p. 273). Nesta hipótese, será autor mediato todo aquele que está em uma posição de comando em uma estrutura organizada de poder, e pelo seu nível de hierarquia pode conseguir, mediante uma ordem ou instrução, que delitos sejam cometidos, independente de quem for o executor.

Em um direito penal do fato, o instigador não pode ser o centro do acontecer típico, pois nos delitos cometidos pelo homem de trás, em estruturas organizadas de poder, a responsabilidade para realização do delito é maior em relação ao autor de escrivania do que em relação ao executor da ordem. Esta foi a conclusão do

Tribunal Distrital de Jerusalém ao julgar Eichmann: *“a responsabilidade aumenta quanto mais nos afastamos daquele que coloca em execução com suas próprias mãos a arma mortal e chegamos ao nível mais elevado da ordem”* (Apud ROXIN, 2009, p. 74). Em sentido semelhante Kai Ambos afirma que o Tribunal de Jerusalém condenou Eichmann como principal ofensor dos homicídios praticados contra os judeus, sem fazer uso da teoria de Roxin, que somente seria elaborada dois anos após, em 1963, mas reconhecendo uma responsabilidade coletiva ou de organização (2012, p. 16). Portanto, não são compatíveis as idéias de instigação e domínio do fato, sendo mais adequado o enquadramento do homem de trás em uma hipótese de autoria mediata.

6.2 Domínio do dirigente sobre a vontade dos membros da organização

Como abordado no tópico anterior, a terceira forma de domínio da vontade ocorre em virtude de estruturas organizadas de poder, modalidade de domínio da vontade também chamada “domínio da organização” (ROXIN, 2000, p. 271), caracterizando-se principalmente pelo modo de funcionamento específico da estrutura da organização, que está à disposição do homem de trás. Esta estrutura funciona sem que seja decisiva a figura da pessoa que executa a ordem do homem de trás, sendo essa execução praticamente automática (AMBOS, 1999, p. 2).

Os delitos aqui tratados têm de ser praticados dentro de uma estrutura organizada de poder, como as forças armadas, grupos terroristas, organizações criminosas, em que as decisões executadas pelos seus membros geralmente são tomadas pelos autores de escrivania, ou dirigentes desses grupos, que normalmente não aparecem externamente para praticar o delito, mas tomam as decisões e praticam os delitos protegidos pela estrutura organizacional dos grupos. Estes fatores dificultam as investigações e identificação dos verdadeiros responsáveis pelo acontecimento típico, assim como os verdadeiros beneficiados pela ação do autor imediato, já que os dirigentes nem mesmo participam da fase preparatória do delito, atuando somente ao dar a ordem para o cometimento do crime, ficando as demais fases distribuídas entre os integrantes da estrutura da organização. Os autores imediatos apenas cumprem a determinação emanada da organização, tendo reduzido domínio sobre a realização do tipo.

A doutrina tradicional penal sobre autoria teria dificuldades em responsabilizar penalmente esses dirigentes que determinam a realização do delito, mas não atuam nem mesmo na fase de preparação do crime, dentro da estrutura organizada, se tornando a própria organização um escudo para eventual responsabilização dos homens de trás. Carolina Bolea Bardon destaca que essa delinquência organizada é uma consequência do desenvolvimento da sociedade nas últimas décadas, e ressalta que o fato do direito penal positivo criminalizar a conduta de participar de organização criminosa não resolve a questão sobre a responsabilidade específica dos dirigentes em cada uma das condutas praticadas pelos membros da organização (BARDON, 2000, p. 339).

A questão que se coloca aqui é como fundamentar uma autoria mediata nas hipóteses de domínio por organização, e insurgindo a dúvida acerca da possibilidade da autoria mediata, ainda que o autor imediato seja plenamente responsável.

A resposta ao questionamento é extremamente importante, porque, nos termos do artigo 29 do Código Penal, a instigação, auxílio e participação são formas de responsabilização acessórias em delitos cometidos por terceiros, somente havendo essa responsabilização se este terceiro chega ao menos a tentar executar o delito. Se entendermos que, na verdade, a atuação destes dirigentes não é acessória e sim hipótese de autoria mediata, a responsabilização penal dos autores imediatos é irrelevante para determinação da responsabilização do autor mediato que planejou e determinou a realização do delito (ALONSO, 2013, p. 190).

Alflen afirma que o domínio da organização se desenvolve sobre três pilares, sendo o primeiro deles a estrutura organizada de poder, que acaba por traduzir-se no instrumento utilizado pelo autor mediato para realização do delito (2014, p. 138).

Roxin defende a impossibilidade de enquadramento dos crimes praticados pelo sujeito de trás em estruturas organizadas de poder através da realização da conduta pelo sujeito da frente, em hipóteses de coautoria ou instigação. Os autores que defendem essa posição afirmam que não é possível existir um autor por trás de outro autor plenamente responsável. Portanto, se o autor que efetua os disparos em um campo de concentração é plenamente responsável, o superior hierárquico que determinou efetuar os disparos não pode ser considerado autor, pois somente o primeiro possui o domínio do fato – argumento defendido inicialmente por Welzel, que posteriormente modificou sua opinião (APUD ROXIN, 2009, p. 78), e também defendido por Mir Puig, conforme já exposto.

O primeiro pilar para existência do domínio pela organização é a existência da própria estrutura organizada de poder, que se traduz no verdadeiro instrumento utilizado pelo homem de trás para prática do delito, não possuindo o homem da frente papel decisivo para realização do feito, e, se recusasse a prática do delito, a própria organização seria capaz de substituir o executor para assegurar o cumprimento da ordem do autor de escrivania. O instrumento, portanto, é composto por diversas pessoas com funções pré-estabelecidas para o funcionamento adequado da organização.

Roxin destaca que esta característica é defendida até mesmo por autores contrários a hipótese de autoria mediata através de pessoa plenamente capaz, citando que Rotsch, embora defenda a posição de que o homem de trás traduz-se na figura de instigador e não de autor mediato, concorda que “*o domínio por organização não pressupõe nenhum domínio na conduta típica, senão apenas o domínio do resultado típico*” (ROTSCH apud ROXIN, 2009, p. 78). Embora o autor de escrivania não tenha controle sobre como ou por quem o delito será praticado, a estrutura da organização assegura que o resultado pretendido será alcançado.

Podemos concluir que Eichmann, ao determinar o extermínio em massa de judeus, não saberia quem efetivamente fosse responsável pela execução do delito, ou a exatidão de como e onde o fato iria ser realizado, porém, possuía o domínio do fato, uma vez que, através de sua vontade, a estrutura da organização asseguraria o cumprimento de suas ordens e, portanto, garantiria o seu domínio sobre o resultado típico, sendo ele, sem dúvida, a figura central do acontecer típico, responsável por acionar o aparato de extermínio.

O segundo pilar diz respeito ao fato de que o homem de trás e o executor das ordens possuam ambos o domínio do fato, em proporções diferentes e de maneiras diferentes, mas sem se excluírem mutuamente. O executor que aciona a câmara de gás possui o domínio da ação que levará ao resultado morte, enquanto o homem de trás que determina o extermínio em massa possui o domínio sobre a organização, que irá assegurar que sua ordem seja executada. É justamente essa garantia de cumprimento de suas ordens que garantirá ao homem de trás o domínio do fato (ROXIN, 2009, p. 79). Ao mesmo tempo em que o homem de trás possui o domínio do fato ao ter assegurado a produção do resultado pelo instrumento organização, esse domínio não afasta o domínio da ação do executor, que poderia não realizar o

delito, embora a ação, de qualquer forma, ao final fosse realizada por outro executor, aquele executor específico não seria responsabilizado.

O terceiro pilar consiste no fato de que o instrumento utilizado pelo homem de trás, a estrutura organizada do poder, assegura maior segurança ao autor mediato de que sua ordem será cumprida, certeza do resultado maior até mesmo do que na autoria mediata por coação ou erro, em que muitas vezes o autor mediato não tem inteiramente nas mãos a ocorrência do resultado (ROXIN, 2009, p. 80).

Os três pilares são complementares e caracterizam o domínio da vontade do homem de trás através das estruturas organizadas de poder, características que, para chegarmos a conclusão da existência da autoria mediata, devem estar associadas aos pressupostos do domínio por organização que serão agora abordados.

6.3 Dos elementos do conceito de autoria mediata através de estruturas organizadas de poder

Para sistematizar sua teoria, Roxin apresenta quatro elementos essenciais para a caracterização da autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, que devem estar associados ao domínio da organização: o poder de mando; a desvinculação do direito pela estrutura organizada de poder; a fungibilidade do executor direito; e a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.

Ao aplicar a teoria em seus julgamentos, o Tribunal Penal Internacional acrescenta dois elementos essenciais, de modo que o homem de trás deve possuir todos os elementos subjetivos do delito e deve estar consciente das circunstâncias fáticas que lhe permitem exercitar seu domínio do fato através das estruturas organizadas de poder. Assim, Alonso destaca:

Por tanto se puede afirmar que el concepto de autoría mediata a través de EOP exige que el dirigente que utiliza la estructura organizada de poder bajo su control para cometer los delitos, posea todos los elementos subjetivos que requiere la definición de los mismos, incluyendo todo dolo especial²⁰⁴. Además, el dirigente tiene ser consciente de su dominio sobre la comisión del hecho punible, lo que incluye el ser consciente de su posición de dirigencia dentro de la organización, y el conocimiento del automatismo en el cumplimiento de sus órdenes derivado del carácter fungible de sus subordinados, del severo entrenamiento al que han sido sometido los miembros menores de edad, o de cualquier otro criterio que la jurisprudencia de la CPI pueda aceptar en un futuro como fundamento de dicho automatismo. (ALONSO, 2013, p. 196).

Elementos que, apesar de óbvios, evitam um equívoco comum em relação a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, asseguram que a teoria não seja desvirtuada para implicação de responsabilização penal objetiva dos dirigentes de organizações.

