

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 23 • vol. 117 • nov.-dez. / 2015

AUTORIA MEDIATA POR MEIO DE DEPENDÊNCIA ESTRUTURAL ECONÔMICO— —PROFISSIONAL NO ÂMBITO DAS ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS

MEDIATE PERPETRATION BY STRUCTURAL ECONOMIC PROFESSIONAL DEPENDENCE IN CORPORATE CRIMES

HUMBERTO SOUZA SANTOS

Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (Ucam), Doutorando em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Advogado criminalista, humbertosouzasantos@hotmail.com

Área do Direito: Penal; Comercial/Empresarial

RESUMO: O trabalho analisa a distinção entre autoria e domínio do fato com foco na criminalidade empresarial. Inicialmente apresentam-se as principais teorias que tratam do denominado "homem de trás" em delitos praticados no âmbito das organizações empresariais. Em seguida, propõe-se, a partir da teoria do domínio do fato, uma nova modalidade de autoria mediata: a autoria mediata fundada na dependência estrutural econômico-profissional. Por fim, é analisado o emprego da teoria do domínio do fato na Ação Penal 470 do STF, o "Caso Mensalão".

PALAVRAS-CHAVE: Autoria e participação – Teoria do domínio do fato – Crimes empresariais – Autoria mediata fundada na dependência econômico-profissional – Ação Penal 470 do STF, o Caso Mensalão.

ABSTRACT: This paper analyzes the distinction between authorship and participation according to the "control over the act-theory" and its subdivisions, focusing its use in corporate crimes. After presenting the main theories about the "back man" in crimes inside the business organization, a new modality of mediate authorship based on "control over the act-theory" is proposed: the mediate authorship by structural economic professional dependence. Lastly, is analyzed the use of the "control over the act-theory" on the Criminal Action 470 trial at the Brazilian Supreme Court, the "Mensalão case".

Keywords: Authorship and participation – "Control over the act-theory" – Corporate crimes – Mediate authorship by structural economic professional dependence – Criminal Action 470 Brazilian Supreme Court, the "Mensalão" case.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A teoria do domínio do fato como critério de distinção entre autoria e participação: 2.1 Autoria direta por meio do domínio da ação; 2.2 Coautoria por meio do domínio funcional do fato; 2.3 Autoria mediata por meio do domínio da vontade; 2.3.1 Domínio da vontade por meio de coação; 2.3.2 Domínio da vontade por meio de erro; 2.3.3 Domínio da vontade por meio da incapacidade de culpabilidade ou capacidade de culpabilidade diminuída; 2.3.4 Domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder – 3. Autoria mediata por aparatos de poder aplicada a organizações empresariais: pode a teoria do domínio da organização fundamentar o domínio do fato na criminalidade de empresa? – 4. Hipótese de autoria mediata fundada numa

interpretação funcional-sistêmica de domínio da organização? – 5. Hipótese de coautoria? – 6. Hipótese de participação? – 7. Hipótese de nova modalidade de autoria: instigação-autoria? – 8. Uma quinta modalidade de autoria mediata: o domínio da vontade fundado na dependência estrutural econômico-profissional: 8.1 Relação de dependência estrutural econômico-profissional; 8.1.1 Perda da função pode causar relevante prejuízo econômico e profissional ao homem da frente; 8.1.2 O homem da frente dificilmente será absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização econômico-profissional; 8.1.3 O desligamento do homem da frente é incapaz de ocasionar relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização econômico-profissional; 8.2 Domínio da vontade fundado na dependência estrutural econômico-profissional e o princípio da autorresponsabilidade – 9. Análise da menção à teoria do domínio do fato no julgamento da APN 470, do STF – 10. Conclusão – 11. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Há poucos anos, a teoria do domínio do fato obteve entre o público brasileiro grande fama e repercussão. E isso não foi decorrente de um súbito interesse da população por construções teóricas de direito penal, mas devido à extensa cobertura midiática de um julgamento longo que envolveu conhecidas personalidades político-partidárias e diretores de organizações empresariais. O processo decisório do STF no curso da Ação Penal 470, conhecida como “Caso Mensalão”, ganhou da população o mesmo interesse de um campeonato de futebol e a expressão “domínio do fato”, utilizada como recurso teórico para fundamentar a punição de indivíduos que ocupavam alta projeção política e social, surgiu para o leigo como uma nova tática capaz de fazer a justiça brasileira finalmente jogar bonito.

No entanto, passado o julgamento e direcionado o calor midiático a manter a atenção do público sobre a execução das penas, entre os penalistas ainda se discute a correção com que a teoria foi então mencionada. Ao que se verifica, os pontos críticos surgiram, em grande medida, por não ter o STF, ao contrário de tribunais de outros países,¹ encontrado pela frente um aparato de poder com as característi-

1. Na América do Sul, a teoria do domínio do fato por aparatos organizados de poder foi utilizada em casos paradigmáticos na Argentina e no Peru. Na Argentina, foi empregada em 1985 durante o julgamento de membros das juntas militares da ditadura que governou o país entre 1976 e 1983, pela prática de crimes de homicídio, tortura e sequestro, e serviu de fundamento para a Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais da Capital Federal da Argentina condená-los como autores mediatos, em 1985. No entanto, a teoria foi afastada pela Corte Suprema de Justiça da Argentina, que, em 1986, reformou a decisão para considerá-los partícipes. No Peru, foi aplicada para fundamentar, em 2009, a condenação do ex-presidente da República Alberto Fujimori, que governou o país entre 1990 e 2000, como autor mediato de sequestros, lesões corporais graves e homicídios ocorridos entre 1991 e 1992. Em seu país de origem, a teoria serviu para fundamentar, em 1994, a condenação de dirigentes do conselho de defesa da antiga República Democrática da Ale-

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

cas descritas por Roxin, o que justificaria com precisão o recurso à fundamentação teórica escolhida. Na verdade, o emprego que o STF deu à teoria do domínio do fato, na modalidade domínio da organização, por meio de sua transferência aos delitos que envolvem organizações empresariais, é algo controverso mesmo na doutrina e jurisprudência do país em que foi desenvolvida, a Alemanha.

O presente trabalho tem por objetivo colaborar com as discussões a respeito dessa polêmica relação entre teoria do domínio do fato e delitos praticados no âmbito de organizações empresariais. Para tanto, em primeiro lugar, optou-se por analisar as distintas categorias da autoria, bem como os elementos da participação. A partir de suas constatações, será procedido um exame sobre se a autoria mediata por aparatos de poder pode ser transferida à criminalidade de empresa, se não seria caso de coautoria, de participação ou, ainda, se não se trataria de uma modalidade de domínio do fato ainda não completamente desenvolvida. Após, buscar-se-á elucidar o verdadeiro alcance do denominado princípio da autorresponsabilidade e se ele impede a existência de autoria mediata nos casos de executor plenamente responsável. Por fim, será feito um breve estudo sobre a aplicação da teoria do domínio do fato no julgamento da Ação Penal 470 do STF.

2. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

A teoria do domínio do fato é, atualmente, nos países influenciados pela dogmática do delito de matriz alemã, a ferramenta teórica mais relevante para, a partir da aceitação de um conceito restritivo de autor, realizar a distinção entre autoria e participação.²

manha como autores mediatos de homicídios praticados por guardas de fronteira que viavam o Muro de Berlim e tinham ordens expressas de atirar para matar quem tentasse escalá-lo. Também o Tribunal Penal Internacional utilizou seus fundamentos para condenar, em 2012, Thomas Lubanga Dyilo, ex-líder da Força Patriótica para a Libertação do Congo, movimento armado rebelde com atuação na República Democrática do Congo, como autor mediato do crime de alistamento e recrutamento de crianças menores de 15 anos e seu uso no conflito armado interno.

2. Antes de a teoria do domínio do fato tornar-se predominante, a opinião majoritária girava em torno das tradicionais teorias subjetiva e formal-objetiva. A teoria subjetiva defende que autor é quem quer o fato como seu próprio, ou seja, pratica-o com vontade de autor, o *animus auctoris*, enquanto partícipe é quem quer o fato como alheio, isto é, atua apenas com vontade de partícipe, o *animus socii*. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MIRSCH, Wolfgang. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 11. Auflage, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003. p. 679. A teoria formal-objetiva sustenta que autor é quem com suas próprias mãos efetua a ação de execução total ou parcialmente, enquanto partícipe, ao contrário, é quem contribui para a realização do tipo somente por meio de uma ação de preparação ou

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Sua primeira formulação relacionada à autoria³ deve-se a Lobe, que, a partir da teoria do dolo, entendia que o essencial para a autoria não era somente a existência de uma vontade de praticar o fato como seu próprio, mas que a realização dessa vontade resultasse em que o fato também fosse executado sob seu domínio. Lobe exigia, assim, para justificar a imputação de autoria, que a vontade dominasse e conduzisse uma execução útil à sua realização, de modo que, na participação, faltaria o domínio da ação de execução que objetiva a produção do resultado.⁴ Posteriormente, Welzel trabalhou a noção de que, em regra, o domínio final do fato pertence à autoria de um delito doloso como o momento geral do injusto pessoal dos tipos dolosos, enquanto, por outro lado, os elementos pessoais objetivos e subjetivos do injusto se encontram, em muitos casos, como o momento de autoria especial. O domínio final do fato surge, então, como elemento geral que torna senhor do fato quem executa o fato finalisticamente de acordo com sua decisão de vontade. Isso significa que, segundo este raciocínio, o que faz do autor senhor do fato é a configuração do fato por meio de uma vontade de realização planejada e orientadora, cuja vontade final de realização, o dolo do tipo, surge como o momento geral deste domínio do fato.⁵

Apesar da existência prévia destas noções, a sistematização e o desenvolvimento da teoria do domínio do fato se devem à monografia *Autoria e domínio do fato* (*Täterschaft und Tatherrschaft*), publicada por Roxin em 1963. A partir dela, fir-

de apoio. FREUND, Georg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. Auflage. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009. p. 379-380. Além da teoria do domínio do fato, da teoria subjetiva e da teoria formal-objetiva, outras propostas foram formuladas para distinguir autoria e participação, como, por exemplo, a de Lesch, que entende que tal diferenciação não obedece a critérios qualitativos, mas quantitativos, pois autoria, indução e cumplicidade seriam fenômenos de determinação da pena integrados na imputação e conduzidos à tipificação das diferentes formas de intervenção no delito, de modo que cada uma das cotas de responsabilidade rege-se conforme a envergadura da intervenção. Lesch, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado, 1997. p. 71.

3. Em verdade, a primeira menção ao termo "domínio do fato" deve-se a Hegler, em sua monografia *Os elementos do delito* (*Die Merkmale des Verbrechens*), de 1915. Contudo, o termo foi empregado não como noção referente à autoria, mas relacionada aos fundamentos da culpabilidade, como explica Roxin, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000. p. 81.

4. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band II. München: Verlag C. H. Beck, 2003. p. 15-16, em citação a LOBE, Adolf. *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*. 1933. p. 122.

5. WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1969. p. 100.

Santos, Humberto Souza. *Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2015.

mou-se a concepção de que autor, a figura central do processo delitivo, é quem domina o acontecimento que leva à realização do delito,⁶ enquanto partícipe é aquele que, embora exerça influência sobre o acontecimento, não é decisivo para dar forma à sua execução.⁷ O problema que a teoria pretende solucionar, portanto, é o da distinção entre autoria e participação, pois não é seu objetivo determinar se o indivíduo será ou não punido, mas se deve sofrer a punição na condição de autor ou partícipe.⁸

Por outro lado, a teoria do domínio do fato não foi desenvolvida com pretensões de universalidade. Na verdade, direciona-se a delitos cuja natureza exige um critério preciso de distinção entre autoria e participação, por não ser possível obter tal diferenciação de maneira evidente somente a partir das características do tipo penal. Tais delitos são aqueles que podem ser praticados por qualquer pessoa na modalidade dolosa e exigem, diante de um conceito restritivo de autor, que as diversas formas de intervenção no fato punível sejam submetidas a um filtro teórico para diferenciar a conduta de quem exerce um papel central no acontecimento típico, cuja realização se atribui ao autor, da acessória e secundária, característica de quem atua como partícipe.

Isso significa que, em relação a determinados crimes, não apenas é inadequado, mas também desnecessário, utilizar-se da teoria do domínio do fato para identificar alguma forma de autoria.⁹ Com efeito, existem delitos, denominados delitos de dever, em que apenas pode se localizar no centro da realização do tipo penal quem violou um dever especial, não dirigido a qualquer pessoa.¹⁰ Nesses casos, autor do delito é quem viola o dever que o tipo penal especialmente dirige a alguém com suas características.¹¹ Além dessa espécie, há os chamados delitos de própria mão, em que a figura central da execução do delito apenas pode ser vista naquele que realiza o tipo penal com as próprias mãos, que sempre será o autor.¹² E, por fim,

6. ROXIN, Claus. *Autoria y dominio...* cit., p. 44.

7. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 10.

8. GRECO, Luis; LEITE, Alao. O que é o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luis; LEITE, Alao; TENEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23.

9. O que foi exposto em anterior trabalho, SOUZA SANTOS, Humberto. *Coautoría em crime culposo e imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2004. p. 93 e seguintes e 109 e seguintes.

10. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 10.

11. ROXIN, Claus. *Autoria y dominio...* cit. p. 385 e seguintes.

12. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit. Band II, 2003, p. 10.

Santos, Humberto Souza. *Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2015.

ainda existem os delitos culposos, nos quais a autoria (a participação não é punível) se extrai diretamente dos critérios envolvidos no âmbito da imputação objetiva.¹³

Assim, de maneira breve e superficial, têm-se os objetivos e limites da aplicação da teoria do domínio do fato. A partir desses contornos, é preciso examinar cada uma de suas consequências submodalidades, para que, por meio da compreensão de suas estruturas, seja possível identificar aquilo que efetivamente se aplica aos delitos comissivos praticados no âmbito das relações econômico-profissionais, o que se busca realizar nos tópicos seguintes.