6.3.1 O poder de mando

O primeiro elemento seria o poder de mando do homem de trás, já que somente pode ser autor mediato aquele que exerce posição de comando dentro de uma organização, e exerce este poder de mando para o cometimento de crimes. Assim, Roxin esclarece que o comandante de um campo de concentração nazista é autor mediato dos assassinatos ordenados por ele, e executados pelos seus soldados, como no caso Eichmann, mesmo quando esta ordem era recebida de um superior, esclarecendo que na estrutura organizada do poder, devido a hierarquia, podem haver muitos autores mediatos, um atrás do outro, até o topo da cadeia de comando (ROXIN, 2000, p. 276). Neste sentido, a Sala de Questões Preliminares do TPI:

(...) La capacidad del líder para asegurar este cumplimiento automático de sus órdenes es la base de su responsabilidad por autoría –en lugar de participación. La máxima autoridad no ordena meramente la comisión de un delito, sino que a través de su control sobre la organización esencialmente decide si y cómo será cometido. (SQP apud ALONSO, 2013, p. 205).

Já a equipe de apoio da estrutura organizada, que não deu ou repassou a ordem, e nem executou a ação típica, mas deu subsídio estrutural para realização do delito, somente pode ser punida a título de participação (ROXIN, 2009, p. 81).

Para Ambos a atuação dos superiores intermediários não poderia ser enquadrada como autoria mediata, vez que eles não têm certeza do cumprimento de suas ordens, que podem ser canceladas a qualquer momento pelos seus superiores. Para o jurista alemão, a solução mais adequada em relação a estes superiores intermediários, seria a coautoria, vez que estaria mais próxima à execução das suas ordens de um acordo de vontade tácito, reconhecendo, porém, que esta não seria a melhor solução jurídica (AMBOS apud ALONSO, 2013, P. 209-210).

No julgamento do caso Katanga e Ngudjolo o TPI também esclareceu que, tanto o homem de trás quanto o homem da frente, devem pertencer a mesma

organização, existindo uma relação de superioridade hierárquica entre estes (ALONSO, 2013, p. 204).

Importante destacar que esta hierarquia não pode ser interpretada como exclusiva de estruturas de poder estatais, como defendido por Osiel (2009, p.100), já que estruturas organizadas e hierarquizadas não são exclusivas das forças armadas, e muito menos das organizações estatais, estando presentes em diversos aparatos, entre elas, as organizações às margens da lei. Em sua obra Alonso destaca que o TPI expressamente aplicou a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder a dirigentes máximos de milícias, como aplicado aos Ministros de Agricultura e Educação Superior do Quênia, pela direção do Movimento Democrático Naranja (ALONSO, 2013, p. 205).

Um dos desafios enfrentados pela teoria, que deve ser superado pelo operador ao aplicar a autoria mediata através de estruturas organizadas do poder, é verificar se o grau de poder exercido pelo autor mediato é suficiente para assegurar a execução automática de suas ordens, ou se o seu grau de poder possui somente forte influência para a execução de suas ideias, hipótese em que o enquadramento mais apropriado seria a instigação, em lugar da autoria mediata.

6.3.2 *A desvinculação do direito pela estrutura organizada de poder*

O segundo elemento é justamente a desvinculação do direito pela estrutura organizada de poder, não sendo a desvinculação obrigatória em todos os aspectos da organização, mas apenas no marco dos tipos penais cometidas por ela (ROXIN, 2009, p. 81). Nesse sentido, as ações do governo nazista e do governo da antiga União Soviética ocorreram muitas vezes dentro da legalidade, porém, alguns âmbitos de sua atuação, como os campos de concentração ou os disparos efetuados pelos soldados sobre o muro de Berlim naquelas pessoas que tentavam fugir do lado soviético, caracterizaram atividades desvinculadas do direito. Roxin reconhece que este é um dos pontos mais polêmicos de sua teoria, sendo contestado até mesmo por autores partidários de sua teoria, como Kai Ambos, para quem “*el dominio de organización depende únicamente de la estructura de la organización en cuestión y del número de ejecutores intercambiables*” (1999, p. 12-13).

Essa desvinculação do direito deve ser analisada sob a avaliação do direito atual, e não sob avaliação do antigo sistema. Assim, a ordem de morte dos dirigentes que determinaram os disparos no muro de Berlim seria desvinculada do direito, ainda que eles entendessem que estavam atuando dentro do direito.

Fica evidente que, se os soldados em cima do muro houvessem recusado efetuar os disparos contra quem tentou fugir, os homicídios não teriam ocorrido, e, se outro soldado fosse chamado a substituir aquele que se recusou, e este também recusasse, e esta fosse também a atitude dos demais soldados, os disparos não teriam ocorrido e não haveria crime – daí se inferir que a estrutura organizada deve operar criminosamente como um todo (ALFLEN, 2014, p. 141), assegurado o cumprimento automático da ordem do homem de trás.

Se a organização atuasse dentro da lei, pouquíssimas pessoas tenderiam a cumprir uma ordem de cometer um crime, o que retiraria o caráter de automatismo da execução da determinação do homem de trás, e, portanto, afastaria também o seu controle do fato. Além disto, as ordens de cometimento de delitos teriam que ser dadas de forma secreta, sem que os membros que não estivessem dispostos a cometer ilícitos tivessem ciência da ordem, sob pena de eventualmente denunciarem a prática dos ilícitos aos órgãos de segurança pública. Nessa estrutura não desvinculada do direito os delitos seriam cometidos “*contra a estrutura organizada de poder*” e não “*através da estrutura organizada de poder*” (ALONSO, 2013, p. 201), de forma que quem praticasse o ilícito penal seria autor imediato do delito, e quem deu a ordem somente poderia responder por sua participação.

6.3.3 A fungibilidade do executor direto

O terceiro elemento é representado pela possibilidade de substituição do executor das ordens do homem de trás, garantindo que, havendo recusa por parte de um dos executores, o delito será executado por outro membro da estrutura organizada de poder. Uma das garantias da execução da ordem do homem de trás, e, portanto, do domínio do fato deste, é a existência de múltiplos executores potenciais de suas ordens. Os autores imediatos são fungíveis, sendo geralmente uma figura desconhecida do homem de trás, mas sempre substituível (ROXIN, 2000, p. 272).

O critério da fungibilidade também foi adotado pela SQP do TPI no julgamento do caso Katanga e Ngudlolo:

(...) Además, las características particulares del aparato organizado y jerárquico permiten al dirigente garantizar efectivamente la comisión de los delitos. En esencia, el control del dirigente sobre el aparato le permite utilizar a sus subordinados como “un mero engranaje en una máquina gigante” para producir el resultado delictivo “automáticamente” (...) Sobre todo, esta “mecanización” procura asegurar que la ejecución exitosa del plan no se verá comprometida porque algún subordinado particular no cumpla con la orden. Cualquiera de los subordinados que no cumpla puede ser simplemente reemplazado por otro que lo hará; el ejecutor real de la orden simplemente es un individuo fungible. Como tal, la organización también debe ser suficientemente grande como para proporcionar un número suficiente de subordinados (...) La principal característica de este tipo de organización es un mecanismo que permite a sus más altas autoridades asegurar el cumplimiento automático de sus órdenes. Por lo tanto, ‘dicha organización desarrolla concretamente una vida que es independiente de la composición variable de sus miembros. Ella funciona sin depender de la identidad individual del ejecutor, como si fuera automática.’ Por lo tanto, la autoridad que emite una orden dentro de una organización tal assume un tipo de responsabilidad diferente que la de los casos ordinarios de emisión de órdenes criminales. En estos últimos casos, el artículo 25(3)(b) del Estatuto establece que un dirigente o comandante que ordena la comisión de un delito puede ser considerado partícipe. (SQP apud ALONSO, 2013, p. 198).

Ambos destaca que o critério da fungibilidade foi utilizado pela Sala Especial Penal da Suprema Corte do Peru ao julgar o ex-presidente Alberto Fujimori em 2009, constando da decisão que o dirigente da organização, com a finalidade de evitar qualquer erro no cumprimento de suas ordens, seleciona um conjunto de possíveis autores imediatos entre os membros mais qualificados para a execução da ordem dentro da estrutura organizacional, para realizar a conduta típica, mesmo que um destes membros se recuse a cumprir o delito, outros o fariam (2011, p. 155).

Em oposição, Schroeder afirma que podem existir na organização especialistas imprescindíveis para a execução do delito, e, portanto, não substituíveis, argumento que é afastado pelo próprio Roxin ao afirmar que, se um indivíduo é insubstituível, a ordem do homem de trás não pode ser executada sem ele, o domínio do fato está integralmente nas mãos deste especialista, afastada a hipótese de autoria mediata através da estrutura organizada de poder. Se o especialista decidir executar a ordem, será ele autor imediato, enquanto o homem de trás será instigador do delito (ROXIN, 2009, p. 83).

Com a oposição de Schroeder, fica demonstrado que nem todos os delitos cometidos pela estrutura organizada de poder, em cumprimento a ordens de

dirigentes, serão hipóteses de autoria mediata, devendo estar presentes todos os requisitos da teoria para configuração do domínio da vontade.

Outra oposição à fungibilidade, que ataca a própria existência do domínio do fato, seria a hipótese do executor ter clemência de eventual vítima e permitir que ela escape, argumentando Herzberg que, por exemplo, os executores dos tiros no muro de Berlim poderiam ter se recusado a efetuar os disparos, ou dolosamente ter errado os disparos (Apud ROXIN, 2009, p. 84). Este argumento também é afastado por Roxin, ao afirmar que, uma estrutura organizada de poder que permitisse aos seus membros tomarem decisões em desacordo com a cúpula, não seria uma organização capaz de funcionar, não sendo, portanto, aplicada a teoria a essas estruturas. Uma estrutura organizada de poderes teria um sistema de disciplina e vigilância mútua capaz de evitar estas hipóteses (ROXIN, 2009, p. 84).