2.1 *Autoria direta por meio do domínio da ação*

A autoria direta define a realização pessoal do tipo pelo autor, que é o único sujeito possuidor exclusivo do domínio do fato. Como os tipos penais geralmente descrevem ações ou omissões individuais, no caso de realização individual do tipo, a autoria, em sua forma mais simples, torna-se um problema de identificação da pessoa física do autor,¹⁴ já que, por realização pessoal ou individual, deve ser entendida a execução de própria mão da ação típica.¹⁵ Autor imediato, portanto, é aquele que pratica por si mesmo o fato punível, que preenche todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo e, com isso, realiza com as próprias mãos o tipo penal.¹⁶ E, por preencher na sua pessoa a totalidade dos elementos objetivos e subjetivos do ilícito, detém o domínio da ação.¹⁷

Ninguém domina melhor o fato do que aquele que o executa por si, por meio de uma atividade corporal própria, com as próprias mãos. Por isso, no caso da autoria direta, o autor tem o domínio do fato por meio da execução da respectiva ação típica, que se denomina domínio da ação. Trata-se, na verdade, de uma modalidade evidente de autoria, cuja forma de domínio do fato corresponde com clareza à compreensão do domínio do fato como realização do tipo.¹⁸ Por isso, não importa

13. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 1065.

14. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. Curitiba: IPCPC, Lumen Juris, 2008. p. 361-362.

15. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 77.

16. KINDHAUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008. p. 327.

17. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*. São Paulo, Coimbra: Ed. RT, Coimbra Ed., 2007. t. 1, p. 775.

18. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit. Band II, 2003, p. 19-20.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117. ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2015.

se o autor atua em interesse próprio ou alheio,¹⁹ o relevante é se, de acordo com o significado de sua contribuição objetiva, governa o curso do fato.²⁰

2.2 *Coautoria por meio do domínio funcional do fato*

Os casos de coautoria caracterizam-se pelo domínio comum do tipo penal por meio de uma divisão do trabalho entre os coautores. No plano subjetivo, revela-se como a decisão comum de realizar fato típico determinado, o que, por sua vez, fundamenta a responsabilidade de cada coautor pelo fato típico comum em sua integralidade. No plano objetivo, a realização comum do fato típico ocorre por meio de contribuições parciais necessárias para que o fato exista como um todo.²¹ Assim, a coautoria se define como a realização do tipo executada por meio de uma divisão de trabalho.²² O domínio do fato do coautor decorre de sua função na execução, ou seja, ele assume uma tarefa, que é essencial para a realização do plano do fato e lhe possibilita o domínio do acontecimento global mediante sua parcela de contribuição.²³ Esse contexto é identificado por meio de três requisitos essenciais: 1. a existência de um plano comum do fato; 2. uma execução comum; e 3. uma contribuição essencial no estágio de execução.²⁴

Não é possível coautoria, com base no domínio funcional do fato, se as pessoas que trabalham para o mesmo objetivo não sabem nada umas das outras, bem como não é suficiente quando o conhecimento uns dos outros não leva a um trabalho comum, mas apenas ao aproveitamento da mesma situação.²⁵ Tampouco é necessário que o plano do fato seja elaborado e decidido em comum.²⁶ Além disso, basta que o acordo seja estabelecido antes ou depois do início do fato e ocorra de maneira implícita.²⁷

No entanto, o plano comum do fato e sua execução comum deixam de existir se o coautor continua a agir mesmo depois que o fato comum foi dado pelos demais

19. HAFER, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 9. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2004. p. 200.

20. JESCHKE, Hans-Heinrich; WEGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 702.

21. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit., p. 362.

22. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 101.

23. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit., p. 77.

24. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 78.

25. Idem, ibidem.

26. Idem, p. 79.

27. Idem, ibidem.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117. ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2015.

como terminado.³⁸ Da mesma maneira, o excesso de um coautor não pode ser atribuído aos outros intervenientes, por estar fora do plano comum do fato e, por conseguinte, da comunhão de comportamentos. Nesses casos, não há, em regra, coautoria, devido à ausência de dolo do fato excessivo.³⁹ Apesar dessa conclusão, é controvertido se um excesso não doloso decorrente de erro pode ser imputado aos demais coautores, cuja punibilidade é defendida pela doutrina majoritária.⁴⁰ Wessels e Beulke, por exemplo, afirmam que um equívoco quanto ao objeto pelo coautor (*error in persona vel objecto*) deve ser desconsiderado quando a ação do fato não ultrapassa o combinado e a confusão não alcança o dolo do tipo em razão da equivalência típica do objeto.⁴¹ Já Baumann, Weber e Misch sustentam que, se o erro é desconsiderado para a punibilidade de um autor individual, é preciso admitir sua irrelevância também no comportamento em coautoria para todos os coautores.⁴² Todavia, a posição mais correta é entender que os demais coautores não são responsáveis pelo excesso de um, indiferente se a ultrapassagem dos limites do plano do fato ocorreu por excesso doloso ou por erro, já que o plano comum do fato fundamenta e limita, ao mesmo tempo, a coautoria.⁴³

Por outro lado, o plano do fato não precisa estipular expressamente cada detalhe da conduta do coautor. Ao contrário, é possível existir a liberdade para arranjar os detalhes e agir ou reagir de acordo com a situação concreta, de modo que toda forma de comportamento de adequação ao plano está abrangida pelo acordo.⁴⁴ Nos casos de delitos qualificados, basta que o plano comum e a execução comum se refiram ao delito-base, o que significa que, em relação ao resultado qualificado, cada coautor individual, dado o caso da qualificadora, deve agir com culpa e, eventualmente, pode-se reconhecer uma coautoria culposa. A culpa de um coautor ocorre, na maioria das vezes, quando o perigo de que o resultado mais grave se realize já é deduzido do plano comum do fato do delito-base praticado em coautoria.⁴⁵ É uma situação que difere do delito totalmente culposos, em que a coautoria

28. Idem, p. 79-80.

29. Idem, p. 80.

30. Idem, *ibidem*.

31. Wessels, Johannes; Beulke, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 38. Auflage. Heidelberg C.F. Müller Verlag, 2008. p. 190.

32. Baumann, Jürgen; Weber, Ulrich; Misch, Wolfgang. Op. cit., p. 698.

33. Nesse sentido, Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 80; Otto, Harro. *Grundkurs Strafrecht Allgemeiner und Strafrechtslehre*. 7. Auflage. Berlin: De Gruyter Recht, 2004. p. 300.

34. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 80.

35. Idem, p. 81.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

não se estrutura pela teoria do domínio do fato, mas pela existência de três elementos: (a) um acordo comum para um fato não delituoso; (b) a criação de riscos não permitidos pelas condutas dos intervenientes praticadas em razão desse acordo comum e (c) o incremento desses riscos, que gera um risco conjunto imputável reciprocamente a todos os coautores.³⁶

2.3 Autoria mediata por meio do domínio da vontade

A autoria mediata ocorre nas hipóteses em que, para a realização de um delito, o autor se utiliza de um terceiro que atua como instrumento. A modalidade de domínio do fato que a fundamenta é o domínio da vontade.³⁷ Nesses casos, falta a ação executiva do homem de trás e o domínio do fato se baseia no poder da vontade de reitoria.³⁸ As hipóteses em que surge esse poder da vontade reitoria, que justifica o domínio da vontade do homem da frente pelo homem de trás, foram desdobradas por Roxin em três manifestações: 1. a coação; 2. o erro; e 3. a existência de um aparato hierárquico vertical de poder.

2.3.1 Domínio da vontade por meio de coação

O caso aparentemente mais simples de domínio da vontade por meio de uma atividade de coação é o da ameaça.³⁹ Nessa hipótese, o autor imediato age em circunstâncias de coação irresistível,⁴⁰ o que não exclui a autoria mediata do homem de trás, cujo domínio da vontade pressupõe o domínio da ação do executor.⁴¹ Entretanto, não basta qualquer pressão, pois também o instigador exerce uma influência motivadora sobre o autor sem que ocorra, por isso, o domínio do fato.⁴² O limite reporta-se a um dado empírico, a intensidade da pressão psíquica, cujas linhas delimitadoras, no entanto, são determinadas de maneira normativa, de acordo com as regras do estado de necessidade exculpante previsto no direito penal alemão, que corresponde à exclusão da antijuridicidade por coação irresistível de acordo com a regra brasileira do art. 22 do CP. Entretanto, como não é possível uma mensurabilidade exata do grau de influência coercitiva, o domínio do fato

36. Souza Santos, Humberto. *Coautoria em crime...* cit., p. 109 e seguintes.

37. Batista, Nilo. Op. cit., p. 129.

38. Roxin, Claus. *Autoria y dominio...* cit., p. 166.

39. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 23.

40. Cirino dos Santos, Juarez. Op. cit., p. 364.

41. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 23.

42. Idem, p. 23-24.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

submete-se, como todos os conceitos jurídicos, com exceção daqueles que envolvam a adoção de medidas inequívocas e matemáticas, a um campo de delimitação de verificação teleológica.⁴³

Também é possível a autoria mediata quando o homem de trás produz o estado de necessidade do autor imediato não por meio de ameaça, mas da criação de uma situação exterior equivalente. É o caso, por exemplo, em que A provoca com dolo a morte de C ao levar B a uma situação de perigo tal que, como A previa, somente por meio da morte de C era possível a B se salvar. Nessa hipótese, A é autor imediato do delito de homicídio, pois é o próprio senhor da situação e serve-se de B apenas como um instrumento jurídico-penalmente não responsável, embora seja um caso raro de se ver na prática.⁴⁴

Contudo, a questão se torna distinta quando o homem de trás não cria a situação de estado de necessidade, justificante no direito penal brasileiro, exculpante no direito penal alemão, mas somente a utiliza para o seu objetivo. Roxin enxerga aqui autoria mediata apenas em duas constelações de casos. A primeira, quando alguém vincula o salvamento à prática de um fato punível, como no exemplo em que A, o único que pode levar a tempo o acidentado B ao hospital, condiciona sua ajuda salvadora a B assinar previamente um documento falso. O homem de trás também é punível como autor mediato quando ele não deixa possibilidade de se salvar a quem se encontra em estado de necessidade a não ser à custa de um inocente, como, por exemplo, no caso em que A entrega material explosivo ao alpinista B que está soterrado e corre o risco de morrer, para que ele o detone e possa ter o caminho livre, embora A e B saibam que, como consequência da detonação, outros alpinistas devem morrer, embora pudessem ser salvos de outra maneira. Nessa hipótese, B não sofre punição, mas A, que sem necessidade aproveita o medo da morte de outros para matar terceiros, domina responsavelmente o decurso dos acontecimentos e é autor mediato.⁴⁵

A regra é a mesma para as hipóteses de coação à autolesão, em que alguém coage outra pessoa a submeter-se a experimentos danosos à saúde ou a cometer suicídio, o que leva à punição como autor mediato de lesão corporal ou de homicídio se a ameaça contiver os pressupostos do estado de necessidade, justificante no direito penal brasileiro, exculpante no direito penal alemão. No entanto, se, por exemplo, for o caso apenas de revelação de um escândalo, o chantagista é punido somente pelo crime de ameaça, não pela lesão corporal ou pelo homicídio.⁴⁶

43. Idem, p. 24.

44. Idem, p. 25.

45. Idem, *ibidem*.

46. Idem, p. 26.

Savos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2015.

por outro lado, também é possível domínio do fato por meio de ameaça em hipóteses nas quais o instrumento se comporta de maneira lícita. É o que ocorre, por exemplo, quando A coage B, por meio de uma ameaça de morte, a agredir C, que, por sua vez, mata a tiro B, em legítima defesa. Se A queria ou aceitou isso, é autor imediato da morte de B. Nesse caso, ambos B e C foram instrumentos de A, pois agiram sem responsabilidade e de maneira justificada diante da lei. Contudo, se A apenas instigou B e não o coagiu, não pode lhe ser imputada a morte de B mediante a ação de legítima defesa de C, pois, nessa hipótese, B tinha o domínio do fato, enquanto A deve ser punido apenas como instigador do fato eventualmente praticado por B.⁴⁷

2.3.2 Domínio da vontade por meio de erro

O domínio da vontade por meio do erro, segunda modalidade de autoria mediata, pode se apresentar em quatro graus distintos. O primeiro, quando o instrumento atua sem dolo. O segundo, quando o executor, apesar de atuar dolosamente, encontra-se em erro de proibição causado pelo homem de trás ou do qual ele ao menos se aproveita. O terceiro, quando o autor imediato, embora pratique uma ação típica e antijurídica, encontra-se em circunstâncias capazes de excluir sua responsabilidade. Finalmente, o quarto, quando o executor é jurídico-penalmente responsável por seu ato, mas o homem de trás enxerga a forma e a medida da lesão melhor do que o autor imediato.⁴⁸ Todas as modalidades de domínio da vontade por meio do erro possuem estrutura diferente do domínio por meio da ameaça, pois não há coação, mas uma consciência que possibilita ao homem de trás o controle dos acontecimentos por vislumbrar o que o autor imediato não sabe ou não quer ter como verdade. Assim, o homem de trás dispõe o executor, no âmbito dessa consciência maior, como um puro fator causal em seu plano.⁴⁹

A autoria mediata do homem de trás é incontroversa nos casos em que ele coloca o executor em erro de tipo excludente do dolo, o que o leva a atuar sem culpa ou, quando muito, com culpa inconsciente. Assim, A é autor mediato de homicídio se ele manda B aplicar em C uma falsa injeção de calmante que, na verdade, contém um veneno mortal.⁵⁰ Da mesma maneira, admite-se autoria mediata quando o homem de trás não produz o erro do executor, mas apenas dele se aproveita. Contudo, em caso contrário, diante do comportamento doloso do autor imediato, apenas existe participação.⁵¹

47. Idem, p. 28.

48. Idem, p. 29.

49. Idem, *ibidem*.

50. Idem, *ibidem*.

51. Idem, p. 30.

Savos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2015.

Entretanto, é discutível a possibilidade de se admitir autoria mediata pela produção ou aproveitamento de um erro excludente de dolo nos casos em que o executor age com culpa consciente. Isso porque, nessas hipóteses, o autor imediato que atua com culpa consciente não realiza "cego" o resultado, mas vislumbra a possibilidade de sua ocorrência. Entretanto, mesmo nos casos de culpa consciente do autor imediato, o homem de trás enxerga os fatos melhor do que o executor nas hipóteses em que sabe da certeza ou da alta probabilidade de realização do resultado que o autor imediato tem apenas como possível.⁵²

Ocorre também autoria mediata quando o homem de trás arma uma falsa situação de legítima defesa ao autor imediato ou aproveita-se de um já existente erro de tipo permissivo.⁵³ Da mesma maneira, pode-se falar em autoria mediata do homem de trás quando o erro sobre o fato exclui não apenas o dolo delitivo, mas inclusive a antijuridicidade do comportamento do autor imediato. Esta hipótese, que Roxin denomina de instrumento lícito, ocorre especialmente em ações estatais, por exemplo, quando A acusa falsamente B de um crime grave e compila indícios aparentemente fortes, capazes de fundamentar uma regular prisão temporária ou preventiva decorrente da acusação injusta, *ex ante* aparentemente necessária. As autoridades que participaram dessa prisão, policiais, promotor de justiça, juiz, atuaram lícitamente como instrumentos de A, que deve ser punido como autor mediato da privação de liberdade de B.⁵⁴

A regra do domínio da vontade em razão do erro também se aplica, de maneira análoga, nos casos de autolesão produzida mediante engano. Assim, por exemplo, quando alguém, com o objetivo de matar, entrega uma comida envenenada à vítima, torna-se autor de crime de homicídio, mesmo se a ação imediata que levou à morte, no caso o sabotar a comida, tenha sido praticada pela própria vítima.⁵⁵

2.3.3 Domínio da vontade por meio da incapacidade de culpabilidade ou capacidade de culpabilidade diminuída

A terceira modalidade de autoria mediata decorre da incapacidade de culpabilidade ou da capacidade de culpabilidade diminuída do executor do fato, que permite ao homem de trás exercer um domínio sobre sua vontade. Incapaz de culpabilidade ou imputável é a pessoa que age sem a capacidade de entender o caráter injusto ou de atuar de acordo com esse entendimento e, também, os jovens menores de idade

52. Idem, *ibidem*.

53. Idem, p. 31.

54. Idem, p. 32.

55. Idem, *ibidem*.

Swins, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

incapazes de responsabilidade penal. Roxin explica que a utilização pelo homem de trás de um instrumento incapaz de culpabilidade ou com capacidade de culpabilidade diminuída constitui uma modalidade de autoria mediata que é uma mistura estrutural de um domínio em razão do erro e da ameaça. Isso porque, em razão da falta de capacidade de culpabilidade, o executor do fato atua em erro de proibição inevitável, excludente de sua culpabilidade. Por isso, esses casos devem ser tratados de acordo com as mesmas regras do domínio do fato decorrente do erro. Contudo, por outro lado, como falta no executor capacidade de resistir às instruções, o homem de trás manipula seu comportamento da mesma maneira que no domínio derivado da ameaça, sem, no entanto, precisar empregar algum meio de pressão, já que quando inexistente capacidade de resistência, não é necessário impor violência ou coação para exercer o domínio. Assim, não raro ambas as modalidades de domínio da vontade podem surgir em conjunto ou transporem-se uma para a outra.⁵⁶

Roxin sustenta que, nos casos de domínio do fato por incapacidade de culpabilidade ou capacidade de culpabilidade diminuída, o emprego de um incapaz de culpabilidade fundamenta a autoria mediata sem que seja relevante se o doente mental ou a criança ou adolescente tenha tido uma vontade própria no caso individual. Se, durante o preenchimento concreto do tipo, alguém é incapaz de entender o injusto de seu comportamento ou de se conduzir de acordo com esse entendimento, não é compreensível como se poderia atribuir ao mesmo tempo a tal indivíduo uma vontade própria delitiva considerada juridicamente sob o ponto de vista de delimitação entre autoria e participação. E, nos casos de criança e adolescente, embora seja teoricamente possível que, em razão de seu desenvolvimento intelectual e espiritual, a criança ou o adolescente já tenha maturidade suficiente para entender o injusto do fato e de agir de acordo com esse entendimento, de modo a, nessa medida, supor uma participação ou uma autoria mediata, o princípio da responsabilidade fundamenta a desobrigação penal do executor e a responsabilidade exclusiva do homem de trás, que se torna a figura central do acontecimento e, com isso, seu autor mediato.⁵⁷

A mesma regra vale para os casos de contribuição a uma autolesão. Quem exorta ou facilita o suicídio de uma criança, um jovem incapaz de culpabilidade ou um doente mental, é autor mediato de um delito de homicídio. Também o fornecimento a tais pessoas de entorpecentes ou substâncias de efeitos mortais ou prejudiciais à saúde pode ser punível como homicídio ou lesão corporal se o homem de trás tiver o necessário dolo da ocorrência de tais delitos.⁵⁸ Nas hipóteses de relevante

56. Idem, p. 58-59.

57. Idem, p. 59.

58. Idem, *ibidem*.

Swins, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

diminuição da capacidade de culpabilidade do executor, o princípio é o mesmo para a contribuição à autolesão ou ao suicídio, com a diferença de que a capacidade de entendimento do autor não deve se referir à ausência de injusto, mas ao alcance do comportamento para a sua própria pessoa. Nas hipóteses de autolesão, a falta de entendimento, por exemplo, repercute no alcance do prazer proporcionado pelo uso da droga autor mediato. Já nos casos de completo entendimento do risco pela vítima, a ainda persistente capacidade de resistência, embora diminuída, fundamenta apenas uma participação não punível em uma autocolocação dolosa em perigo. Nos casos de suicídio, pode faltar ao suicida o entendimento do alcance de seus atos sob a influência de álcool, drogas ou alucinações, de modo que o colaborador se torna autor mediato de homicídio. Já se existe o entendimento do suicida e sua capacidade de resistência é apenas diminuída, embora ainda presente no caso concreto, o fornecedor deve ser considerado apenas um colaborador impune.⁵⁹ Contudo, no direito brasileiro, essa última solução é distinta, já que a participação em suicídio é disposta como delito no art. 122 do CP, que prevê, inclusive, a aplicação em dobro da pena se a vítima tiver, por qualquer motivo, diminuída a capacidade de resistência.⁶⁰

2.3.4 *Domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder*

A quarta modalidade de domínio da vontade desenvolvida por Roxin constitui uma nova construção diante das hipóteses tradicionais de autoria mediata. É o caso da submissão do executor do fato a um aparato de poder capaz de assegurar obediência ao homem de trás mesmo nas hipóteses em que inexiste ameaça ou erro pois o próprio aparato como tal garante o cumprimento das ordens.⁶¹ Aquele que ordena não precisa, nessas circunstâncias, recorrer à ameaça ou ao erro do autor imediato, pois o aparato de poder, na falta do indivíduo destacado para o cumprimento da ordem, possui outro à disposição que possa assumir sua função.⁶² Por

59. Idem, p. 64.

60. Código Penal brasileiro: "Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único. A pena é duplicada: Aumento de pena. I – se o crime é praticado por motivo egoístico; II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência".

61. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 46.

62. Roxin, Claus. *Autoria mediata por meio do domínio da organização*. Trad. José Danilo Tavares Lobato. In: Graco, Luis; Lobato, Danilo (coord.). *Temas de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 323.

Santos, Humberto Souza. *Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez 2015.

isso, é uma característica dessa forma de autoria mediata que o homem de trás com frequência não conhece pessoalmente o executor.⁶³

De acordo com a teoria do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, o autor mediato está na manivela de comando de um aparato de poder, independente do grau de hierarquia, e por meio de uma ordem pode produzir fatos puníveis que não dependem da individualidade do executor.⁶⁴ Para que exista esse domínio da organização são necessários três pressupostos. O primeiro, que o homem de trás exerça um poder de comando no âmbito da organização; o segundo, que a organização esteja desvinculada do direito; e o terceiro, que os executores individuais sejam substituíveis, ou seja, fungíveis, de maneira que, caso não se possa contar com a atuação de um determinado executor, outro irá agir em seu lugar.⁶⁵ Em meados da década passada, Roxin chegou a conceber um quarto pressuposto: a elevada disposição dos executores ao fato,⁶⁶ mas mudou de opinião para reconhecer que a elevada disposição ao fato não se caracteriza como um pressuposto autônomo do domínio da organização, já que decorre, na verdade, dos outros três pressupostos que fundamentam o domínio da organização.⁶⁷

A "fungibilidade", a substitutividade ilimitada do autor imediato, é o que garante ao homem de trás a execução do fato e o faz dominar o acontecimento. Isso porque o autor imediato é apenas uma peça substituível no mecanismo do aparato de poder, o que não muda nada em relação à sua punibilidade, na condição de autor imediato, por ter praticado o crime com as próprias mãos.⁶⁸ No entanto, essa posição não é pacífica. Há um entendimento que considera coautor, não autor mediato, esse homem de trás que comanda aparatos organizados de poder.⁶⁹ Nesse sentido, Jescheck e Weigend sustentam que, se os executores das ordens no âmbito

63. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 47.

64. Idem, *ibidem*.

65. Roxin, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do "domínio da organização" (*Organisationsherrschaft*). Trad. Raquel Lima Scalcon. In: AMOS, Kai; BOHM, Maria Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 311.

66. Roxin, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia*. n. 7. p. 19-20. Santiago: Facultad de Derecho de Universidad de Chile, 2006.

67. Roxin, Claus. Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 4. Jahrgang, Ausgabe 11, 2009, p. 567. Disponível em: [www.zis-online.com/data/artikel/2009_11_369.pdf].

68. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 47.

69. Idem, p. 52.

Santos, Humberto Souza. *Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez 2015.

de um aparato organizado de poder são plenamente responsáveis, a pessoa que ocupa a posição central da organização é coautor precisamente porque domina a organização. Nesse caso, o caráter comum da resolução delitiva se produz por meio da consciência, tanto do diretor do aparato quanto dos executores, de que um fato determinado ou vários da mesma classe devem ser realizados de acordo com as indicações da direção.⁷⁰ E, também, Jakobs afirma que considerar autoria mediana é tão supérfluo como nocivo, porque encobre a vinculação organizativa de todos os intervenientes, nem sempre forçada, até converter-se em um fazer comum. Isso porque, somente por meio da conjunção de quem emite a ordem e quem a executa, é possível interpretar um fato singular do executor como contribuição a uma unidade que abranja diversas ações executivas.⁷¹ Assim, quem atua em um aparato organizado de poder, com responsabilidade por suas condutas, não são instrumentos e quem emite ordens não é autor mediato, pois, como qualquer partícipe, não pode fazer valer juridicamente sua autoridade, ou seja, ser o último responsável da decisão sobre a realização do tipo.⁷²

Contudo, Roxin identifica ao menos três fundamentos decisivos contra a conclusão de que o homem de trás no âmbito dos aparatos organizados de poder atua como coautor. Em primeiro lugar, falta uma decisão comum para o fato, o que, de acordo com a doutrina absolutamente dominante, é um pressuposto de toda prática em comum que caracteriza a coautoria. Em segundo lugar, falta também uma execução comum do fato, pois o denominado "autor de mesa de escritório" não executa nada pessoalmente, "não suja suas mãos", mas se serve do executor como um "instrumento" de sua vontade. Em terceiro lugar, ao se aceitar uma coautoria, a diferença de estrutura entre autoria mediata, a prática "por meio de outro", e coautoria, a prática "comum", torna-se nivelada e, por consequência, a linha divisória entre ambas as formas de autoria desaparece.⁷³ E tal não é adequado, pois a autoria mediata possui uma estrutura vertical, no sentido de um decurso de cima para baixo, daquele que

70. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 722.

71. JAKOBS, Günther. *Derecho penal. parte general*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997. p. 784.

72. JAKOBS, Günther. Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 4. Jahrgang, Ausgabe 11, 2009, p. 573. Embora Jakobs considere o ex-presidente peruano autor e não somente partícipe dos delitos praticados, fundamenta essa autoria apenas na violação dos deveres funcionais inerentes ao cargo de presidente da República e não na figura da autoria mediata derivada do exercício de domínio do fato por meio de aparatos organizados de poder. Idem, p. 574-575. Disponível em: [www.zis-online.com/data/artikel/2009_11_371.pdf].

73. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*. cit., Band II, 2003, p. 52-53.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2015.

manda fazer ao executor, enquanto a coautoria, ao contrário, tem uma estrutura horizontal, no sentido de que os coautores atuam ao mesmo tempo e lado a lado.⁷⁴

Além do entendimento de que o homem de trás, nos casos de aparatos organizados de poder, seria coautor, existe, também, a posição de que atuaria, na verdade, como instigador. Essa opinião tem ganhado cada vez mais novos seguidores, mesmo após o julgamento em que o BGH.⁷⁵ em 26.07.1994, considerou os membros do conselho de defesa da antiga República Democrática da Alemanha autores mediatores dos homicídios praticados por atradores que vigiavam o muro de Berlim e recebiam ordens para disparar contra quem tentava superá-lo.⁷⁶ Assim, Herzberg não dá importância ao argumento do "autor da mesa de escritório", segundo o qual apenas a aceitação da autoria expressa solucionaria adequadamente o injusto praticado por criminosos como Stalin, Hitler e Fujimori. Isso porque avalia que essas valorações de adequação são arbitrárias, pois por meio delas é possível atribuir autoria mediata em todos os casos possíveis em que um indivíduo se afasta de maneira especificamente delitiva do direito e se utiliza de sua posição de poder sobre subordinados para ordená-los a praticar fatos puníveis. Esse raciocínio, por exemplo, permite atribuir autoria mediata a um pai muçulmano que, mediante sua forte autoridade, encarrega seus filhos de praticar um "homicídio de honra" ou ao diretor de uma empresa de excursões de degustação de café, que exige de seus vendedores que pratiquem fraudes sob ameaça de demissão.⁷⁷ Por isso, conclui que, na verdade, Fujimori deveria ter sido condenado por participação nos homicídios que ordenou, pois ele não os praticou como autor, já que suas determinações não preencheram nem os requisitos da autoria mediata nem da coautoria.⁷⁸

Entretanto, tais argumentos não são suficientes para descaracterizar o caso como autoria mediata. É correto o argumento de Roxin de que Herzberg compara o incomparável, pois defender que a influência de um ditador no crime por ele ordenado não é maior do que a de um pai sobre seu filho ou de um empresário sobre seus funcionários é uma tese incompreensível.⁷⁹ Roxin constata que a atribuição de instigação a esses casos tem fundamento mais próximo da autoria mediata do que

74. ROXIN, Claus. Autoria mediata... cit., p. 323.

75. *Bundesgerichtshof* – Supremo Tribunal Federal alemão, correspondente ao nosso Superior Tribunal de Justiça.

76. BGH, 26.07.1994 – 5 StR 98/94. Publicado em BGHSr 40, 218.

77. Herzberg, Rolf Dietrich. Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlgebers an den Verbrechen seines Machtapparates. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 4. Jahrgang, Ausgabe 11, 2009, p. 579. Disponível em: [www.zis-online.com/data/artikel/2009_11_372.pdf].