Diante desta oposição, recentemente Roxin adicionou o quarto elemento essencial ao domínio através da estrutura organizacional; a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.

6.3.4 A disposição essencialmente elevada dos executores ao fato

Aos critérios do poder de mando, desvinculação do direito e fungibilidade, para aperfeiçoar a teoria, Roxin acrescenta a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato, em palestra proferida em 2006.

É pressuposto que um autor que participe de uma estrutura organizada de poder, desvinculada do direito, esteja sujeito a diversas influências específicas da organização, que não excluam sua responsabilidade, mas o inclinem a ser mais disposto ao cumprimento das ordens dos dirigentes, do que outros autores que não compõe a estrutura, inclinação essa que aumenta a probabilidade de cumprimento da ordem, e, portanto, aumenta o domínio do fato por parte do autor de escrivania (ROXIN, 2009, p. 86).

Alonso destaca que a Sala Penal Nacional do Peru, em 2006, ao julgar Abimael Guzmán pelo massacre de Lucanamarca, e sua autoria mediata através do grupo Sendero Luminoso, afirmou que no caso de grupos armados organizados o automatismo no cumprimento das ordens deriva tanto do seu caráter hierárquico, como na fungibilidade de seus membros, com atitude favorável destes para cumprir

ordens ilegais emanadas de seus dirigentes, com motivação política e ideológica, destacando:

Según la Sala Penal Nacional, mientras la fungibilidad de los miembros de la organización sólo aumenta la probabilidad de que se terminen ejecutando las órdenes de los dirigentes, el dominio que pueden ejercer éstos últimos sobre grupos armados organizados como Sendero Luminoso se basa en la actitud favorable de sus miembros hacia el cumplimiento de sus órdenes. (ALONSO, 2013, p. 136).

Em última instância, a integração a uma organização exige e provoca uma adaptação causada tanto pela predisposição do membro que a integra, como também pelos mecanismos diretos e indiretos de controle dentro da estrutura organizada de poder. Essa adaptação pode levar a realização de condutas que aquele indivíduo fora da estrutura organizacional não realizaria. Roxin indica diversos fatores que levam a essa adaptação, como ambição pela carreira, ostentação, reconhecimento superior, necessidade de aceitação por parte dos demais membros, deslumbramento ideológico, posição de poder, ou mesmo impulsos sádicos ou criminosos, além da crença de que se ele não executar a ordem, outro o fará (2009, p. 86).

Todos esses elementos de adaptação não excluem a culpabilidade ou a responsabilidade do homem da frente, do contrário, estaríamos diante de hipóteses de autoria mediata por erro ou coação, mas levam à inclinação do autor imediato a realização do delito.

6.4 Da (in)aplicabilidade do domínio da organização à criminalidade de empresa

Para a caracterização do domínio da vontade através das estruturas organizadas de poder é fundamental a presença de todos os elementos trabalhados até aqui, tanto os três fundamentos do domínio da organização pelo dirigente, quanto os quatro elementos essenciais para caracterização do domínio do fato pelo homem de trás. A tese da autoria mediata através de organizações criminosas foi inicialmente desenvolvida por Roxin em hipóteses de criminalidade estatal, em governos desvinculados do direito, como o governo nazista e o governo soviético, mas o autor também entende ser aplicável a teoria a grupos terroristas e a

organizações criminosas, desde que presentes todos os pressupostos de aplicação da teoria.

Contudo, o próprio Roxin rechaçou a ideia de aplicação de sua teoria à criminalidade empresarial, pelos motivos a seguir analisados. O jurista reconhece que o Supremo Tribunal Federal alemão defende a possibilidade de aplicação de autoria mediata através de organizações empresariais, tendo o juiz membro do BGH, Armin Nack, mencionado que o tribunal já pretendia utilizar a teoria de Roxin no caso do muro, e também pretendia ir além, aplicando a teoria também ao “*fato punível provocado pelo chefe de uma empresa, (...) no qual o colaborador da empresa atua <de acordo com a instrução>*” (NACK apud ROXIN, 2009, p. 87).

Para Roxin falta a esta espécie de criminalidade os elementos alencados acima, especialmente a desvinculação direito, posto que empresas, via de regra, tem o âmbito de sua atuação dentro da legalidade, o que também afastaria a predisposição dos executores para o cometimento do delito. Sendo lícita a atividade principal da empresa, os funcionários não estariam predispostos a cometer crimes pela empresa, o que afastaria o domínio do fato do homem de trás, sendo nessas hipóteses apenas instigador (ROXIN, 2000, p. 729).

Roxin aborda o exemplo de uma decisão do BGH na Alemanha, de interrupção de um tratamento médico, em que o filho e o médico de uma paciente idosa acometida de uma grave lesão cerebral, que não reagia a tratamento algum a três anos, instruíram os enfermeiros a interromper a alimentação artificial da paciente, causando a sua morte (BGHSt 40, 257 e ss.). O caso foi julgado em 1994, tendo o tribunal entendido que o filho e o médico seriam autores mediatos do homicídio. Para Roxin faltava ao hospital a desvinculação ao direito, vez que a principal atividade do hospital não poderia ser ilícita, faltava a fungibilidade dos executores, pois o número de enfermeiros que poderiam cortar a alimentação era limitado, e não se poderia obter outros, assim como não havia predisposição ao cometimento do fato pela equipe hospitalar (ROXIN, 2009, p. 88). Pode-se acrescentar aqui que, também, o filho não fazia parte da estrutura hierárquica da empresa, nem mesmo estando na linha de comando da organização, razões pelas quais, filho e médico não possuíam domínio do fato, podendo apenas ser responsabilizados por instigação.

A aplicação da teoria com a ausência de algum dos pressupostos poderia levar a ampliação equivocada do alcance da mesma, sendo necessário para sua configuração todos os pressupostos elencados para sua caracterização.

Outro julgamento analisado por Roxin, trata-se de uma decisão de 1997 em que o Supremo Tribunal Federal alemão puniu dirigentes fáticos de um sociedade empresarial de responsabilidade limitada, como autores mediatos de estelionatos que haviam sido cometidos por seus empregados em relação à encomenda de mercadorias, sem restar demonstrado “*nenhuma atuação concreta ou inclusive apenas o conhecimento atual dos acusados em relação às encomendas de mercadorias*” (2009, p. 89), o que sugere responsabilização penal objetiva dos dirigentes, hipótese semelhante ao que será analisado na ação penal 470, da suprema corte brasileira. O BGH levou em conta que os dirigentes se aproveitaram das condições básicas da estrutura organizacional das empresas.

Roxin reconhece que a utilização da teoria pelo BGH partiu de uma necessidade político-criminal de punir os membros da direção das empresas, que apoiaram ou permitiram condutas criminosas, como autores (2009, p. 91), necessidade que também se fez presente no julgamento pelo STF da ação penal 470. E nessa utilização mediante a necessidade político-criminal se assenta a maior crítica do autor a utilização deturpada da teoria.

Poder-se-ia, por outro lado, admitir a autoria mediata através de estruturas empresariais organizadas de poder quando presentes os pressupostos da teoria. Empresas econômicas que estivessem dedicadas a atividades ilícitas, como empresas de fachada, ou especializadas em lavagem de capitais, além de haver necessidade de fungibilidade e predisposição ao cumprimento da ordem do homem de trás, e também o poder de mando do autor de escrivania, hipótese que a estrutura empresarial é, na verdade, uma estrutura organizada de poder à margem da lei. Todos esses elementos têm que ser provados, e, por óbvio, também deve ser demonstrado o dolo do homem de trás, e sua consciência da sua posição de comando e do domínio do fato, nenhum desses elementos pode ser presumido, cabendo a acusação provar a presença de todos os requisitos para caracterização desta modalidade de autoria mediata.

7. CRÍTICAS À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A teoria do domínio do fato desenvolvida por Roxin ao longo de décadas, embora tenha tido ampla aceitação por parte da doutrina e jurisprudência pelo mundo, foi igualmente alvo de inúmeras críticas por parte de diversos autores. Neste capítulo serão analisadas as principais críticas a sua teoria, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, o que demandaria uma obra para o aprofundamento necessário, como fez Jakobs no ensaio intitulado “*Crítica à teoria do domínio do fato*”.

A primeira crítica apresentada ao desenvolvimento teórico de Roxin é direcionada ao seu conceito aberto de domínio do fato. Alflen afirma que o jurista se propôs a superar seus antecessores, como Welzel e delimitar o conceito de “*domínio do fato*”, ou “*o que é dominar um fato?*”, e neste ponto reside o principal déficit de sua teoria, justamente em não conseguir definir o que é domínio do fato, a proposição inicial de todo seu estudo sobre o tema, concluindo Alflen que “*em nenhum momento o jurista alemão se preocupa em dizer o que entende por “dominar o fato”*” (2014, p. 152).

Embora a delimitação de “domínio do fato” de Roxin não seja precisa como os conceitos próprios das ciências exatas, o autor cria um conceito aberto de domínio do fato em torno da figura central do acontecer típico, conforme demonstrado nos itens 5.2 e 5.3, sendo que o domínio do fato é o desdobramento dessa figura central do acontecer típico, caracterizado em três manifestações mais concretas, os domínios da ação, funcional do fato e da vontade. O próprio autor reconhece que a ideia de domínio do fato não é aplicada a todos os delitos, não tendo pretensão de universalidade, não se aplicando, por exemplo, aos delitos de dever, aos delitos de mão própria e aos delitos culposos (GRECO, 2014, p. 44).