78. Idem, p. 580.

79. ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão... cit., p. 323.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2015.

da coautoria, pois a instigação apresenta uma estrutura vertical e consiste na mera deflagração de acontecimento por mãos alheias, mas a diferença decisiva está em que o instigador não domina a execução do fato, ou seja, que a realização do tipo não depende de sua vontade.⁸⁰ Já a situação do "autor de mesa de escritório" é distinta, pois é o personagem central do crime por ele próprio ordenado. Nesse contexto, o executor subordinado, que em todo o caso também é responsável como autor devido ao seu domínio da ação, não pode discutir com quem ordena o domínio de sua vontade resultante da alta posição de controle do aparato. Além disso, é possível verificar com clareza diferenças especiais de relação estrutural que distinguem um "autor de mesa de escritório" de um instigador. Em primeiro lugar, o instigador precisa, desde logo, buscar um autor, enquanto o autor de mesa de escritório precisa, apenas, proferir uma ordem. Em segundo lugar, o instigador precisa estabelecer contato com o potencial autor, convencê-lo a adotar seu plano e superar suas objeções, já aquele que emite ordens na hierarquia de um aparato de poder se poupa disso.⁸¹

Portanto, é correto admitir a figura da autoria mediata por aparato de poder nos termos propostos por Roxin. E sequer a existência de um homem da frente plenamente responsável é motivo suficiente para torná-la inviável. Isso porque a autoria leva a uma especial responsabilidade destacada na realização do tipo, que, nas hipóteses de domínio da organização, alcança os "grandes", isto é, quem se utiliza do aparato de poder, e os "pequenos", que são aqueles que executam o fato em pessoa. Essa relação de responsabilidade, que se manifesta como um "estar em dependência recíproca", é o que reflete a teoria do domínio da organização de maneira mais exata, já que, de acordo com ela, ambos são condenados, quem ordena e quem executa, como autores, um mediato e outro direto, devido à sua especial responsabilidade.⁸² Os problemas, contudo, tornam-se agudos quando o raciocínio da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder é transposto para as organizações empresariais.

3. AUTORIA MEDIATA POR APARATOS DE PODER APLICADA A ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS: PODE A TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO FUNDAMENTAR O DOMÍNIO DO FATO NA CRIMINALIDADE DE EMPRESA?

Apesar do grande sucesso alcançado pela teoria da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder, Roxin, seu criador, afirma que ela não é, de manei-

80. ROXIN, Claus. *Autoria mediata...* cit., p. 335.

81. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 54.

82. ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente...* cit., p. 320.

Santos, Humberto Souza. *Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

ra alguma, uma superextensão da autoria. E lamenta que isso de fato ocorra na transferência dessa construção a ações delitivas praticadas a partir da chefia de empreendimentos econômicos ou outras estruturas hierárquicas. Roxin concorda com a aplicação da autoria mediata por meio do domínio de aparatos organizados de poder a organizações mafiosas ou terroristas que tenham à disposição numerosos executores substituíveis, mas a entende inviável quando ausente a fungibilidade do executor, como ocorre, por exemplo, quando, numa empresa participante de relações econômicas no âmbito do ordenamento jurídico, um diretor exorta um funcionário a falsificar documentos. Nesse caso, o diretor é apenas instigador do fato praticado, cujo autor é o funcionário, pois é de se esperar de qualquer pessoa sob a base de uma organização jurídica de trabalho que não obedeça a instruções ilícitas.⁸³

A crítica de Roxin é especialmente dirigida ao caminho tomado pela jurisprudência alemã, que teria superestendido o alcance da teoria. Roxin expõe como exemplo desta superextensão a decisão do BGH proferida em 13.09.1994 sobre um caso de ajuda à morte, em que o filho e o médico de um paciente deram ordem ao seu cuidador pessoal para encerrar o tratamento que o mantinha vivo, o qual desobedeceu, e foram, por isso, condenados como autores mediatos de tentativa de homicídio. Isso sob o argumento de que, em razão da competência para emitir ordens derivadas da condição de filho e de médico responsável pelo tratamento, bem como do papel sujeito a ordens do auxiliar, ambos os acusados possuíam o critério subjetivo da vontade de autor e os pressupostos objetivos do domínio do fato.⁸⁴ Nesse caso, Roxin explica que não apenas faltava a fungibilidade do executor da ordem, como também um hospital não trabalha desvinculado juridicamente da proibição de se causar morte, mas observa estritamente as normas que regulam tal vedação. No caso concreto, o fato de o auxiliar não ter executado a ordem, mas evitado a morte, torna manifesta a falta de domínio do fato dos homens de trás. E ainda que outras pessoas executoras fossem levadas em consideração, também se poderia e deveria esperar delas a recusa da execução da ordem devido à conhecida ilicitude da morte. Por isso, Roxin conclui que nesse caso individual existiu apenas instigação.⁸⁵

Outra decisão criticada por Roxin foi a proferida pelo BGH em 06.06.1997, que resultou na condenação de diretores de uma companhia limitada como autores mediatos de uma eliminação de lixo perigosa para o meio ambiente, tipo penal previsto no § 326 do CP alemão, por considerar que do "domínio do fato decorren-

83. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 55.

84. BGH, 13.09.1994 – 1 StR 357/94. Publicado em BGHSt 40, 257.

85. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 56.

Santos, Humberto Souza. *Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

te da vontade de autor" dos diretores se deduz que eles teriam delineado e aberto caminho à eliminação ilegal de lixo.⁸⁶ Roxin afirma que tal conclusão é equivocada porque abrir e delinear o caminho ao fato punível é um papel típico dos instigadores e, com frequência, do próprio auxílio prestado por meio de aconselhamento técnico. Por isso, sustenta que de nenhuma maneira seria possível resultar um domínio do fato somente dessas circunstâncias.⁸⁷

Também é objeto de críticas de Roxin a decisão do BGH em que diretores de uma companhia limitada foram condenados como autores mediatos de uma fraude praticada por seu funcionário, embora não se tivesse podido "constatar nenhuma atuação concreta ou mesmo somente um conhecimento atual dos acusados em relação às encomendas de mercadorias individualmente consideradas".⁸⁸ Roxin questiona a decisão com o argumento de que um domínio do fato sobre um acontecimento em que os acusados não tiveram nenhuma atuação concreta não está nem próximo de ser fundamentado. Por isso, afirma que o domínio do fato foi aqui utilizado somente para imputar autoria a qualquer responsabilidade indireta da diretoria de uma empresa e, para tanto, o conceito não é adequado.⁸⁹

Roxin afirma que essa apropriação da teoria do domínio da organização para fundamentar autoria em contextos distintos apenas se tornou possível porque o BGH, desde sua decisão inicial sobre o conselho de defesa da antiga República Democrática da Alemanha, acrescentou dois outros pontos de vista para fundamentar a autoria mediata. O primeiro, que o homem de trás aproveite a "disponibilidade incondicional do autor imediato para realizar o tipo penal"; e o segundo, que ele queira "o resultado como efeito de sua própria conduta".⁹⁰ Contudo, Roxin entende que o primeiro ponto de vista é derivado da opinião de Schroeder, que vê o fundamento da autoria mediata em casos de domínio da organização no aproveitamento da já existente decisão do executor para realizar o fato.⁹¹ Isso, segundo Roxin, não é correto e foi predominantemente rejeitado pela doutrina, pois a configuração do domínio da organização não depende da decisão para o fato do executor individual, mas de sua substitutividade. Além disso, ainda observa que não existe no plano da adequação jurídica das empresas laborativas nenhum fundamento para que os funcionários sejam mais decididos a executar chamados criminosos do que

86. BGH, 06.06.1997 – 2 StR 339/96. Publicado em BGHSr 43, 219.

87. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 56.

88. BGH, 11.12.1997 – 4 StR 323/97. Publicado em BGH wistra 1998, 148.

89. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 56.

90. BGHSr 40, 236. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 56-57.

91. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 57, em citação a SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 152 e seguintes.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez 2015.

outras pessoas.⁹² O segundo ponto de vista, analisa Roxin, significa um retorno à teoria subjetiva, com a qual a teoria do domínio do fato não concorda e da qual é independente. Tal retorno é devido ao seu inútil e vazio apego à formalidade, pois quando se diz que as pessoas que atuam no plano da diretoria tenham querido os fatos puníveis praticados por seus funcionários como um resultado de sua própria conduta, o único fundamento que se apresenta é uma irrelevante frase feita.⁹³

Com base nessas observações, Roxin conclui que a autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder é uma frutífera figura jurídica que permite o homem de trás ser entendido como autor principalmente nos casos de crimes de Estado e delitos de organizações criminosas. No entanto, afirma que será exigida além de seus limites,⁹⁴ ou seja, será sempre superestendida caso se pretenda atribuir sua modalidade de domínio do fato a toda relação hierárquica e pessoas que exercem função de direção em empreendimentos econômicos por fatos puníveis relacionados à empresa praticados por subordinados sem que seja considerada a forma de sua contribuição.⁹⁵

4. HIPÓTESE DE AUTORIA MEDIATA FUNDADA NUMA INTERPRETAÇÃO FUNCIONAL – –SISTÊMICA DE DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO?

Heine busca superar as objeções à aplicação da teoria do domínio da organização nos âmbitos empresariais por meio de uma divisão dos fundamentos da responsabilidade penal entre responsabilidade individual, que viria do domínio do fato e responsabilidade empresarial, decorrente do direito penal empresarial. Isso com base numa interpretação funcional-sistêmica de domínio da organização da empresa, que se torna deficiente à medida que a empresa se descuida da possibilidade de remediar a tempo um perigo, se omite a respeito de programas de prevenção no planejamento ou nos investimentos. Nesses casos, os deveres podem ser identificados no nível de cada divisão específica da empresa, conforme as suas funções, e a materialização dos riscos típicos da empresa devem ser considerados como condições objetivas de punibilidade, que se explica pelo fato de que o resultado, no direito penal das empresas, não é produto de um comportamento dominado pela vontade de um autor, mas derivado de um processo acumulativo de administração deficiente durante um longo tempo. Por isso, Heine defende que a relação entre a condição objetiva de punibilidade e a administração defeituosa do perigo se orienta, no lugar de uma causalidade

92. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 57.

93. Idem, p. 57.

94. Roxin, Claus. *Autoria mediata...* cit., p. 335.

95. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 58.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez 2015.

dade estrita, por uma teoria de aumento do risco próprio das organizações.⁹⁶ Assim, o fundamento da responsabilidade no direito penal individual é decorrente do domínio do fato propriamente dito, enquanto no direito penal empresarial, a responsabilidade seria decorrente do domínio da organização.⁹⁷

Para tanto, como explica Gómez-Jara Díez, é preciso considerar que a execução é obra da pessoa física, enquanto tal, e, também, da pessoa jurídica, uma vez que é um de seus membros que executa. Assim, num mesmo fato se superpõem dois planos, o individual e o empresarial. A aplicação do princípio da autorresponsabilidade serviria como limite no interior de cada plano de responsabilidade, mas não entre os dois, o que significa que existiria um princípio de autorresponsabilidade individual, dirigido à pessoa física, concomitante a um princípio da autorresponsabilidade empresarial, dirigido à pessoa jurídica, os quais não se excluiriam.⁹⁸ O domínio da organização, segundo essa concepção, surge, então, como um conceito explicativo das relações entre a responsabilidade individual e a responsabilidade penal empresarial, segundo o qual a responsabilidade penal individual e a responsabilidade penal empresarial se localizam em dois planos distintos, mas com conexão entre si. Nesse contexto, o domínio da organização fundamentaria a existência de uma responsabilidade penal da empresa mesmo nos casos em que se afirma uma responsabilidade penal de um membro individual da empresa, o que serviria para justificar modelos de responsabilidade concorrente entre empresa e indivíduo.⁹⁹

A aceitação dos argumentos de uma autoria mediata por meio de uma interpretação funcional-sistêmica de domínio da organização pressupõe a admissão prévia da controversa proposta de Jakobs de reelaboração normativa de todas as categorias dogmáticas, embora o próprio Jakobs rechaça a existência de uma autoria mediata por domínio da organização. Na verdade, a reelaboração dogmática da teoria do delito de Jakobs é adstrita à tarefa de estabilização do sistema e imputação de acordo com exigências preventivas gerais, cuja aplicação é criticável por descon siderar conceitos importantes, como bem jurídico e indivíduo, e permitir flexibilizações

96. HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. In: HURZADO POZO, José (coord.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Anuario Derecho Penal* 1996. Lima: Asociación Peruana de Derecho Penal, 1997. p. 42-44.

97. HEINE, Günther. Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als "zweite Spur". In: HEINER, Alwart (ed.). *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*. München: Hampp, 1998. p. 103-109.

98. GÓMEZ-JARA Díez, Carlos. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 68. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 180-181.

99. Idem, p. 179.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

das garantias do direito do acusado contra eventuais arbitrariedades. Além disso, sofre de uma carência de orientação político-criminal, já que o decisivo é a força de autoconservação do sistema.¹⁰⁰

Por outro lado, a adoção de uma compreensão em sentido meramente normativo do domínio da vontade, em sua variante domínio da organização, e do princípio da autorresponsabilidade também em sentido normativo leva a um círculo argumentativo. A organização empresarial surge como um verdadeiro sujeito coletivo, em sentido semelhante ao que Lersch, também discípulo de Jakobs, dá à coautoria, quando afirma não existir um fato próprio de cada interveniente, mas apenas um fato a imputar a um coletivo.¹⁰¹ Entretanto, ao se partir dessa perspectiva excessivamente normativa, a imputação do autor mediato perde o lastro que deveria ligar o domínio a dados da realidade fática e se torna mera ferramenta justificadora de atribuição de responsabilidade pelo poder de comando.

5. HIPÓTESE DE COAUTORIA?

Alguns autores, embora também não reconheçam na organização empresarial uma estrutura apta a imputar autoria mediata ao homem de trás, identificam elementos que se amoldariam à figura da coautoria. Isso com a justificativa de que quem realiza uma intervenção delitiva fora da execução, mas numa posição de controle e domínio, pratica atos de coautor, por se tratar de uma verdadeira realização comum do fato. Essa é a posição, por exemplo, de Longobardi, que a justifica a partir da concepção de coautoria de Jakobs.¹⁰² Segundo Jakobs, para que exista coautoria é suficiente a decisão de ajustar-se à conduta do autor ou a mera coconfiguração do fato, sem a necessidade de que haja em todos os casos um acordo recíproco prévio entre os coautores.¹⁰³ Longobardi aproveita esse raciocínio e afirma que, nas hipóteses em que os principais sujeitos do delito são aqueles que não intervêm em sua execução, pois esta é realizada por escalões inferiores cuja atuação se dá de maneira dolosa, a solução mais adequada é a do domínio funcional próprio da coautoria, de modo que a autoria mediata deve ficar legada aos casos de coação ou erro do executor.¹⁰⁴

100. SOUZA SANTOS, Humberto. *Coautoria em crime...* cit., p. 65-66.

101. LERSCH, Heiko H. Op. cit., p. 84-85.

102. LONGOBARDI, Mariano. Autoría y dominio del hecho en los delitos socioeconómicos: criminalidad económica, Derecho Penal Económico y dogmática penal. *Revista de Derecho Penal e Proceso Penal*. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005. p. 765.

103. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...* cit., p. 747.

104. LONGOBARDI, Mariano. Op. cit., p. 766.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Já Muñoz Conde defende a hipótese de coautoria com uma fundamentação próxima do argumento que Jescheck e Weigend utilizam para rejeitar a figura da autoria mediata por aparato de poder. Jescheck e Weigend afirmam que a autoria mediata somente pode ser considerada nos casos em que o executor não atua de maneira plenamente responsável, pois, nas hipóteses em que essa responsabilidade existe, o domínio da organização pelo homem de trás fundamente, na verdade, sua posição de coautor.¹⁰⁵ Embora, ao contrário destes últimos, Muñoz Conde admita que, quando preenchidos os requisitos estabelecidos por Roxin, seja possível autoria mediata nos casos de aparato de poder,¹⁰⁶ no caso de delitos realizados no âmbito empresarial, defende a hipótese de coautoria com a justificativa de que, no âmbito de qualquer coletivo empresarial de certa importância, as atividades são realizadas por meio de um complexo organograma em que predominam a divisão de funções no plano horizontal e a relação hierárquica no plano vertical. Por isso, afirma que o centro de gravidade da responsabilidade por autoria exclusiva ou o último elo da cadeia não pode se localizar na fase de execução, o que deixaria na periferia ou mesmo impunes condutas não executoras que foram tão ou mais importantes do que aquelas que executaram o delito.¹⁰⁷

Entretanto, Muñoz Conde considera que, como organizações empresariais não se caracterizam como aparato de poder não estatal à margem do direito, em relação aos delitos econômicos realizados em seu âmbito por meio de decisões tomadas em conselhos de administração ou pelos diretores dos mesmos, não se pode admitir um aparato de poder organizado e nem uma autoria mediata fundada em sua existência. O correto seria reconhecer uma autoria ou coautoria mediata, quando as decisões são realizadas por um executor irresponsável, ou uma hipótese normal de coautoria, quando o executor é responsável e não atua como um simples instrumento. Isso o leva a concluir que os sujeitos que, sem praticar ações executivas, mas com controle e domínio de grupo de pessoas, decidem a realização de um delito no âmbito empresarial, devem ser reputados coautores, pois as demais alternativas ou não se adaptam corretamente à natureza dessa espécie de intervenção delitiva ou relegam a importância delas a um lugar secundário que não concorda com o papel de destaque que exercem no seio das organizações.¹⁰⁸

105. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 722.

106. MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoria y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*. n. 9. p. 65. Salamanca, 2002.

107. Idem, p. 75.

108. Idem, p. 83.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

No entanto, também é problemática a opção por se aplicar a figura da coautoria a tais hipóteses. Gueiros Souza observa que o distanciamento espaço-temporal entre os intervenientes que se localizam em extremidades opostas de uma organização empresarial dificulta a adoção dessa modalidade de autoria.¹⁰⁹ Greco e Assis, por sua vez, constata que, nos casos de estrutura vertical, o reconhecimento da coautoria encontra obstáculo na inexistência de um plano comum, pois falta uma decisão conjunta, e de uma contribuição relevante do superior hierárquico na fase de execução.¹¹⁰

6. HIPÓTESE DE PARTICIPAÇÃO?

A participação pode ser conceituada como uma agressão própria ao bem jurídico por meio de uma colaboração dolosa e sem autoria num fato típico e antijurídico praticado com dolo típico.¹¹¹ Qualquer hipótese de participação, seja na modalidade de instigação, seja na de cumplicidade, pressupõe, em primeiro lugar, o fato de um autor, que pode ser consumado ou apenas tentado.¹¹² Isso significa que uma participação sem um fato típico de autor, apesar de imaginável, não é reconhecida pelo direito penal. Assim, uma participação em suicídio não é punida como participação para a morte de outrem, já que o suicídio não é abrangido pelo tipo penal de homicídio. É impunível na Alemanha¹¹³ e punida como autoria de um tipo penal próprio no Brasil, o art. 122 do CP.¹¹⁴

O fato de autor exigido para cada participação precisa ser típico e antijurídico, mas não culpável.¹¹⁵ O princípio de que qualquer forma de participação pressupõe

109. GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 105. p. 71. São Paulo: Ed. RT, 2013.

110. GRECO, Luis; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luis; LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 97.

111. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...*. cit., Band II, 2003, p. 127.

112. LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras - Uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 29.

113. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...*. cit., Band II, 2003, p. 128.

114. Código Penal brasileiro: "Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave".

115. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...*. cit., Band II, 2003, p. 128.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

um fato de autor típico e antijurídico denomina-se "princípio da acessoriedade limitada". Essa relação de acessoriedade é considerada limitada porque não se estende à culpabilidade, mas somente à antijuridicidade do fato principal, o que torna possível uma participação também em fato sem culpabilidade.¹¹⁶ Em regra, como visto no tópico referente ao domínio da vontade, a intervenção num fato sem culpabilidade fundamenta uma autoria mediata. Contudo, isso pode ser diferente de acordo com as circunstâncias do caso individual. Quem, por exemplo, não sabe da doença mental daquele que foi por ele exortado a praticar o crime, não pode ser considerado autor mediato, mas instigador.¹¹⁷

A participação pressupõe, além da tipicidade e da antijuridicidade do fato, também o dolo do autor. Isso porque, como o dolo é classificado como a parte subjetiva do tipo penal, exige-se que um fato típico do autor deva ser também doloso. A ausência de dolo do autor em geral torna o homem de trás autor mediato, o que descaracteriza uma punição por participação. Por outro lado, também a colaboração do partícipe no fato do autor deve ser dolosa no sentido de (co)causar esse fato nos planos objetivo e subjetivo. A provocação dolosa de um resultado típico consumado ou tentado, entretanto, não basta para uma participação punível, pois é necessário, ainda, que se configure como um ataque autônomo ao bem jurídico. Tal exigência de um ataque autônomo ao bem jurídico é o mais contestado entre os elementos da participação, mas se esclarece por meio dos princípios gerais da imputação, segundo os quais um resultado somente pode ser imputável se for decorrente da criação de um risco não permitido. Nesse sentido, como o partícipe deve agir com dolo, a criação dolosa de um risco não permitido se apresenta como o ataque autônomo ao bem jurídico exigido para uma participação punível.¹¹⁸

É possível também afirmar que a participação é um conceito secundário, já que pressupõe que a intervenção não ocorre na forma de uma espécie de autoria.¹¹⁹ Como, por um lado, o coautor colabora com o fato e, por outro, o autor mediato, ao menos em muitos casos, envolve-se numa realização do tipo dolosa e antijurídica de um autor, é preciso, para que alguém seja considerado partícipe, sempre constatar, em primeiro lugar, se o conceito "primário" da autoria não é aplicável a intervenção em análise, antes de qualificá-la como participação.¹²⁰ Contudo, a con-

116. HAFt, Fritjof. Op. cit., p. 211.

117. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 128.

118. Idem, p. 129-130.

119. STRATENWERK, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. 5. Auflage. Köln, Berlin, München: Carl Heymanns Verlag, 2004. p. 297 e seguintes.

120. KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2008. p. 701 e seguintes.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

clusão de que a participação é um conceito secundário não permite a afirmativa de que qualquer intervenção que não seja autoria será participação, pois pode também não ser punível diante da ausência de fato principal doloso ou de um ataque autônomo ao bem jurídico. O correto, portanto, é considerar a participação um conceito secundário, mas não um conceito dependente.¹²¹ Tais são, em síntese, as características da participação.¹²²

O reconhecimento de participação do homem de trás nos casos de delitos comissivos praticados com estrutura vertical no âmbito empresarial é a solução preferida do próprio Roxin, segundo o qual se, numa grande empresa moderna participante da vida econômica dentro do ordenamento jurídico, um chefe de departamento exorta um empregado a praticar uma falsidade documental, é apenas instigador do delito praticado na qualidade de autor pelo empregado, ainda que este empregado seja fungível. Isso porque, de uma organização que trabalha no marco da legalidade, deve se esperar que não sejam obedecidas as ordens antijurídicas, como prescreve, por exemplo, a legislação trabalhista.¹²³

Também é a solução defendida por Greco e Assis, que afirmam que a mera detenção de um alto posto em uma estrutura hierárquica não é suficiente para conferir domínio do fato ou tornar um sujeito autor do realizado pelos inferiores. Isso porque, o que importa ao direito penal, em primeiro lugar, é o comportamento do sujeito, não a sua posição, o que significa que, na maioria das hipóteses, a emissão de uma ordem fundamenta apenas participação, por instigação, e não autoria. Como o tipo não é realizado de mão própria, o empresário que emite uma ordem não pode ser considerado autor direto. Assim, defendem que a existência da coautoria somente será verificada excepcionalmente, pois, em geral, a distância entre quem decide e

121. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 130.

122. No âmbito da teoria da participação ainda é discutido o particular problema das ações neutras, ou seja, de contribuições não manifestamente puníveis praticadas por meio de comportamentos cotidianos. Roxin defende que esses casos devem ser punidos se existir um "sentido delitivo" na conduta. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 208. Otto sustenta a punibilidade nas hipóteses em que o sujeito sabe que sua conduta aumenta o perigo para um bem jurídico penalmente protegido. Otto, Harro. Op. cit., p. 336. Entre os brasileiros, já se manifestaram a respeito Greco, que defende a punibilidade de quando a não prática da ação proibida representar uma melhora relevante na situação do bem jurídico concreto. Greco, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras - A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 142-143. Lobato, quando a contribuição constituir um abuso de direito. Lobato, José Danilo Tavares. Op. cit., p. 99-119. Rassi, nas hipóteses em que a conduta significar uma violação ao dever de solidariedade. Rassi, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 145-151.

123. Roxin, Claus. *Autoria y dominio*... cit., p. 729.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

quem executa torna impossível que se apresentem o plano comum e a contribuição relevante na fase de execução. E, por outro lado, sem que ocorra erro ou coação do executor, não é possível se tratar de autoria mediata. Além disso, sustentam que tampouco a autoria mediata por meio do domínio da organização pode ser aplicada a estruturas empresariais, já que estas não constituem organizações dissociadas do direito, um requisito que, por sua vez, decorre do próprio fundamento desta modalidade de autoria mediata, que é a fungibilidade de executores.¹²⁴

Contudo, embora efetivamente não se trate de coautoria ou de autoria mediata por meio de aparatos de poder, ou seja, fundada no domínio da organização, devido à ausência dos requisitos dessas figuras, não parece perfeito admitir a ocorrência de mera participação, bem como a inexistência de domínio do fato, em todas as hipóteses em que o homem da frente não atua sob coação ou em erro. O domínio do fato, como se esclarece no tópico 7, *infra*, deve ser entendido mais num sentido fático do que normativo e, por isso, pode ser verificado mesmo nos casos em que o homem da frente atua de maneira plenamente responsável. Nesse sentido fático, é possível observar a existência de duas características que indicam o domínio do fato como domínio da vontade: 1. a instrumentalização do homem da frente, que permite ao homem de trás dominar o acontecimento e se servir do homem da frente para atingir seu objetivo;¹²⁵ e 2. a garantia da realização do fato, que, no caso do domínio da organização, é conferida pela fungibilidade dos executores.¹²⁶ Contudo, esta garantia da realização do fato não significa segurança absoluta da produção do resultado, uma vez que sempre é possível que o fato se interrompa na tentativa.¹²⁷ Por isso, deve ser interpretada como a garantia de fatores eficientes para a realização do fato,¹²⁸ pois dificilmente se pode ter certeza absoluta da ocorrência do resultado, ainda que sejam empregados meios eficientes para que este se concretize.

No âmbito empresarial, embora não seja possível falar em aparato de poder desvinculado do direito e nem, propriamente, numa fungibilidade de executores, é possível que, devido a determinados fatores, ocorra domínio do fato numa circunstância em que o homem da frente se encontra numa condição de instrumento de

124. GRECO, Luis; ASSIS, Augusto. Op. cit., p. 107-108.

125. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*. cit., Band II, 2003, p. 22.

126. *Idem*, p. 47.

127. *Idem*, p. 50.

128. O que demonstra, mais uma vez, a íntima relação entre domínio do fato e dolo. Veja-se o conceito de dolo como criação consciente de um risco eficiente para o resultado em SOUZA SANTOS, Humberto. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 97, p. 110-112. São Paulo: Ed. RT, 2012.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

um homem de trás, que domina o acontecimento, em sentido fático. Tais fatores, contudo, não se confundem com a presença dos requisitos relativos às figuras da coautoria ou da autoria mediata por domínio da organização. Por outro lado, expressam uma modalidade de domínio da vontade, sem, contudo, caracterizar coação ou erro. Assim, chega-se, aqui, à conclusão de que devem referir a uma nova modalidade de autoria, ainda não consolidada.