A segunda crítica apresentada por Alflen diz respeito a generalidade excessiva da teoria e a conseqüente inadmissibilidade como critério e inobservância à função dogmática:

Roxin afirma que desenvolve o “*critério da figura central*” (“*Zentralgestalt*”) para a delimitação do conceito de autoria e que tal critério “*não é um conceito a partir do qual se possam deduzir delimitações concretas*”, mas sim “*uma medida diretiva*” (“*ein leitender Maßstab*”), “*um critério formal*” (“*ein formales Kriterium*”). A primeira questão que surge a partir daí é: qual o critério? Ou ainda: o que é o “critério”, cuja expressão vem do grego *kritérion*, é uma característica que permite reconhecer algo ou distinguir uma

coisa de outra, em outras palavras, critério apresenta o caminho que permite evidenciar um saber. (ALFLEN, 2014, p. 152).

Da ausência de critério, Alflen aponta que decorrem três grandes problemas, uma vez que Roxin não esclarece quem é a figura central e quais as diretrizes serão utilizadas para se chegar a figura central, sendo que a ideia de figura central “*ao mesmo tempo em que diz tudo, não diz nada*”; a teoria se assenta em um conceito indeterminado, desenvolvido a partir de um procedimento descartiano, partindo dos aspectos legais do § 25 do StGB para a generalização absoluta da aplicação de sua teoria; a disparidade entre a teoria de Roxin e as diretrizes legais evidenciam sua inobservância a dogmática jurídica, ao não estabelecer critérios para aplicação das disposições legais, a teoria do domínio do fato conforme desenvolvida por Roxin, dada seu caráter extremamente genérico, traz diretiva dogmática menos precisa do que a lei (ALFLEN, 2014, p.152-155).

Não nos parece que Roxin se exima da responsabilidade de apontar dentro do seu conceito aberto de domínio do fato quem é a figura central do acontecer típico, daí o conceito de domínio do fato através do domínio da ação na autoria imediata, o domínio funcional na coautoria e o domínio da vontade na autoria mediata, conforme abordado no item 5.3, que desenvolve quem será a figura central do acontecer típico, dentro da metodologia do estudo realizado pelo jurista. Poder-se-ia questionar a amplitude destes conceitos ou o casuísmo de sua aplicação, mas essa amplitude e o casuísmo foram construções deliberadas do jurista alemão, ao criar um conceito aberto, com fundamento em hipóteses restritas delimitadas pelo legislador, mas que permitam ao operador sua adequação ao aplicar a teoria ao caso concreto, conforme discutido no item 5.2. Por outro lado, o amplo espaço que a teoria ganhou tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, na Alemanha, Chile, Espanha, Peru, Argentina, Brasil e no Tribunal Penal Internacional demonstram que a teoria possui valor dogmático, do contrário não haveria espaço para aplicação e discussão em relação a doutrina.

Para Alflen a teoria possui déficits programáticos, não auxiliando na práxis, ao contrário, conturbando sua aplicação, como evidenciado na jurisprudência alemã, tendo o próprio Roxin rechaçado a ideia da utilização de sua teoria aos crimes praticados por meio de empresas econômicas, como feito pelo BGH (ALFLEN, 2014, p. 155).

Toda teoria jurídica está sujeita ao seu desvirtuamento por parte do operador, ou a sua utilização direcionada a atender determinadas demandas, com casuismo jurídico, como sua utilização para servir necessidades político-criminais, como parece ser a hipótese de aplicação da autoria mediata através de estruturas empresariais organizadas de poder na jurisprudência alemã. Esse desvirtuamento decorre da vontade do operador em não observar os requisitos da teoria, ou do próprio desconhecimento acerca de seus aspectos elementares, portanto o erro não se encontra na autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, mas sim em sua utilização equivocada pelo operador, por dolo ou culpa.

Para Pablo Rodrigo Alflen a teoria de Roxin apresenta contradição conceitual, ao afirmar que o conceito de domínio do fato não pode ser indeterminado, deixando todo o espectro de sua delimitação ao operador, e também não pode ser fechado, deixando todo o espectro de sua delimitação ao legislador. Roxin acaba por não definir um conceito válido (ALFLEN, 2014, p. 155).

Embora o conceito aberto de domínio do fato definido por Roxin apresente dificuldades reconhecidas pelo próprio autor, ele acaba por optar por esta construção dogmática ao entender que parte do conceito seria delimitado pelo legislador, no caso alemão o § 25 do StGB, e outra parte seria aberta, partindo de formulações teóricas e estudos de caso. Assim, o jurista alemão toma um posicionamento, embora imperfeito, adequado a ciências sociais, conforme abordado no tópico 5.2.

Alflen aponta também a falta de delimitação do alcance da concepção de domínio do fato. Citando Rotsch, o jurista questiona como seria o domínio do fato em relação a crimes de perigo comum, ou que causassem perigo a terceiros, como o homicídio qualificado por meio que cause o perigo comum. O autor do delito nessas hipóteses não tem o controle sobre o perigo causado, portanto a teoria de Roxin seria, na verdade, uma teoria da ação, pois *“autor, segundo a teoria do domínio do fato, é somente aquele que tem o domínio sobre o curso causal”* (ROTSCH apud ALFLEN, 2014, p. 156-157). Crítica semelhante é apresentada por Jakobs, ao afirmar que nem sempre o domínio sobre o risco estará depositado no último que atua em uma conduta (2003, p. 5-6).

Roxin, ao abordar o domínio do fato em suas três hipóteses trabalhadas, imediata, coautoria e mediata, não parece exigir que o autor, figura central do acontecer típico, tenha pleno controle do resultado de sua ação típica, controle esse

que seria impossível, principalmente em crimes de perigo comum. O que se exige da figura central do acontecer típico é o domínio sobre o fato que gerará o risco, e esse é o sentido extraído de diversas passagens do autor, podendo-se citar especificamente, ao se referir a coautoria em delitos de imprudência, onde Roxin afirma que cada coautor responderá pelo risco gerado por sua conduta conjuntamente (2014, p. 169).

Uma das críticas mais relevantes de Alflen à teoria, diz respeito a concepção empirista adotada por Roxin, já que este concebe sua teoria a partir de dados empíricos, afirmando que o jurista alemão defende que a dogmática penal deve elaborar seus conceitos a partir de conhecimentos empíricos (ALFLEN, 2014, p. 157). Partindo deste pressuposto, Roxin elabora a sua teoria através de premissas empíricas. Argumenta Alflen que, segundo Popper, uma teoria não pode se fundamentar em dados empíricos, sendo que estes dados somente servem para inferir a falsidade de uma teoria, através de um método indutivo (POPPER apud ALFLEN, 2014, p. 157). Sendo, portanto, a concepção de Roxin limitada, não se transmitindo a outros casos, como aos crimes praticados através de organizações empresariais, logo a teoria carece de valor científico, uma vez que estabelece uma teoria da autoria para casos específicos.

Beatriz Vargas Ramos, por sua vez, critica a teoria do domínio do fato desenvolvida por Roxin tendo em vista a admissão da participação somente na forma dolosa (1996, p. 124).

Sem entrar no mérito da discussão da validade ou invalidade de um método empírico para construção da dogmática jurídica, é preciso ressaltar que Roxin parte de problemas empíricos para construção de sua teoria, mas não a fundamenta exclusivamente em conceitos empíricos. Antes, utiliza em seu conceito aberto de domínio do fato, que em parte é construído com diversos modelos empíricos que orientam o operador ao aplicar a teoria, porém não se fundamenta em elementos exclusivamente empíricos. Por outro lado, a tese defendida por Roxin não tem pretensão de universalidade, tendo o próprio autor defendido a não aplicação da teoria aos delitos de dever, aos crimes de mera conduta, aos delitos culposos, bem como sustentado que o conceito de autoria mediata através de estruturas organizadas de poder não poderia ser aplicado a empresas, porque ausentes seus elementos essenciais.

Outra crítica feita ao domínio da vontade através de estruturas organizadas de poder é que *“a concepção possui um horizonte de projeção limitado que não lhe permite alcançar os fins aos quais se pretende que ela alcance”* (ALFLEN, 2014, p. 144), motivo pelo qual a teoria não poderia ser aplicada nem mesmo a criminalidade organizada de empresas – talvez uma das formas mais relevantes de criminalidade atual, como, por exemplo, os escândalos de corrupção envolvendo a Petrobrás.

Novamente, embora essa crítica tenha um aspecto prático relevante, vez que os pressupostos de aplicação da autoria mediata através de estruturas organizadas de poder tornem restritas as hipóteses de incidência da teoria, é justamente esse âmbito restrito de criminalidade mais grave que a teoria visa abordar, sendo inicialmente elaborada para aplicação na criminalidade de estados desvinculados do direito, sendo as demais hipóteses de autoria e participação suficientes para abranger outras situações. Ademais, em eventual hipótese da empresa ser apenas uma aparência, tratando-se, de fato, de uma estrutura organizada de poder desvinculada do direito, presentes os demais elementos fundamentais da teoria, a autoria mediata poderia ser aplicada.

Já Jakobs afirma que a delimitação entre autoria e participação teria pouco efeito prático, defendendo que a diferença entre autoria e participação como mera questão de medição da pena, sem diferenças consideráveis na qualidade entre as classificações (2003, p. 23).

Jakobs adota em sua obra um conceito unitário e extensivo de autor, sendo as críticas a estes sistemas trabalhadas no capítulo 4 desta dissertação, também extensivas ao conceito por ele adotado. Além das críticas ali apresentadas, destacasse também que, a diferenciação entre autoria e participação, possui consequências práticas imediatas, especialmente em relação a tentativa e causas de justificação. Se for considerado, por exemplo, que trata-se de um autor mediato e não de um partícipe, a execução do delito já se inicia com a ordem dada pelo homem de trás, assim como a diferenciação indica também que, sendo o homem de trás instigador, não haveria possibilidade da vítima agir em legítima defesa em relação a ele. Argumento abordado por Carolina Bolea Bardon:

La admisión de la figura del autor tras el autor en este ámbito va a tener consecuencias prácticas importantes, sobre todo, en sede de tentativa y de justificación. Considérense, por ejemplo, cuestiones como el inicio de la tentativa o como decidir contra quién puede ejercer la víctima de la agresión

su facultad de defensa, ¿frente a la persona que dicta la orden, frente a la que la cumple o frente a ambas? (2000, p. 372).

Por fim, Alflen critica a teoria do domínio do fato de Roxin por este último rechaçar o sistema unitário de autor, sendo a construção teórica do jurista alemão absolutamente incompatível com um ordenamento jurídico que adote um sistema unitário, preocupado em desenvolver, portanto, um modelo adequado à ordem jurídica alemã.

Conforme já afirmado, a teoria de Roxin não tem pretensão de universalidade, sendo compatível com ordenamentos jurídicos que partem de um conceito restrito de autoria, ponto que será objeto do próximo capítulo.

8. AUTORIA MEDIATA ATRAVÉS DE ESTRUTURAS ORGANIZADAS DE PODER E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A adoção de uma teoria dentro de um determinado ordenamento jurídico deve ocorrer observando-se a consistência da referida teoria, se os fundamentos e bases da referida teoria são firmes, se há adequação da teoria com a opção do legislador ao criar as leis que estruturam o ordenamento jurídico, e se há reflexo útil da aplicação daquela teoria.

Quanto ao primeiro item, tem-se que a teoria do domínio do fato, e a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, possuem um fundamento consistente e adequado, embora não imunes à crítica. Assim a teoria encontra aceitação mundial e bom acolhimento da doutrina, conforme já descrito nos capítulos anteriores.

O presente capítulo se presta a análise da adequação da teoria com nosso ordenamento jurídico e se há reflexo útil da aplicação desta, observando também a sua aplicação na ação penal 470.

8.1 Conceito restritivo de autoria e a teoria do domínio do fato

Neste tópico necessário se faz a verificação da compatibilidade do artigo 29 do Código Penal com a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, verificando a compatibilidade do nosso ordenamento jurídico com a teoria do domínio do fato.

A leitura inicial do artigo 29 indica que o Código Penal brasileiro não exige a diferenciação entre autor e partícipe, não havendo razões, a princípio, para a adoção de uma teoria do domínio do fato e diferenciação entre estes agentes.

Alguns autores defendem que o código de 1940 adotou o sistema unitário como ponto de partida, abolindo a diferenciação entre autor e partícipe, e mesmo após a reforma de 1984, continuou a adotar este sistema, fazendo referência expressa ao sistema adotado no item 25 da exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal, entendendo Alflen que nosso ordenamento adotou um sistema unitário funcional (2014, p. 169).

Outros autores, como Zaffaroni e Brandão, conforme citado no capítulo 3, entendem que nosso ordenamento adotou um conceito restrito de autor, portanto sendo necessária a diferenciação entre autor e partícipe.

A teoria elaborada por Roxin, conforme capítulos anteriores, parte de um sistema diferenciador, havendo distinção já nos tipos de níveis de intervenção no delito, autor (imediato e mediato), coautor e partícipe (instigador e cúmplice). Parte também de um conceito restritivo de autor, sendo autor somente aquele que possui o domínio sobre o fato e, através deste domínio, viola a norma de conduta proibida pelo direito, sendo a punição da participação uma norma de extensão do tipo.

O sistema diferenciador se contrapõe ao sistema unitário justamente porque este último não distingue autoria e participação, enquanto naquele a distinção se faz necessária.

A teoria do domínio do fato não pode ser utilizada para fundamentar a condenação ou absolvição de um sujeito, sua correta utilização é direcionada para a determinação se determinado sujeito pode ser autor ou partícipe do delito. A redação trazida pelo artigo 29 após a reforma, “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*” (BRASIL, 1940), é ampla, não havendo distinção inicial entre autoria e participação, não podendo a teoria do domínio do fato ser utilizada como fundamentadora da punibilidade, já que, para tanto, os mesmos critérios devem ser adotados em relação ao autor e ao partícipe. A aplicação da teoria somente pode ser adotada como limitadora da punibilidade, sendo uma teoria de extensão dos tipos penais, e, de forma secundária, estabelecendo diferentes penas para diferentes formas de contribuição para o delito (GRECO, 2014, p. 132).

Conforme Zaffaroni a correta interpretação do artigo 29 não pode implicar na obrigatoriedade de que todos os que concorrem para o crime são autores, mas sim que todos os que concorrem têm, em princípio, a mesma pena estabelecida para o autor (ZAFFARONI, 2002, p. 665), sendo, portanto, compatível o artigo com um sistema diferenciador e um conceito restritivo de autoria, vez que a teoria do domínio do fato parte de um conceito restrito de autoria, de modo que a sua adoção é perfeitamente compatível com nosso ordenamento jurídico.

Nosso código não apresenta uma definição de autoria e participação como se dá no código alemão, mas também não impõe óbice a essa distinção. Em termos sistemáticos, nosso legislador não adotou nenhuma teoria, tendo estabelecido

alguns importantes critérios, como redução da pena para contribuição de menor importância (GRECO, 2014, p. 136-137). É, assim, compatível a adoção da teoria de Roxin, especificamente a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, desde que observados os limites, requisitos e fundamentos da formulação teórica.

Por outro lado, o Código Penal não estabelece nenhuma redução de pena obrigatória para a participação, ao contrário do que ocorre na legislação alemã, podendo esta distinção influenciar em eventual participação de menor importância (art. 29, §1º CP), ou em uma atenuante genérica (art. 66 CP), ocorrendo, no entanto, uma agravante para quem exerce a função de comando (art. 62, I CP), mas que também poderia ser aplicada a eventual partícipe. Da mesma forma, a Lei 12.850/2013 estabelece, no art. 2º, §3º, uma agravante para quem exerce uma posição de comando em uma organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução (BRASIL, 2013), hipótese que também poderia ser aplicada ao partícipe.

No entanto, a distinção entre autoria e participação nas estruturas organizadas de poder, se mostra fundamental, sobretudo em relação à aspectos da culpabilidade dos agentes e do efetivo momento do início dos atos executórios do delito.

8.2 Autoria mediata nas estruturas organizadas de poder na ação penal 470

A ação penal 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, conhecida popularmente como “mensalão”, é, ao lado das ações penais que formam a denominada “operação lava jato”, uma das ações penais de maior destaque midiático no Brasil.

Em nosso ordenamento jurídico cabe ao STF não só exercer a função de corte constitucional, mas também, entre outras competências, dar a última palavra em ações penais, como destacado por Rui Barbosa:

Em todas as organizações, políticas ou judiciais, há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar. Mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, a alguém deve ficar o direito de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. (BARBOSA apud GAMA, 2015)

A questão do último a errar, se torna ainda mais importante ao analisarmos ações penais de competência originária da corte suprema, já que dentro do ordenamento interno não resta, a eventuais condenados, outra opção de revisão da decisão. Não é pretensão deste tópico abordar a questão se o julgamento do STF na ação penal 470 foi justo ou não, mas sim, analisar a utilização do conceito de autoria mediata através de organizações criminosas na decisão.

Na referida ação penal os réus eram políticos e membros da classe dominante do país, econômico e politicamente, por isso a repercussão social e midiática do julgamento foi sem precedentes no Brasil.

Na data de 20 de julho de 2005 foi instaurado Inquérito perante o Supremo Tribunal Federal, para investigar delitos de corrupção passiva e ativa, desvio de dinheiro público, lavagem de capitais, entre outros delitos. O nome “mensalão” vem do suposto pagamento mensal de propinas a membros do Congresso Nacional em troca de apoio ao governo federal, envolvendo membros da cúpula do governo, parlamentares e empresários. O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de quarenta indivíduos em razão da prática dos crimes de quadrilha ou bando (atual delito de associação criminosa), peculato, corrupção passiva, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas. A peça acusatória foi recebida em 28 de agosto de 2007, pelo Supremo Tribunal Federal, gerando a ação penal 470.

A relevância jurídica da decisão, por toda sua repercussão, tanto no âmbito jurídico, quanto no âmbito político-econômico-social, é ampliada, tendo em vista a possibilidade da decisão se tornar um precedente em nosso ordenamento, podendo ser utilizada como fundamento em outras ações penais em curso no Brasil. Aqui serão analisados os aspectos relevantes da decisão sobre a diferenciação entre autoria e participação em organizações estruturadas de poder. Em que pese a decisão não ter caráter vinculante, não é incomum a utilização de precedentes para fundamentar decisões jurídicas, possuindo muitas vezes status de desincumbência argumentativa (KRIELE apud GRECO, 2014, p. 128). O ministro Ricardo Lewandowski manifestou receio quanto a forma em que a corte suprema utilizou-se da teoria:

O que me preocupa, Senhor Presidente, eminente Decano, é exatamente a banalização dessa teoria. Como é que os quatorze mil juízes brasileiros vão aplicar essa teoria, se esta Suprema Corte não fixar parâmetros bem precisos? É um pouco como disse o Pedro Aleixo naquele

episódio famoso, quando Costa e Silva baixou o Ato Institucional 5. Ele disse: eu não estou preocupado com o uso que Vossa Excelência fará dele com suas honradas mãos, mas estou preocupado com o guarda da esquina.

É isto que nós precisamos assentar com muita clareza: quando é que essa teoria pode e deve ser utilizada?

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. (STF, 2012, fls. 56816-56817).

Tratando-se de uma ação penal de competência originária do STF, foram discutidas tanto questões de direito, quanto de mérito. Alaor Leite destaca que uma das dificuldades encontradas ao analisar decisões da corte reside no modo de formação de suas decisões, que consiste em que cada ministro lavre e publique seu próprio voto, não havendo uma posição unitária do órgão, e sim uma posição majoritária, destacando que os votos individuais não podem ser generalizados e atribuídos à própria corte constitucional (GRECO, 2014, p. 129). Sendo que a posição da corte será analisada através dos votos dos referidos ministros, não havendo um posicionamento unitário do STF sobre a teoria do domínio do fato.