7. HIPÓTESE DE NOVA MODALIDADE DE AUTORIA: INSTIGAÇÃO-AUTORIA?

A instigação-autoria é um conceito resultante da interpretação que Figueiredo Dias dá à instigação como uma figura no mesmo patamar das tradicionais formas de autoria, por considerá-la também detentora de domínio do fato.¹²⁹ O suporte legal de sua opinião é a redação do art. 26.º do CP português, que afirma em seu texto que é punível como autor quem dolosamente determina outro sujeito ao cometimento do delito.¹³⁰ No entanto, não é apenas o texto da lei o que orienta sua posição. Figueiredo Dias entende a instigação como algo mais do que a mera participação, por vislumbrar no instigador um verdadeiro senhor do fato, uma vez que cria no homem da frente a decisão da realização típica. Por isso, afirma que o instigador detém o domínio do fato tanto quanto ou, em muitos casos, até mais do que o autor mediato ou o coautor. Isso sob a forma de um domínio da decisão que o torna verdadeiro senhor, dono ou dominador da decisão do instigado de cometer o ato ilícito. Tal determinação integra, antecipadamente, todos os elementos constitutivos do ilícito e, por conseguinte, o conteúdo material de ilícito.¹³¹

Assim, ainda que o ilícito seja obra pessoal do homem da frente, o acontecimento surge, para Figueiredo Dias, como obra do instigador. Isso caracteriza o fato como uma correção de um ilícito, não como uma mera participação externa no ilícito de outrem. E, para tanto, é suficiente que a decisão pelo fato concreto seja criada ou produzida pelo instigador, pois apenas quem já está determinado à realização de um fato concreto, o denominado *omnimodo factorius*, pode ser suscetível de ser instigado. Todavia, esse conceito não abrange os casos de mero incentivo, aconselhamento, sugestão, reforço de propósito e todos os casos em que o homem de trás, apesar de exercer influência na motivação do homem da frente, não o de-

129. Dias, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 799.

130. Código Penal de Portugal: "Art. 26.º Autoria. É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução".

131. Dias, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 799-800.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

termina realmente à realização do tipo, que são hipóteses que Figueiredo Dias considera cumplicidade ou indução.¹³²

O domínio do fato na instigação, sob a forma do domínio da decisão, possui, ainda, de acordo com Figueiredo Dias, a característica da sucessividade. Isso porque, uma vez determinado o instigado, este também passa a exercer o domínio do fato sem que o instigador o tenha perdido. Assim, da mesma maneira que ocorre na autoria mediata, não é preciso que exista na instigação uma colaboração objetiva e fática do homem de trás na execução. Por isso, tanto o instrumento quanto o instigado podem, independentemente do grau de dependência subjetiva ou psicológica em relação ao homem de trás, não realizar a execução sem que isso signifique negar o domínio do fato exercido por ele.¹³³

A concepção da instigação-autoria é vista por Aires de Sousa como uma figura que pode exercer um papel relevante no âmbito das intervenções delitivas no contexto empresarial, por solucionar o déficit de punição no plano dos quadros dirigentes. Nesses planos, existiria uma ostensiva carência de punição, especialmente nas empresas de pequena dimensão, em que a direção toma decisões concretas comunicadas diretamente ao respectivo departamento responsável pela execução do delito. Em tais casos, Aires de Sousa entende que o dirigente deve ser punido como autor sempre que possuir o domínio do fato por meio do domínio da decisão do homem da frente, de acordo com os requisitos desenvolvidos por Figueiredo Dias. O fundamento está em que a opção pela prática do delito não teria ocorrido sem a atuação do homem de trás, que pode colocar-lhe um fim caso assim entenda. Por outro lado, a ausência desse domínio transformaria o dirigente empresarial em somente um indutor.¹³⁴

Esse entendimento leva Aires de Sousa a concluir que a instigação-autoria pode exercer um papel importante e adequado nas hipóteses em que o dirigente determina o seu subordinado à prática do delito, isto é, nos casos de coparticipação de dirigentes a um nível vertical, no âmbito das relações hierárquicas próprias da estrutura empresarial. A figura da instigação-autoria captaria o desvalor da conduta e ajustar-se-ia ao significado real da contribuição do homem, embora sejam as circunstâncias particulares de cada caso que determinam ou não a ocorrência de um domínio do fato do homem de trás. Por isso, Aires de Sousa entende que, também

132. Idem, p. 800.

133. Idem, p. 816.

134. Sousa, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e coparticipação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires (coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009. vol. 2. p. 1020.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

no âmbito empresarial, é possível surgir distintas formas de domínio do fato criminoso por quem ocupa uma posição hierárquica superior. Assim, existirá autoria mediata se quem recebe a ordem atua em erro, por ter recebido, por exemplo, informações falsas, ou é coagido. Se atua responsabilmente, mas determinado por seu superior hierárquico, será hipótese de instigação-autoria. Se a decisão e a execução do delito são conjuntas, será caso de coautoria. Caso ocorram atuações delitivas autônomas, estar-se-á diante de circunstâncias de autoria paralela.¹³⁵

Entretanto, essa construção não parece convincente, pois não é possível vislumbrar um domínio, ao menos em sentido fático, do instigador em relação ao homem da frente. Não há, ao contrário do que sustenta Figueiredo Dias, elemento que fundamente um domínio do instigador sobre a decisão do instigado. A liberdade de escolha do instigado pela não prática do delito não é limitada a ponto de torná-lo instrumento, como ocorre quando sofre uma pressão psíquica exercida por consequências negativas decorrentes de uma eventual decisão de não praticar o delito, nos casos de coação ou dependência estrutural econômico-profissional (nos termos que lhe coloca num contexto ilusório, no caso de erro; ou quando é peça realidade que lhe coloca num contexto ilusório, no caso de erro; ou quando é peça fungível de um aparato organizado de poder alheio ao direito. O mero poder de convencimento do homem de trás, por maior que se apresente, não tem a capacidade de instrumentalizar o homem da frente e, sem instrumentalização, não há domínio da vontade.

Por isso, a denominada autoria-instigação somente pode adquirir validade no âmbito de um ordenamento jurídico que conheça disposição semelhante ao art. 26.º do CP de Portugal.¹³⁶ Ausente um verdadeiro domínio, interpretado de maneira mais fática do que normativa, apenas por determinação legal é possível reconhecer na instigação uma figura equiparável a autoria, o que torna sem sentido a discussão teórica de seus requisitos se existe um texto positivado que impõe obediência.

8. UMA QUINTA MODALIDADE DE AUTORIA MEDIATA: O DOMÍNIO DA VONTADE FUNDADO NA DEPENDÊNCIA ESTRUTURAL ECONÔMICO-PROFISSIONAL

O delito praticado no âmbito empresarial, por envolver uma organização de pessoas caracterizada pela divisão de trabalho, normalmente produz uma cisão entre responsabilidade e ação que faz com que a lesão ao bem jurídico possa ser rea-

135. Idem, p. 1020-1021.

136. No sentido de que a instigação-autoria é, em verdade, extraída da redação do art. 26.º do CP Português: GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. Op. cit., p. 69.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

lizada por uma pessoa física que ou não é a verdadeira responsável por sua determinação ou, ao menos, não tem sua exclusiva responsabilidade.¹³⁷ O problema se torna ainda mais complexo à medida que se observa que, nas complexas grandes organizações empresariais da atualidade, a divisão de trabalho leva, na verdade, a diferenciação funcional e à descentralização dos processos de ação e decisão em que o poder inicial de sua diretoria se transforma num poder de intermediação que dilui o domínio da ação empresarial numa função de coordenação, a qual, por sua vez, em conjunto com a descentralização de conhecimentos e especialidades que acontece ao mesmo tempo, pode acabar por conduzir a uma, nas palavras de Schünemann, "irresponsabilidade organizada".¹³⁸

Os problemas de imputação são de tamanha grandeza que atingem delitos comissivos, omissivos, dolosos e culposos, nos planos horizontal e vertical. No entanto, como o presente trabalho pretende se ocupar apenas da questão da autoria do homem de trás em delitos comissivos dolosos no plano vertical,¹³⁹ sua análise está restrita a verificar se existe realmente domínio do fato em tais hipóteses ou se, no sentido do defendido por muitos, ocorre somente mera participação. É evidente que, considerando os requisitos da autoria e participação expostos ao longo do texto, nos casos em que há um plano comum, uma execução comum e uma contribuição relevante na fase de execução, há coautoria entre os intervenientes que executam o delito com as próprias mãos e aqueles que o fazem na condição de homens de trás. Já nas hipóteses em que o homem de trás coage ou mantém em erro o homem da frente não há dúvida em se reconhecer a autoria mediata. Por outro lado, como acima já se concluiu que não é viável a mera transferência aos delitos empresariais dos requisitos da autoria mediata por aparatos de poder, a solução restante seria a da participação.

Entretanto, não é correto afirmar que, em tais casos, nunca estarão presentes a instrumentalização do homem da frente pelo homem de trás e o exercício, pelo homem de trás, do controle dos fatores eficientes para a produção do resultado. Ao contrário, tais características comuns aos casos de autoria mediata, que revelam o

137. SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal*. Madrid: Complutense, 1988. p. 531.

138. SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales* Madrid, 2002. vol. IV, p. 16.

139. Uma solução para os casos de decisões colegiadas em plano horizontal, ao menos em relação a delitos culposos, foi desenhada, a partir da aplicação dos requisitos da coautoria culposa ali propostos, em: SOUZA SANTOS, Humberto. *Coautoria em crime...* cit., p. 131 e seguintes.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

domínio da vontade, ocorrem com frequência no âmbito de organizações empresariais, embora não se confundam com as três modalidades mais difundidas. Isso decorre da própria natureza de tais organizações, ainda que não esteja necessariamente restrito a elas, e pode levar à geração de relações de dependência estrutural de características econômicas e profissionais. Dependência estrutural que não se equivale a uma mera relação de dependência econômico-profissional, naturalmente existente, em maior ou menor grau, nas organizações empresariais, mas aquela que atinge um nível estrutural, capaz de tornar o executor um instrumento e o emissor da ordem um verdadeiro senhor de sua vontade.

8.1 Relação de dependência estrutural econômico-profissional

O grande equívoco das discussões a respeito da autoria mediata no âmbito empresarial é a insistência em vislumbrar sua possibilidade a partir de uma mera transferência dos requisitos do domínio da organização por meio de aparatos de poder. Trata-se de uma transposição controversa a organizações empresariais ligadas de um raciocínio destinado a incidir sobre estruturas hierárquicas desvinculadas do direito, típicas de Estados totalitários, organizações terroristas ou mafiosas. Com efeito, não parece viável que um eventual domínio do fato existente entre membros de uma empresa esteja fundado numa hierarquia vertical rígida, com subalternos fungíveis e atividade afastada do ordenamento jurídico. Na verdade, o surgimento de uma espécie de domínio do fato no âmbito empresarial distinta das situações de erro e de coação apenas pode ser decorrente das próprias relações que se estabelecem em tais estruturas e da característica econômico-profissional dessas relações.

Os requisitos que levam à existência de domínio do fato com fundamento numa relação de dependência estrutural econômico-profissional, que serão adiante estudados, são passíveis de ser encontrados em qualquer organização que produza relações desta natureza. Não é necessário que a organização se enquadre nos estritos critérios formais previstos pelo ordenamento jurídico para definir uma pessoa jurídica que exerce atividade empresarial, basta que em seu âmbito sejam originadas relações de dependência que envolvam características econômicas e profissionais, cuja intensidade confira a tal dependência a qualidade de estrutural. Entretanto, não há dúvida de que tais espécies de relações são, em geral, mais facilmente observadas no seio das organizações empresariais, pois o objetivo do estabelecimento de qualquer organização empresarial, ao menos no sistema capitalista, é a satisfação econômica e profissional de seus membros, que se tornam, nesse campo, dependentes de sua existência e do sucesso de suas atividades. Essa relação de dependência pode se apresentar de maneira variável sobre cada membro, a depender menos da posição hierárquica ocupada, embora ela possa servir de indicio na avaliação de

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

seu grau, e mais da efetiva intensidade da dependência verificada na realidade. Quanto maior o grau de dependência econômico-profissional, maior será a pressão psíquica sofrida pelo membro da empresa no sentido da prática do delito, o que lhe dá uma característica mais próxima da coação do que do aparato de poder.

Contudo, apesar de também manifestar pressão psíquica sobre o homem da frente, a dependência estrutural econômico-profissional não se confunde com a coação, pois não preenche as exigências desta figura e nem coloca o autor em situação justificante, nos termos do exposto no tópico 2.3.1 do presente estudo. No âmbito desta quinta categoria de autoria mediata que aqui se sustenta, o homem da frente, mesmo nas hipóteses em que se torna um instrumento, permanece plenamente responsável, ao contrário do coagido. Embora sua dependência econômico-profissional tenha atingido um grau suficiente para ser considerada estrutural, ainda não justifica uma excludente de antijuridicidade capaz de lhe eximir da responsabilidade pela prática do delito, do qual será autor imediato. E uma dependência estrutural econômico-profissional, que forneça ao homem de trás o domínio do fato e instrumentalize o homem da frente, apenas existe diante da ocorrência, em conjunto, de três requisitos essenciais, representados *ex ante* tanto pelo autor mediato quanto pelo autor imediato.

8.1.1 Perda da função pode causar relevante prejuízo econômico e profissional ao homem da frente

O primeiro requisito é o relevante prejuízo nas esferas econômica e profissional que tanto o homem da frente quanto o homem de trás, sob uma perspectiva *ex ante*, representam que o homem da frente possa sofrer caso se negue a praticar o delito. Por relevante prejuízo deve ser compreendido não um prejuízo qualquer, cuja ocorrência poderia ser suportada ou superada pelo homem da frente sem grandes traumas, seja porque já detentor de patrimônio ou fontes de renda suficientes para lhe proporcionar razoável segurança financeira em caso de afastamento da organização empresarial, seja porque tal afastamento não abalaria com relevância sua credibilidade no mercado de trabalho, de modo a manter sua reputação profissional em patamar não diminuído significativamente.

A impossibilidade deste relevante prejuízo econômico e profissional surge, então, como um dado idôneo a reforçar no homem da frente a alternativa da desobediência à ordem emitida. Isso porque, ainda que tal opção resultasse em seu desligamento da empresa, as circunstâncias desfavoráveis de uma situação de desemprego seriam abrandadas devido à segurança financeira e credibilidade profissional que lhe restariam. Por outro lado, o previsível relevante prejuízo econômico e profissional que lhe seria acarretado no caso de uma decisão contrária à determinação do homem de trás se manifesta como um primeiro elemento da pressão psíquica

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

que lhe coloca numa posição de instrumento, pois aprofunda de maneira significativa o estado de consequências negativas que seria decorrente de sua eventual não sujeição e limita sua liberdade de comportamento. No entanto, embora possa ser considerado um primeiro elemento do processo de instrumentalização do homem da frente, o relevante prejuízo econômico e profissional que lhe seria suportado em virtude da perda da função não basta, por si só, para justificar o domínio de sua vontade. Ainda que, isoladamente, possa constituir a existência de uma situação negativa relevante, é possível que adquira caráter transitório, superado à medida que recomposto o prejuízo econômico e retomada a reputação profissional.