Ressalte-se que a íntegra do acórdão possui 8.405 páginas, de um julgamento com 53 sessões plenárias, constando no início a ação com 234 volumes e 495 apensos, que perfaziam um total de 50.199 páginas. Dos 38 réus, 25 foram condenados e 12 foram absolvidos. Em relação ao réu Carlos Alberto Quaglia, o STF decretou a nulidade do processo, desde a defesa prévia, determinando a baixa dos autos para a justiça de primeiro grau. Tendo em vista a complexidade do procedimento, a análise aqui realizada será em relação a utilização da teoria do domínio do fato, especificamente em relação a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder.

A primeira referência da teoria do domínio do fato no julgamento ocorreu logo no recebimento da denúncia, havendo menção do concurso de agentes e expressamente fazendo referência ao nome da teoria, posteriormente nas alegações

finais orais da Procuradoria Geral da República, e posteriormente na fundamentação das decisões proferidas por alguns ministros (GRECO, 2014, p. 131).

Alflen destaca que a manifestação de alguns ministros equivocadamente confunde aspectos da teoria do domínio final do fato, de Welzel, e da teoria do domínio do fato de Roxin, chegando a misturar elementos da doutrina de Welzel com o conceito de autoria mediata através de estruturas organizadas de poder de Roxin (2014, p. 13). No mesmo sentido, Alaor Leite demonstra que houve confusão entre os conceitos de domínio do fato e domínio da organização, confundindo o gênero teoria do domínio do fato com a espécie de autoria dela derivada, o domínio do fato por meio do domínio da vontade através das estruturas organizadas de poder (GRECO, 2014, p. 138 e 141). Neste sentido, o ministro Joaquim Barbosa:

A meu sentir, está comprovado que o acusado JOSÉ DIRCEU controlava os destinos da empreitada criminosa, especialmente mediante seus braços executores mais diretos, senhores MARCOS VALÉRIO e DELÚBIO SOARES, com a colaboração do denominado “núcleo financeiro”. JOSÉ DIRCEU detinha o domínio final dos fatos.

Em razão do cargo elevadíssimo que exercia à época dos fatos, o acusado JOSÉ DIRCEU atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, executando os atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso, executado mediante divisão de tarefas em que as funções de cada corréu encontrava nítida definição. (STF, 2012, fl. 56226).

É nítida a confusão de conceitos. Primeiro o então ministro afirma que José Dirceu detinha a domínio final dos fatos, fazendo referência a teoria de Welzel, depois, mencionando a posição de comando do acusado em uma estrutura organizada de poder, fazendo referência à uma das formas de domínio do fato por meio de domínio da vontade, defendida por Roxin. Em momento posterior, o ministro afirma que o autor intelectual, quem comanda, controla, organiza, é autor e não participe (STF, 2012, fl. 56842), novamente confundindo a teoria do domínio do fato, com o domínio da organização.

Em manifestação do ministro Ricardo Lewandowski também é possível perceber a confusão de elementos. Em um primeiro momento, ele afirma que a teoria do domínio do fato somente seria aplicada em situações excepcionais (STF, 2012, fl. 56816), sendo que a teoria do domínio do fato é uma teoria diferenciadora entre autoria e participação. A situação de excepcionalidade, na verdade, se aplica a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder. Em seguida, ele prossegue:

Vossa Excelência fez um retrospecto histórico da aplicação dessa Teoria do Domínio do Fato; eu acrescentaria mais um, o da Argentina, quando foram condenados os generais responsáveis pelas mortes, torturas e desaparecimentos no regime de exceção, aplicou-se essa teoria. Mas o que eu quis dizer, eminente Decano, foi o seguinte: o próprio Claus Roxin, que foi um dos mais conspícuos elaboradores dessa teoria, há alguns anos, assustado com o emprego indevido dela, chamou atenção, inclusive do Supremo Tribunal Federal de seu país, quanto ao uso exagerado que está se fazendo dessa teoria, sem os devidos parâmetros. E ele diz, inclusive, que é preciso que os requisitos para aplicação dessa teoria estejam claramente presentes; e um desses requisitos, dos vários que ele arrola, é exatamente o requisito da fungibilidade. O que é esse requisito da fungibilidade? Segundo este 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 fácil e simplesmente substituído por outro agente. (STF, 2012, fl. 56816).

Ao mencionar o requisito da fungibilidade e, após, descrever situações de estruturas organizadas de poder, há confusão entre elementos necessários para configuração da autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, com o conceito da teoria do domínio do fato, gênero do qual o conceito de domínio da organização faz parte. Confusão semelhante é feita pelo ministro Ayres Brito ao estabelecer a fungibilidade como requisito da teoria do domínio do fato (STF, 2012, fl. 56585).

Por outro lado, o ministro Celso de Mello faz o uso correto do conceito de domínio da organização, descrevendo este como uma das formas de autoria estabelecidas pela teoria do domínio do fato, fundada no domínio da vontade, caracterizando a autoria mediata (STF, 2012, fl. 56822).

Alguns ministros do STF equivocadamente entenderam que a teoria do domínio do fato desenvolvida por Roxin restringia-se a hipótese de autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, utilizando o conceito de domínio do fato como sinônimo de uma responsabilização penal decorrente da posição que o sujeito possui na estrutura organizada de poder, sendo responsável por tudo o que ocorre dentro desta estrutura, buscando uma hipótese de responsabilização do superior pela posição por ele ocupada. Roxin destaca que essa responsabilização, pela posição ocupada em estruturas empresariais de poder, pode ser construída através de outras teorias, como verificação da posição de garantidor do dirigente e sua omissão em evitar o resultado, mas o conceito de autoria mediata através de estruturas organizadas de poder não serve a esse propósito (2009, p. 94).

Alaor Leite destaca que há uma confusão com outra teoria, que traz o conceito de responsabilidade do superior, desenvolvida no contexto e para os crimes de direito internacional, e sendo questionada até mesmo naquele âmbito (GRECO, 2014, p. 146). Estes superiores teriam o dever de controle e observação dentro da estrutura organizacional, e ao falharem com este dever seriam responsabilizados pelos crimes. Por óbvio, não é este o objetivo da teoria de Roxin, conforme afirmado por ele próprio, e também elucidado por Alaor Leite.

Kai Ambos destaca que a responsabilização penal do superior no âmbito do direito penal internacional ainda não possui uma posição consolidada, muitas vezes sendo utilizada a teoria da autoria mediata através das estruturas organizadas de poder, reconhecendo também que a responsabilização pela posição de comando trata-se de um movimento de expansão da imputação penal, mas, de toda forma, sempre tem de ser observado “*en el plano subjetivo el requisito de conocimiento, eventualmente probado con evidencia circunstancial (no sobre la base de una presunción), e intención*” (AMBOS, 2001, p. 22). Restando claro que, nem mesmo no âmbito do direito internacional, mesmo se adotando uma posição expansionista, utilizando a teoria da responsabilidade do superior, não se pode presumir o conhecimento do dirigente das atividades criminosas desenvolvidas pela estrutura organizada de poder, devendo este conhecimento e a intenção do superior serem devidamente provadas.

Merece destaque a fundamentação da ministra Rosa Weber sobre a reponsabilidade penal dos acusados por atos praticados por terceiros, vez que os réus possuíam posição de comando nas estruturas do governo, dos partidos políticos ou bancos. Ao rechaçar suposta nulidade da denúncia por não ter individualizado a conduta dos acusados, consta do voto da ministra a seguinte manifestação:

Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa.
(...)

Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador.

Na hipótese sub judice, é de clareza meridiana o que a denúncia atribui ao Banco Rural, especificando todo o roteiro das atuações no sentido de desacatar as regras exigíveis no tráfico regular das operações bancárias, de modo a tipificar o crime de gestão fraudulenta. Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime. (STF, 2012, fl. 52775 e 52777).

Da análise da decisão é possível perceber a manifestação de uma responsabilização penal objetiva dos acusados, fazendo referência expressa a uma autoria presumida dos dirigentes do Banco Rural, implicando que a ordem de cometer os crimes partiu dos dirigentes do banco, aplicando a inversão do ônus da prova, deixando a cargo da defesa a necessidade de provar que a ordem não partiu dos acusados. O próprio Roxin deixa claro que sua teoria não pode importar em responsabilização penal objetiva, com ampliação sem limites do conceito de autoria mediata (2009, p. 88).

A conclusão que pode ser extraída da análise do trecho é assustadora, tanto pelo aspecto do direito penal material, uma vez que sequer há demonstração de dolo do homem de trás, já que basta comprovar que a pessoa jurídica praticou a conduta descrita pelo crime, como também é inconcebível pelo aspecto processual probatório, já que o domínio sobre a empresa se confunde com o domínio do fato, e leva a verdadeira presunção de responsabilidade penal. Por outro lado, os ministros também ignoram o fato do próprio Roxin afirmar que seu conceito de autoria mediata através de estruturas organizadas de poder não poderia ser aplicado a organizações empresariais, nem mesmo tentam afastar o óbice feito pelo jurista alemão.

Alflen destaca que, em um Estado Democrático de Direito, não se pode presumir responsabilidade penal sem haver prova da atuação dos gestores, comprovando além dos demais requisitos da teoria, o efetivo exercício do poder de mando (2014, p. 151-152).

Nosso ordenamento jurídico não admite que a posição de uma pessoa dentro de uma estrutura de poder possa implicar em presunção de responsabilidade penal pelos crimes praticados pela pessoa jurídica, fato destacado pelo ministro Ricardo Lewandowski (STF, 2012, fls. 56816-56817).

Ao contrário do trecho citado, às folhas 52775 e 52777, nas páginas seguintes de seu voto, a Ministra Rosa Weber tenta demonstrar de forma concreta as fraudes nos empréstimos realizados, porém não demonstra a presença dos requisitos para

aplicação do conceito de autoria mediata através de estruturas organizadas de poder.

A utilização do termo teoria do domínio do fato na ação, por muitas vezes, não foi sequer utilizado como um critério de delimitação de autoria e participação, chegando a ser utilizado, por exemplo, pelo ministro Ayres Brito, como uma forma de justificar a gradação da responsabilização dos agentes envolvidos (STF, 2012, p. 56829).

A teoria do domínio do fato, assim como a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, não é uma teoria processual que facilite a produção probatória em face de autores de escrivania, tratando-se de uma teoria de direito penal material, e todos os requisitos estabelecidos pela teoria devem ser objeto de prova, sem presunções. Alguns ministros do STF se manifestaram sobre a compatibilidade da teoria do domínio do fato com o princípio constitucional da presunção de inocência, deixando claro a confusão na utilização da teoria. Nesse sentido a ministra Rosa Weber:

Em função ainda da teoria do domínio do fato. Pelo menos no meu voto, pela forma de julgamento segmentado, às vezes as premissas teóricas ficaram um pouco afastadas. O que aconteceu? Inúmeras defesas invocaram a inépcia da denúncia por falta de individualização das condutas. De fato, quando se tratava do núcleo político, havia nome, endereço, telefone, CPF. Havia tudo. Agora, com relação ao núcleo operacional, especificamente ao núcleo societário, não só o Banco Rural, mas ainda com relação às empresas de Marcos Valério, no que dizia respeito a Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, às vezes a denúncia não explicitava a conduta imputada a cada um. E, por isso, a teoria do domínio do fato ajudava a argumentação que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça. Só esse pequeno registro, porque não enfatizei. (STF, 2012, fl. 56845).

A ministra claramente afirma que utilizou a teoria para afastar a carência de individualização das condutas dos acusados na denúncia, assumindo a utilização da teoria para afastar um ônus probatório da acusação.

Certo é que o STF não consegue, através da dos diversos votos proferidos, demonstrar alguns dos requisitos para aplicação do conceito de autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, primeiro por não conseguirem, os ministros, demonstrar que as organizações das quais os réus faziam parte estão à margem da lei, não devendo ser presumido que a atividade principal da Casa Civil, da Presidência da República, de diversos partidos políticos e bancos, possuam como objetivo principal a atuação à margem da lei. Não há esforço em provar, ou

fundamentar a decisão tomada, que os membros destas organizações tinham elevada predisposição ao cumprimento das ordens ilícitas emanadas do homem de trás.

Embora muitos ministros tenham mencionado o requisito da fungibilidade, também não parece, que em um esquema de corrupção envolvendo a alta cúpula política e econômica do país, que os executores das ordens fossem dispensáveis, ou que o autor de escrivania não se importasse em quem fosse o autor imediato.

Porém, um dos pontos críticos da decisão diz respeito a presunção de responsabilidade penal atribuída aos acusados pelos ministros, ao indicarem que os réus deveriam ser condenados porque faziam parte das estruturas organizadas de poder e exerciam posições de comando. Para tanto, os ministros que assim o fizeram, utilizaram de forma equivocada a teoria de Roxin.

Os ministros não demonstraram que os homens de trás emitiram as ordens das práticas ilícitas, também não demonstraram que estas ordens seriam cumpridas de forma automática pelos executores imediatos fungíveis, se limitando os fundamentos dos julgados a indicarem a posição de comando que os acusados exerciam nestas organizações.

A conclusão a que se pode chegar é a de que na ação penal 470 o termo “teoria do domínio do fato” não foi utilizado para delimitar se o sujeito deveria responder como autor ou partícipe, mas sim para justificar uma responsabilização penal dos sujeitos que ocupavam posição de comando em estruturas organizadas de poder, em clara hipótese de malversação do conceito de autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, concebido por Roxin.

Importante destacar que nem mesmo o amplo conteúdo do artigo 29 do CP é suficiente para responsabilizar os dirigentes de organizações pela simples posição que ocupam em estruturas organizadas, isso porque não há relação causal entre o fato delituoso e a posição ocupada, sem outros elementos. Não há nem mesmo ação ou omissão demonstrada pelo homem de trás, o que afasta a possibilidade de aplicação de um direito penal do fato, traduzindo-se, na verdade, em um direito penal de terceira velocidade, com aplicação de um direito penal do autor, sendo que o agente é responsabilizado não pelo que faz, e sim pelo que ele é.

A autoria mediata através de estruturas organizadas de poder é uma teoria que visa estabelecer a distinção entre autoria e participação, não tendo como pretensão a diferenciação entre os diferentes graus de reprovabilidade, ou o

merecimento ou não de eventual pena. Porém, da análise do julgamento da ação penal 470 pelo STF, resta demonstrado que a teoria foi utilizada com nítido propósito expansionista, em verdadeira manifestação de um direito penal de terceira velocidade, com a intenção de condenar os acusados, com clara inversão do ônus probatório.

9. CONCLUSÃO

O direito penal nas sociedades democráticas contemporâneas implica na compreensão da sociedade moderna com o surgimento de novos riscos sociais. A política criminal atual é caracterizada pela ampliação dos tipos penais, ao mesmo tempo em que enfrentamos uma tendência de criminalização de diversas condutas, com a ampliação da atuação do direito penal para novos tipos de intervenção.

Através da investigação realizada neste trabalho depreende-se que a expansão do direito penal baseada no critério da eficiência e a nova penalogia são fenômenos também presentes na novel legislação penal brasileira, assim como na jurisprudência. A Lei 12.850/2013 traz institutos de combate à criminalidade organizada, baseados em mecanismos que se aproximam à terceira velocidade do direito penal, prevendo penas privativas de liberdade com efetiva anulação ou limitação a direitos e garantias individuais dos membros destas organizações. A utilização da teoria do domínio do fato de forma equivocada, como teoria processual penal que desincumbe a acusação de provar elementos subjetivos de autoria de delitos praticados por dirigentes de estruturas organizadas de poder, não pode ser admitida.

O direito penal brasileiro, mesmo sendo a maioria dos seus institutos adstritos à primeira e à segunda velocidades do Direito Penal, frente à complexidade moderna dos crimes praticados por organizações estruturadas, demonstra crescente preocupação com o autor mediato, dominador e planejador das ações dos executores.

Todos estes fatores expansionistas tornam cada vez mais frequente a adoção em nosso ordenamento jurídico de mecanismos eficientes, em relação custo/benefício que se aproximam da terceira velocidade do direito penal.

No entanto, a persecução penal da criminalidade organizada deve ocorrer nos moldes da primeira velocidade do direito penal, na classificação de SILVA SÁNCHEZ, respeitando-se as garantias e direitos individuais e os aplicando-se penas privativas de liberdade, sem ofensa à Constituição Federal e demais dispositivos penais.

Observa-se que a forma pela qual a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder foi utilizada na ação penal 470 não se enquadra na segunda velocidade do direito penal, vez que a flexibilização dos direitos e garantias

individuais não está associada às penas restritivas de direitos, e sim às penas privativas de liberdade, vez que tratam-se de crimes graves.

A interpretação e aplicação da legislação nos moldes da terceira velocidade do direito penal, com ofensa às garantias individuais, aplicando-se uma lógica de gerenciamento de risco pautada na relação eficientista do custo/benefício, é nitidamente inconstitucional, devendo o operador do direito aplicar a referida lei não perdendo de vista um direito penal garantista.

A investigação e o processo criminal em crimes cometidos por aparelhos organizados de poder devem observar os limites fixados para atuação do estado. Deve-se conciliar a liberdade individual, com a segurança da sociedade, sem possibilidade de sacrifício desproporcional da liberdade em prol da sociedade.

Deve-se buscar um sistema penal mais eficaz e, portanto, com potencial preventivo ampliado, porém, sem priorizar uma relação de custo/benefício. Não se deve ferir os princípios fundamentais do direito penal, evitando-se aplicações no campo prático de um direito penal do inimigo.

Nesse contexto, para a modernização do direito penal, com novas aplicações para o enfrentamento da moderna criminalidade, é necessário o reforço de institutos que fortaleçam o caráter preventivo do direito e, ao mesmo tempo, tornem a persecução penal mais eficiente, buscando meios aprimorados para o enfrentamento da criminalidade organizada, estratégias que devem necessariamente estar associadas às conquistas do estado democrático de direito e às garantias do direito penal.

No ordenamento jurídico penal brasileiro, em sua maioria, os delitos previstos são monossubjetivos, enquanto poucos delitos são plurissubjetivos, e como tais, só podem ser praticados por mais de uma pessoa. Este modelo foi desenvolvido em um período em que a grande maioria dos delitos eram praticados de forma individual, sem a participação de terceiros ou coautores.

A aplicação da teoria do domínio do fato, amparada pela correta distribuição do ônus da prova e observado o princípio da presunção da inocência, respeitando as bases científicas propostas por Roxin, é válida e pode traduzir-se em importante doutrina para situações concretas, contribuindo para modernização do direito penal brasileiro e para consolidação eficaz da justiça penal.

Essa busca de um sistema penal mais eficaz e, portanto, com potencial preventivo ampliado, não deve ferir os princípios fundamentais do direito penal,

evitando-se aplicações no campo prático da doutrina do domínio dos fatos a determinadas pessoas pelo simples fato de ocuparem posições hierárquicas superiores em determinada organização, para não regredirmos a uma responsabilização penal objetiva.

A teoria do domínio do fato traduz-se em uma doutrina mais eficaz para uma delimitação justa do conceito de autor, especialmente em ilícitos penais cometidos pelo “homem de trás” que exerça funções no comando das estruturas organizadas, ou até mesmo em posições intermediárias que tenha o domínio do fato, evitando-se decisões equivocadas que poderiam ocorrer pela ausência de critérios delimitadores, como no famoso caso Staschinskij, do agente da KGB. O fundamental é garantir a continuidade de um modelo de convivência democrático ordenado juridicamente.

Através da investigação realizada neste trabalho conclui-se que o tema concurso de pessoas passou por profundas modificações na legislação penal brasileira, inicialmente, adotando-se um conceito unitário de autor nos códigos de 1830 e 1890, após, um conceito extensivo de autor em 1940, e consolidando-se um conceito de restrito de autor na reforma de 1984.