Por outro lado, a consciência do homem de trás de que um relevante prejuízo econômico e profissional pode ser acarretado ao homem da frente lhe dá a certeza de que dispõe de fatores que se aproximam de uma eficiência para a produção do resultado. E tal cenário, se ainda não configura um verdadeiro domínio da vontade, pois a perspectiva do homem da frente de se tratar de um prejuízo, embora relevante, transitório e superável não pode assegurar ao homem de trás que a ordem emitida será cumprida, é um primeiro elemento fundamental nesse sentido. Além disso, é também uma primeira demonstração de que a relação de dependência econômico-profissional entre o homem da frente e a organização empresarial se caracteriza pelo desequilíbrio, que impõe ao sujeito o sofrimento de um prejuízo econômico-profissional significativo, ainda que passível de recuperação futura.

Portanto, isoladamente, o prejuízo econômico-profissional relevante não determina uma pressão psíquica com intensidade necessária a fundamentar o controle do comportamento do homem da frente pelo homem de trás. Sua possibilidade, ainda que grande, não fornece, por si só, ao homem de trás, um controle sobre fatores eficientes para a produção do resultado, embora se manifeste como um primeiro ponto de desequilíbrio. O estabelecimento de uma situação capaz de se estruturar no formato de um domínio da vontade fundamentador de uma autoria mediata, requer, ainda, a presença de requisitos adicionais.

8.1.2 O homem da frente dificilmente será absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização econômico-profissional

O segundo requisito que se propõe é a dificuldade, representada *ex ante* tanto pelo homem da frente quanto pelo homem de trás, de o homem da frente ser absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização econômico-profissional. Esse dado busca suprir a necessidade de uma durabilidade das consequências negativas impostas pelo relevante prejuízo econômico e profissional, para excluir os casos em que a pressão psíquica apresenta tolerabilidade temporal previsível, como um prejuízo transitório superável em razão da fácil absorção do sujeito pelo mercado numa função de mesma importância ou, com me-

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

lhor sorte, ainda superior. Ausente essa dificuldade de absorção pelo mercado, o homem de frente teria, em favor de sua decisão de não obedecer ao homem de trás, a expectativa de assumir um novo cargo de nível equivalente em outra organização empresarial, o que não daria ao seu prejuízo econômico e profissional, ainda que relevante, a capacidade de limitar sua liberdade em grau suficiente para que se deixe instrumentalizar para a prática do crime.

A consciência do homem da frente de que dificilmente encontrará no mercado um novo posto cuja função esteja à altura daquela que perderá com o desligamento, independente do motivo, restringe sua liberdade de comportamento por meio de mais um componente de constrangimento que o aproxima da condição de ter sua vontade dominada. Nesse ponto, o indivíduo não pode mais contar com a transitoriedade previsível da situação negativa. A pressão psíquica que lhe é exercida assume, então, uma feição de gravidade mais consistente, em que o mal a ser agüardado já não se manifesta como um problema naturalmente superável, cuja solução seria uma mera questão de paciência.

Ao mesmo tempo, não há dúvida de que isso justifica, no homem de trás, uma maior segurança de que o resultado será produzido nos termos da ordem emitida. O homem de trás, consciente da possibilidade de que o homem da frente, após o desligamento da empresa, além de sofrer um relevante prejuízo econômico e profissional, dificilmente será absorvido pelo mercado numa posição de nível semelhante à exercida, de modo a tornar mais dura a superação deste prejuízo, tem, diante de si, um âmbito maior de manipulação de fatores eficientes que levem à produção do resultado. Da mesma maneira, é possível observar que a possibilidade de ocorrência dessa espécie de dificuldade, em conjunto com o prejuízo relevante, aprofunda o desequilíbrio da relação de dependência econômico-profissional do homem da frente em favor da empresa.

Entretanto, a presença desses dois requisitos ainda não basta para configuração de um domínio da vontade. Embora as possibilidades concomitantes de prejuízo relevante econômico-profissional e de dificuldade de absorção do homem da frente pelo mercado em função de mesmo nível aprofunde a relação de dependência, ainda é necessária a ocorrência de um terceiro requisito, exposto a seguir.

8.1.3 O desligamento do homem da frente é incapaz de ocasionar relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização econômico-profissional

O terceiro requisito, que somado aos dois anteriores caracteriza o domínio do fato em delitos comissivos praticados nos âmbitos empresariais envolvendo relações verticais, é a representação *ex ante*, tanto pelo homem da frente quanto pelo homem de trás, de que o desligamento do homem da frente é incapaz de gerar um relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização. Como afirmado, uma de-

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2015.

pendência estrutural econômico-profissional entre um funcionário e uma organização empresarial não se revela diante de qualquer relação de subordinação. Ela surge quando, para além das características normais de um vínculo de proveito econômico e exercício de atividade profissional, o funcionário se situa numa posição de importância discrepante e inversamente proporcional entre a salvaguarda econômica e profissional que recebe da empresa e a necessidade desta de mantê-lo como profissional de seus quadros. Isso porque o desligamento de determinados funcionários, sejam os mais talentosos, experientes, especializados, famosos, independentes do motivo, pode acarretar um rebaixamento financeiro ou técnico cujo prejuízo não compensaria seu afastamento. É certo que quem dispõe de tal prestígio no âmbito da organização em que exerce suas atividades, possui, por consequência, uma forte arma contra a limitação de sua liberdade de escolha, já que a organização empresarial pagará com o seu próprio sacrifício a imposição do afastamento decorrente da negativa do homem da frente em obedecer a ordem de praticar o delito. Contudo, em sentido contrário, se o desligamento do funcionário é incapaz de causar à empresa um prejuízo relevante de tal natureza, esta situação, aliada aos demais requisitos acima descritos, ocasiona uma relação de dependência estrutural econômico-profissional suficiente para justificar a instrumentalização do homem da frente e seu domínio da vontade pelo homem de trás.

Com efeito, nesse panorama de dependência estrutural econômico-profissional, o homem da frente se submete à intensa pressão psíquica, que orienta o processo de instrumentalização de sua vontade pelo homem de trás. Se o homem da frente representa *ex ante* que deverá suportar um prejuízo econômico e profissional relevante, que terá dificuldade no mercado de assumir uma função de nível equivalente à que exerce e que a organização empresarial não sofrerá nenhum prejuízo técnico ou financeiro com o seu desligamento, apesar de não perder a responsabilidade penal, não dispõe de qualquer elemento racional significativo que lhe permita acreditar na superação dos prejuízos econômico-profissionais derivados do não cometimento do crime ou em sua manutenção no cargo que exerce na empresa apesar da desobediência. Ao contrário, diante da possibilidade de enfrentar tais graves consequências econômico-profissionais e destituido de circunstâncias capazes de evitá-las, é racionalmente concebível que assuma a posição de instrumento e deixe, no plano fático, sua vontade ser dominada pelo homem de trás.

Sob a perspectiva do homem de trás, a representação *ex ante* da cumulação desses três requisitos justifica a segurança de que domina fatores eficientes para a produção do resultado. Isso porque atua consciente da possibilidade concreta de obediência às suas instruções diante da relação inversamente proporcional entre a necessidade do homem da frente de evitar o possível e grave prejuízo econômico-profissional e a necessidade da empresa de mantê-lo no exercício de sua atividade. No entanto, isso não significa a certeza de que o resultado ocorrerá, pois tanto o

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2015.

homem da frente pode decidir enfrentar as consequências negativas de sua desobediência, o que é possível mesmo na tradicional autoria mediata por meio de coação, pois o coagido, por exemplo, pode escolher morrer a praticar o crime, quanto o fato pode permanecer na esfera da tentativa, em razão de acontecimentos externos.

Por outro lado, esse requisito não se confunde com a fungibilidade imaginada por Roxin em relação aos aparatos de poder. No formato atual de organização de empresas, com direitos trabalhistas desenvolvidos, é impossível uma fungibilidade nos moldes da substitutividade automática. Não é possível afirmar que, numa era em que a aprovação para um posto de trabalho exige qualificações cada vez mais especiais e cursos de especialização são financiados pelas próprias organizações aos seus membros, existam funcionários prescindíveis e substituíveis com perfeição.¹⁴⁰ Por isso, a exigência se satisfaz não com a fungibilidade do homem da frente, mas com a ausência de relevante prejuízo financeiro e técnico da empresa no caso de seu desligamento, cujo cargo, por sua vez, sequer precisa ser ocupado por outra pessoa e pode, inclusive, ser extinto.

8.2 *Domínio da vontade fundada na dependência estrutural econômico-profissional e o princípio da autorresponsabilidade*

O argumento mais forte contra o reconhecimento de modalidades de autoria mediata, nos casos em que o homem da frente atua de maneira responsável e pode ser tão punível quanto o homem de trás, é o denominado princípio da autorresponsabilidade. Como afirma Otto, um de seus defensores, segundo este princípio cada pessoa somente é responsável por seu próprio comportamento e não pelo comportamento de outro atuante livre e responsável.¹⁴¹ Assim, se o homem da frente age de forma plenamente responsável, o homem de trás não pode ser mais do que participante e deve ser responsabilizado conforme o determinado pelas regras da participação.¹⁴² Tal argumento leva à conclusão de que, como a possibilidade de determinação do resultado ser imputado a alguém como obra sua pressupõe a validade do princípio da autorresponsabilidade,¹⁴³ é impossível admitir figuras como a do domínio do fato por aparatos de poder e aquela aqui proposta, o domínio do fato por dependência estrutural econômico-profissional.

140. GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Op. cit., p. 172.

141. OTTO, Harro. Op. cit., p. 64.

142. GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: GRECO, Luís; LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madrid, Barcelona: Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 151.

143. OTTO, Harro. Op. cit., p. 64.

SARIN, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Contudo, o princípio da autorresponsabilidade é geralmente posto em discussão sem que sua abrangência seja suficientemente esclarecida. Em primeiro lugar, o princípio da autorresponsabilidade não pode ser entendido como um princípio geral de direito, pois, num plano mais abstrato, significa, somente, que cada indivíduo é responsável por suas próprias ações e, num mais concreto, a vedação de se atribuir uma conduta a determinado autor nos casos em que possa ser atribuída preferencialmente a outro indivíduo plenamente responsável. Por isso, não apresenta nenhum fundamento sólido para se proibir a atribuição a um sujeito responsável de uma conduta livremente praticada por outro sujeito responsável, desde que em relação a este último seja mantida intacta a imputação que lhe é cabível. Tampouco é possível entendê-lo como um princípio válido apenas para os delitos de domínio, porque, nos casos de coautoria, ocorre a denominada imputação recíproca, que nada mais é do que uma forma de se também atribuir a um indivíduo uma conduta livremente praticada por outro indivíduo responsável.¹⁴⁴

Contudo, o princípio da autorresponsabilidade poderia ser interpretado como uma barreira específica em relação à autoria mediata, no sentido de um filtro que impeça considerar autoria nos casos em que quem pratica o crime com as próprias mãos age livre e de maneira plenamente responsável. Este raciocínio busca tirar seu argumento da própria ideia de domínio da vontade, a partir da conclusão de que somente seria possível dominar a vontade de um indivíduo nos casos em que ele mesmo não fosse capaz de se dominar, o que tornaria impossível a existência de um autor por trás de outro autor responsável em sua plenitude.¹⁴⁵ Nesse sentido, por exemplo, Jescheck e Weigend sustentam que a possibilidade de se verificar autoria mediata se encerra quando o instrumento é um autor plenamente responsável¹⁴⁶ e Jakobs é taxativo ao afirmar que a autoria mediata não é possível na atuação plenamente delitiva, dolosa e culpável, do executor.¹⁴⁷

No entanto, esses argumentos perdem consistência à medida que o conceito de domínio da vontade é interpretado de maneira mais fática do que normativa, ou seja, a partir da compreensão de domínio como poder ou controle de fato sobre a concretização do tipo penal. Ao se entender o domínio da vontade nesse sentido, deve-se reconhecer que quem age por meio de uma organização exerce um controle mais intenso sobre o acontecimento do que aquele exercido por partícipes e mesmo superior ao da maior parte dos autores. Além disso, esse domínio fático do acontecimento não se limita a algo presente apenas nos casos em que o homem da

144. FREUND, Georg. Op. cit., p. 398. Com mais detalhes: GRECO, Luís. Domínio da organização... cit., p. 206-209.

145. GRECO, Luís. Domínio da organização... cit., p. 209 e seguintes.

146. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 715.

147. JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 763.

SARIN, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

frente atua sob coação ou em erro, mas é também passível de existir em outros contextos.¹⁴⁸ E dentre esses contextos se encontram as organizações de aparato de poder ou aquelas que geram relações de dependência estrutural econômico-profissional, conforme os requisitos aqui propostos.