A teoria restritiva de autoria, em que pese não ser suficiente para englobar as mais variadas e modernas ocorrências práticas do direito penal, trata-se de uma teoria consolidada que tem como uma de suas vantagens a simplicidade, permitindo o legislador a individualização da pena ao inserir no artigo 29 o termo “na medida de sua culpabilidade”.

O direito penal brasileiro, mesmo tendo adotado a teoria restritiva de autoria, frente à complexidade moderna dos crimes praticados por organizações estruturadas de poder, demonstra crescente preocupação com o autor mediato, dominador e planejador das ações dos executores, nesse sentido as leis 9605/1998 – Crimes Ambientais e Lei 12850/2013 – Crime Organizado, o que torna cada vez mais frequente a adoção em nosso ordenamento jurídico da teoria do domínio do fato.

O projeto de lei do Senado n. 236/2012 e seu substitutivo não parecem trazer ganhos ao conceito de concurso de pessoas, trazendo conceitos da teoria do domínio do fato, mantendo-se o caput do artigo 29 atual, e abrindo espaço para uma aplicação irresponsável do conceito de autoria mediata em estruturas organizadas de poder.

Entre as teorias restritivas de autoria que poderiam ser adotadas, a teoria do domínio do fato é a mais adequada, pois apresenta critérios sólidos para esta delimitação. É, portanto, a opção mais garantidora de direitos, vez que apresenta critérios metodológicos claros de distinção entre autor e partícipe, compatíveis com nosso ordenamento jurídico.

A autoria mediata através das estruturas organizadas de poder é compatível com nosso ordenamento jurídico. O artigo 29 do CP não traz distinção expressa entre autoria e participação, mas também não veda esta distinção.

Autor será aquele que possua o domínio do fato, seja através do domínio da ação (autoria imediata), funcional (coautoria) ou da vontade (autoria mediata), não sendo o fator determinante a execução do fato, mas sim o domínio sobre este.

A teoria do domínio do fato distingue autor e partícipe no plano do tipo, e não no grau de reprovação da pena ou merecimento desta. Embora esta delimitação possa ser extremamente relevante para aplicação da pena, a teoria não busca estabelecer níveis graduados de reprovabilidade, o que seria impossível para uma teoria que distinga autoria e participação, até porque, a situação concreta poderia demonstrar maior reprovabilidade da conduta do partícipe do que do autor.

Não se pode interpretar a teoria do domínio do fato como uma doutrina legitimadora de condenações de sujeitos que, sem essa teoria, não poderiam ser condenados. O artigo 29 do Código Penal estabelece um requisito causal para a condenação de alguém em um crime: que aquela pessoa tenha contribuído com uma ação ou omissão para o resultado delituoso, mas os demais requisitos também devem ser demonstrados, como dolo ou culpa deste indivíduo para realizar esta contribuição.

A autoria mediata através de organização estruturadas de poder não é uma doutrina justificadora de eventual inversão do ônus da prova processual, resta a acusação demonstrar que o suposto homem de trás preenchia todos os requisitos para aplicação da lei, dentre eles, destacasse que o autor de escrivania deve preencher todos os elementos subjetivos do tipo, ter consciência da sua posição ocupada na estrutura da organização, além dos elementos já apresentados: o poder de mando; a desvinculação do direito pela estrutura organizada de poder; a fungibilidade do executor direito; a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.

Embora o domínio da organização tenha ganhado espaço maior na doutrina brasileira após a ação penal 470, em uma utilização desvirtuada dos preceitos estabelecidos pela teoria, sendo essa utilização uma manifestação de um direito penal expansivo, ocorrendo presunções de culpabilidade, característica de um direito penal de terceira geração, a utilização equivocada da teoria não a torna incompatível com nosso ordenamento. A incompatibilidade com nosso ordenamento jurídico está na utilização da teoria sem os seus requisitos, especialmente na utilização da teoria do domínio do fato como uma teoria processual penal.

A autoria mediata através de estruturas organizadas do poder é uma teoria de direito penal material, limitadora da responsabilidade, delimitando se uma pessoa em determinada organização ao emitir uma ordem para prática de um delito será autor mediato ou instigador de um delito, porém, a legislação brasileira não apresenta nenhum dispositivo determinando a redução da pena do partícipe, o que torna essa redução facultativa.

Nesse contexto, a aplicação da teoria do domínio do fato ao direito penal brasileiro é plenamente possível, e mostra-se como eficaz mecanismo aplicável aos crimes de mando, não por apresentar algum aspecto processual, mas pelo seu rigor metodológico, delimitando de forma correta se o sujeito responderá como autor ou como partícipe. Se mostra indispensável a produção probatória no sentido de elucidar se quem comanda a estrutura determinou efetivamente a prática da ação, não podendo a simples posição hierárquica caracterizar o domínio do fato, sob pena de aplicarmos uma responsabilidade penal objetiva.

A busca a um sistema penal mais eficaz não deve ferir os princípios fundamentais do direito penal, evitando-se aplicações no campo prático da doutrina do domínio do fato a determinadas pessoas pelo simples fato de ocuparem posições hierárquicas superiores em determinada organização, para que não se retroceda a um direito penal do autor.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Código Penal Alemán**. Trad. Claudia López Diaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf> Acesso em: 23 out. 2015.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Teoria do domínio do fato na doutrina e na Jurisprudência brasileira** - Considerações sobre a APn 470 do STF. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, ano 2, vol. 2, nº 2, 2014.

ALONSO, Héctor Olásolo. **Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013.

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

_____. **A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática**. Trad. de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Ver. de Pablo Alflen e Fabio D'Ávila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008.

_____. **Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro**. Trad. de Claudia López. Criminalia, vol. 68, nº 2, 2002.

_____. **Algunas consideraciones sobre el caso Eichmann**. Trad. Tarapués Sandino e Maria Cecilia Dómine. Revista de Derecho Penal, n. 36, 2012.

_____. **Dominio del hecho por domínio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. Trad. Manuel Cancio Meliá. Revista de derecho penal y criminología, n. 3, 1999.

_____. **Dominio por organización. Estado de la discusión**. Trad. Ezequiel Malarino. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 15, nº 68, 2007.

_____. **The Fujimori Judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus**. Journal of International Criminal Justice, n.9, 2011.

Disponível em: <<http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Fujimori-judgment-JICJ-9.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. **Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional: Un análisis jurisprudencial - De Nurember a La Haya**. Trad. Mónica Karayan. Revista Penal, n. 7, 2001. Disponível em: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/95/90>> Acesso em: 10 mai. 2016.

ARGÜELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal**: invertendo o discurso da ordem. [S. l.]: Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015. Disponível em: <<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Artigo-Katie.pdf>> Acesso em: 06 ago. 2016.

BARDON, Carolina Bolea. **Autoría mediata en derecho penal**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2000.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e a da participação no Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A teoria do domínio do fato e a autoria colateral**. In. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral?imprimir=1>. Acesso junho de 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOCKELMANN, Paul. **Relaciones entre autoria y participación**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**, de 16 de dezembro de 1930. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 23 jun. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 jul. 2016.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 23 jun. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal de 1969**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 23 jun. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. Rio de Janeiro, 07 dez 1940. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jun.

1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm
Acesso em: 27 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº. 9.605/98, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 fev 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9605.htm>. Acesso em 27 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 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 União**, Brasília, 3 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm
Acesso em: 27 jul. 2016.

CONDE, Francisco Munõz. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **Autoria y participacion**. Santiago: Revista de Estudios de la Justicia, nº 10, 2008.

_____. **La autoría en Derecho Penal**. Barcelona: PPU, 1991.

DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rurinzal – Culzoni, 2002.

ECLESIASTES. In: Bíblia: tradução ecumênica. São Paulo: DCL, 2010.

FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. **A nova penologia**: notas sobre a emergente estratégia correccional e suas implicações. In: CANÉDO, Carlos; FONSECA, David Santos (Org.) **Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal**: leituras contemporâneas da sociologia da punição. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradutores: Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A Co-delinquência no moderno direito penal Brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

GAMA, William Ricardo Grilli. **O direito de errar por último**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4204, 4 jan. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31657>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

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

JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**: uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos. Trad. Maurício Antônio de Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. **Direito penal do inimigo**. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tradução de Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

KOSSMANN, Edson Luís. **A (in)eficácia da constitucionalização do princípio da eficiência na Administração Pública**. 2010. 140f. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2010.

LEWANDOSWSKI, Ricardo. **Entrevista**: Ricardo Lewandowski. (S.l): Rede Brasil Atual. Entrevista concedida

MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas**: delimitação entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

OSIEL, Mark. **Making Sense of Mass Atrocity**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

PERES, João. Lewandowski participa de homenagem a autor do Domínio do Fato e alfineta Barbosa. **Rede Brasil Atual**. 01 set. 2014. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2014/09/lewandowski-vai-a-homenagem-a-autor-do-dominio-do-fato-e-alfineta-joaquim-barbosa-2849.html>> Acesso em: 06 fev. 2015.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2008.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAMIREZ, Juan Bustos. **Manual de Derecho Penal alemán**. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1989.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio de hecho en derecho penal**. Trad. de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.

_____. **Derecho Penal**: parte general. Tomo II. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Días, García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Pamplona: Civitas, 2014.

_____. Entrevista: Claus Roxin. (S.I.):Folha de São Paulo, nov. 2012. Entrevista concedida a Cristina Grillo e Denise Menchen. Disponível em: <<http://folha.com/no1183721>> Acesso em: 25 set. 2016.

_____. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Revista Panóptica, v. 4, n. 3, 2009. Disponível em : <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94> Acesso em: 10 ago. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Trad. de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

STF, Tribunal Pleno, APn 470/MG, Julgado em 17/12/2012, p. 5199, disponível em «<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>» . Acesso em: 05 fev. 2016.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.