A interpretação do domínio da vontade nesse sentido fático, como acertadamente constata Greco, reduz, assim, o princípio da autorresponsabilidade a, no máximo, um critério para que se afirme que é mais fácil vislumbrar a autoria mediata nos casos em que o homem da frente atua de maneira não responsável. Todavia, isso não quer dizer que todas as hipóteses de autoria mediata estejam necessariamente restringidas à atuação não responsável do homem da frente. Ao contrário, entendido o domínio da vontade como um dado fático, um controle verificável no plano da realidade, impossível legar a tal pretendido princípio a tarefa de limitar os casos em que o homem de trás merece ser imputado pela conduta do homem da frente.¹⁴⁹

9. ANÁLISE DA MENÇÃO À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO JULGAMENTO DA APN 470, DO STF

O julgamento que tornou a teoria domínio do fato conhecida do grande público brasileiro encerrou um processo inaugurado no STF em 30.03.2006, registrado como APN 470 e conhecido como "Caso Mensalão". À época, 40 pessoas foram acusadas criminalmente por um mecanismo de compra de votos de parlamentares que teria culminado na prática dos delitos de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta e evasão de divisas. O mecanismo foi descrito na denúncia do Procurador-Geral da República como um esquema que se dividia em três núcleos principais: (a) um político, que seria chefiado por um ex-ministro da Casa Civil da Presidência da República e integrado por três dirigentes do partido político que comandava o Governo Federal; (b) um operacional, composto por diretores e funcionários de agências de publicidade que mantinham contratos com o Governo Federal; e (c) um financeiro, integrado por diretores e funcionários de uma instituição financeira que teria mantido contratos de empréstimos fraudulentos com o partido político e as agências de publicidade integrantes, respectivamente, dos núcleos político e operacional, com o fim de repassar valores que serviriam à compra de apoio político ao Governo Federal no Congresso.¹⁵⁰ Ao final, 25 dos 40 acusados originais foram condenados, por diferentes crimes e a penas distintas.¹⁵¹

148. Greco, Luís. Domínio da organização... cit., p. 209.

149. Idem, p. 214.

150. STF, APN 470, denúncia do Procurador-Geral da República recebida entre 16 e 20.08.2007.

151. STF, APN 470, acórdão publicado em 22.04.2013.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, n. 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Durante o longo julgamento, ocorrido entre 02.08 e 17.12.2012, em 53 sessões, a teoria do domínio do fato chegou a ser mencionada tanto em sua modalidade domínio funcional do fato, fundamento da coautoria,¹⁵² quanto relacionada à ideia de Welzel anterior ao desenvolvimento realizado por Roxin, de domínio final do fato.¹⁵³ No entanto, a expressão domínio do fato foi predominantemente empregada na modalidade domínio da organização, justificadora de autoria mediata por aparatos organizados de poder, com o objetivo de realizar a complicada transferência de suas bases para delitos praticados no âmbito de organizações lícitas, no caso a Casa Civil da Presidência da República, os partidos políticos, as empresas de publicidade e a instituição financeira. E, por consequência, os problemas derivados de tal transposição se manifestaram. A exigência da fungibilidade tornou-se um ponto controverso,¹⁵⁴ enquanto alguns argumentos se aproximaram de uma imputação fundamentada na posição de comando.¹⁵⁵

Não se pretende aqui uma análise das provas dos autos, mas somente um breve exame do enquadramento do mecanismo delituoso que se julgou ocorrido à teoria do domínio do fato. Antes, contudo, é preciso fazer ao menos três ressalvas. Em primeiro lugar, a posição de comando não justifica apenas por si uma responsabilização criminal, pois um modelo de imputação que somente nela se fundamenta, como se fosse um "domínio da posição", é inadmissível num direito penal da culpabilidade, que desconhece a atribuição automática pelo fato de ou-

152. "Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores são aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal." Manifestação do Min. Luiz Fux, f. 55.674.

153. "Na verdade, a meu aviso, este primeiro denunciado detinha o controle finalístico sobre a ação dos denunciados integrantes dos núcleos financeiro e publicitário." Manifestação do Min. Ayres Britto, f. 56.183.

154. "Mas, naquele momento em que me pronunciei, eminente Decano, eu disse que não via, no caso presente, o requisito da fungibilidade; muito pelo contrário, eu entendia que os réus tinham nome, sobrenome, RG e endereço, e a suposta propina foi sempre endereçada a presidentes e líderes de partidos. Portanto, não há falar aqui, pelo menos na minha visão, eminente Min. Celso de Mello, na presença do requisito da fungibilidade; e, por via de consequência, para mim, falta um dos requisitos essenciais, segundo a doutrina de Roxin, para aplicar a teoria do domínio do fato." Manifestação do Min. Ricardo Lewandowski, f. 56.839.

155. "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." Manifestação do Min. Joaquim Barbosa, f. 56.226.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, n. 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

tros.¹⁵⁶ Em segundo lugar, de acordo com a teoria do domínio do fato, o homem de trás ("mandante", "autor intelectual" etc.), encontra-se, na maioria das vezes, na posição de partícipe,¹⁵⁷ já que a autoria mediata pode, no máximo, constituir-se nas quatro hipóteses conhecidas, ou seja, coação, erro, incapacidade ou capacidade diminuída de culpabilidade, aparatos organizados de poder, e na quinta que aqui se propõe, fundada na dependência estrutural econômico-profissional. Fora destas hipóteses, uma autoria de quem não pratica pessoalmente o fato somente seria possível no caso de uma imputação recíproca característica da coautoria. Em terceiro lugar, a teoria do domínio do fato, como já referido nesse estudo, não se aplica aos delitos de dever, também conhecidos como delitos especiais, de modo que era dispensável seu emprego no julgamento do crime de peculato, previsto no art. 312 do CP.

Realizadas essas observações, é possível verificar que a descrição do esquema criminoso que se julgou praticado parece mais adequada à coautoria do que à autoria mediata. Com efeito, a narrativa de que "a organização criminosa ora denunciada era estruturada em núcleos específicos, cada um colaborando com o todo criminoso em busca de uma forma individualizada de contraprestação",¹⁵⁸ bem como o reconhecimento de que "o extenso material probatório, sobretudo quando apreçado de forma contextualizada, demonstrou a existência de uma associação estável e organizada, cujos membros agiam com divisão de tarefas, visando à prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro",¹⁵⁹ asseme-lham-se mais a uma descrição de divisão de funções, acordo comum e contribuição relevante na

156. GRECO, Luís; LEITE, Alair. Die "Rezeption" der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht - Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal in der Bundesregierung ("Mensalão-Fall", Ação Penal n. 470, Supremo Tribunal Federal). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 9. Jahrgang, Ausgabe 6, 2014, p. 292. Disponível em: [www.wzis-online.com/dat/artikel/2014_6_828.pdf].

157. Ao contrário do manifestado pelo Min. Joaquim Barbosa, em f. 56.842: "Creio eu ter deixado bastante claro, bastante explícito que o autor intelectual, o mandante, o controlador, o organizador é autor, e não partícipe." Nesse sentido: LEITE, Alair. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 144.

158. STF, APN 470, f. 10 da denúncia do Procurador-Geral da República.

159. STF, APN 470, f. 51.620.

Santos, Humberto Souza. *Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

execução, típica de domínio funcional do fato, do que de estrutura de aparato de poder fundamentador de domínio da organização. E isso revela a desnecessidade da insistência numa controversa transposição da teoria do domínio da organização para um contexto sem fungibilidade de autores imediatos e organizações não desvinculadas do direito. No entanto, a opção pela imputação de coautoria com base no domínio funcional do fato implicaria novos desafios, como o de descrever com precisão o papel de cada interveniente para a concretização do plano comum mediante a divisão de tarefas, o que, devido à preferência pela aplicação de uma autoria mediata fundada na teoria do domínio da organização, não foi suficientemente levado adiante.

Por outro lado, desconhecida a hipótese de domínio funcional do fato, restaria a atribuição de participação ao principal sujeito considerado de trás, por não ter praticado pessoalmente os fatos. Isso porque a justificativa de que "a organização e o controle das atividades criminosas foram exercidos pelo então Ministro-Chefe da Casa Civil, responsável pela articulação política e pelas relações do Governo com os parlamentares",¹⁶⁰ assim como a de que existiu "conluio entre o organizador do esquema criminoso e o então Tesoureiro de seu partido; os três publicitários que ofereceram a estrutura empresarial por eles controlada para servir de central de distribuição de dinheiro aos parlamentares corrompidos, inclusive com a participação intensa da Diretora Financeira de uma das agências de publicidade",¹⁶¹ não indica nenhum elemento que constitua coação, erro, imputabilidade do executor ou o comando de um aparato de poder caracterizado por uma estrutura hierárquica desvinculada do direito e fungibilidade dos autores imediatos.

Já em relação à modalidade de autoria mediata nesse estudo desenvolvida, sua possibilidade de aplicação na APN 470 do STF seria limitada. Eventual ocorrência de autoria mediata dos diretores das organizações empresariais por atos dos funcionários, em razão de dependência estrutural econômico-profissional, somente estaria justificada diante da previsibilidade *ex ante* de que o desligamento da empresa ocasionaria relevante prejuízo econômico e profissional ao homem da frente; de que este dificilmente seria absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização empresarial; e de que seu desligamento seria incapaz de ocasionar relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização econômico-profissional. Entretanto, como, por evidente, isso não foi abordado ao longo do julgamento, uma conclusão nesse sentido seria apenas verificável por meio de contato com as provas dos autos, cujo exame, repita-se, aqui não se sugere, já que um dos

160. STF, APN 470, f. 51.628.

161. STF, APN 470, f. 51.628.

Santos, Humberto Souza. *Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

pressupostos da breve análise deste caso individual foi mantê-la restrita à fundamentação jurídica.

10. CONCLUSÃO

A transposição das bases da teoria do domínio da organização para o tratamento de delitos praticados no âmbito empresarial, como o realizado pela jurisprudência tanto alemã quanto brasileira, tem-se revelado um movimento problemático que merece justas críticas, inclusive do criador da teoria. E tais críticas parecem insuperáveis, uma vez que aparato de poder e empresa constituem realidades diferentes, com estruturas distintas, que dificilmente poderiam gerar uma mesma forma de manifestação de domínio da vontade. Por isso, dentro dos estreitos limites desse trabalho, verificou-se que, apesar de ser possível a existência de um domínio da vontade no seio de organizações empresariais, esta ocorre em formato distinto do aparato de poder, por meio de uma relação de dependência estrutural econômico-profissional entre o homem da frente e a empresa.

Tal relação, que pode tornar o executor do fato um instrumento do homem de trás, sem, contudo, livrá-lo da responsabilidade penal pela prática do fato na condição de autor imediato, constata-se nos casos em que ocorrem, ao mesmo tempo, três requisitos representados *ex ante* tanto pelo homem da frente quanto pelo homem de trás. O primeiro, que o desligamento do homem da frente possa lhe causar relevante prejuízo econômico e profissional. O segundo, que o homem da frente dificilmente será absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização empresarial. E, o terceiro, que o afastamento do homem da frente seja incapaz de ocasionar relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização empresarial. Diante dessas três circunstâncias conjuntas, é possível afirmar a autoria mediata do homem de trás e a instrumentalização do homem da frente, devido ao domínio da vontade deste ocasionado pela dependência estrutural econômico-profissional.

Além disso, tampouco o fato de se ainda manter a responsabilização penal ao homem da frente, na condição de autor imediato, inviabiliza essa figura com base no denominado princípio da autorresponsabilidade. Isso porque a interpretação mais correta de domínio do fato é em sentido fático e o pretendido princípio da autorresponsabilidade pode ser considerado, no máximo, um critério que somente afirma que é mais fácil verificar a autoria mediata nas hipóteses em que o homem da frente não atua de modo penalmente responsável. E isso não exclui a possibilidade de que um domínio da vontade também surja em circunstâncias de atuação penalmente responsável do homem da frente.

Por outro lado, a breve análise do julgamento da APN 470 pelo STF, diante dos critérios do domínio da organização, já demonstra que a transposição desta figura

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez 2015.

a um contexto que não envolvia estrutura hierárquica verticalmente organizada, dissociação do direito e fungibilidade dos homens da frente foi a principal origem dos problemas de fundamentação que valeram acentuadas críticas quanto à precisão com que a teoria do domínio do fato foi empregada. Descartada a hipótese de domínio funcional do fato, não se justifica a atribuição de autoria mediata ao ex-ministro da Casa Civil, considerado o principal homem de trás dos delitos praticados, já que ausentes os elementos constitutivos de domínio da vontade por coação, erro, inimizabilidade do executor ou aparato organizado de poder. Nesse caso, resta o reconhecimento de participação. Já uma ocorrência de autoria mediata por dependência estrutural econômico-profissional, nos termos aqui propostos, apenas seria possível, a princípio, entre os diretores das organizações empresariais e seus funcionários, cuja verificação demanda uma análise das provas dos autos, o que aqui não se propôs.

11. BIBLIOGRAFIA

- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MIRSCH, Wolfgang. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 11. Auflage. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesekeing, 2003.
- GRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.
- Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*. São Paulo, Coimbra: Ed. RT, Coimbra Ed., 2007. t. 1.
- FREUND, Georg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. Auflage. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 68. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras – A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. Assis, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. LEITE, Alaor. Die "Rezeption" der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht - Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov-dez 2015.

- in der Bundesregierung ("Mensalão-Fall", Ação Penal 470, Supremo Tribunal Federal). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9. Jahrgang, Ausgabe 6, 2014. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2014_6_828.pdf].
- _____. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luis; LEITE, Alao; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- GUERROS SOUZA, Artur de Brito. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 105. São Paulo: Ed. RI, 2013.
- HAFT, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 9. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2004.
- HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. In: HUMANO POZO, José (coord.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. *Anuario Derecho Penal* 1996. Lima: Asociación Peruana de Derecho Penal, 1997.
- _____. Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als "zweite Spur". In: HEINER, Alwart (ed.). *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*. München: Hampp, 1998.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machiapparates. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4. Jahrgang, Ausgabe 11, 2009. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_372.pdf].
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- _____. Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4. Jahrgang, Ausgabe 11, 2009. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_371.pdf].
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2008.
- LEITE, Alao. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luis; LEITE, Alao; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Irrelles. Bogotá: Universidad Externado, 1997.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RI, nov.-dez. 2015.

- LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras - Uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Jurua, 2009.
- LONGOARSI, Mariano. Autoria y dominio del hecho en los delitos socioeconómicos: criminalidad económica, Derecho Penal Económico y dogmática penal. *Revista de Derecho Penal e Proceso Penal*. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005.
- MUNOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, n. 9. Salamanca, 2002.
- OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Strafrechtslehre*. 7. Auflage, Berlin: De Gruyter Recht, 2004.
- RUSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014.
- ROXIN, Claus. Autoria mediata por meio do domínio da organização. Trad. José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal - Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- _____. Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4. Jahrgang, Ausgabe 11, 2009. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_369.pdf].
- _____. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 7. Santiago: Facultad de Derecho de Universidad de Chile, 2006.
- _____. Sobre a mais recente discussão acerca do "domínio da organização" (*Organisationsherrschaft*). In: AMBOS, Kai; BOHM, Maria Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- _____. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- _____. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band II. München: Verlag C. H. Beck, 2003.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal*. Madrid: Comptense, 1988.
- _____. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales*. Madrid, 2002. vol. LV.
- Sousa, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires (coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009. vol. 2.

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, ano 23, p. 91-138. São Paulo: Ed. RI, nov.-dez. 2015.

SOUZA SANTOS, Humberto. *Coautoria em crime culposo e imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2004.

_____. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 97. São Paulo: Ed. RT, 2012.

STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. 5. Auflage. Köln, Berlin, München: Carl Heymanns Verlag, 2004.

WEIZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 38. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros, sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF, de Alaor Leite – *RBCCrim* 106/47 (DTR\2014\303);
- Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG, de André Luis Callegari – *RT* 933/111 (DTR\2013\3778); e
- Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos – “Control over the act-theory” and its application in corporate criminality: theoretical and practical aspects, de Artur de Brito Gueiros Souza – *RBCCrim* 105/59 (DTR\2013\11625).