

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Mathias Oliveira Campos Santos

**DA AUTORIA MEDIATA PELO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO NA
CRIMINALIDADE DE EMPRESA**

BELO HORIZONTE

2021

Mathias Oliveira Campos Santos

**DA AUTORIA MEDIATA PELO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO NA
CRIMINALIDADE DE EMPRESA**

Dissertação desenvolvida na Área de Estudo Direito penal Contemporâneo, inserida na Linha de Pesquisa Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito, sob orientação do Prof. Dr. Luis Augusto Sanzo Brodt, apresentada por Mathias Oliveira Campos Santos ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre.

BELO HORIZONTE

2021

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

S237d Santos, Mathias Oliveira Campos
Da autoria mediata pelo domínio por organização na criminalidade de empresa [manuscrito] / Mathias Oliveira Campos Santos. - 2021.
257 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 247-256.

1. Direito penal econômico - Teses. 2. Concurso de pessoas (Direito penal) - Teses. 3. Responsabilidade (Direito) - Teses. 4. Autor (Direito penal) - Teses. I. Brodt, Luis Augusto Sanzo. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343.2:33



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

- CIENTE: Mathias Oliveira Campos Santos (Mestrando)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br - <https://pos.direito.ufmg.br>



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. MATHIAS OLIVEIRA CAMPOS SANTOS

Aos onze dias do mês de agosto de 2021, às 09h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG) e Prof. Dr. Adriano Teixeira Guimaraes (FGV), para a defesa de Dissertação como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do **Bel. MATHIAS OLIVEIRA CAMPOS SANTOS**, matrícula nº **2019652425**, intitulada: "**DA AUTORIA MEDIATA PELO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO NA CRIMINALIDADE DE EMPRESA**". Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Encerradas as arguições, procedeu-se ao julgamento da banca, tendo-se verificado a seguinte nota (0 a 100) e conceito (aprovada/reprovada) atribuídos pela Banca:

Nota:100..... Conceito:Apovado.....

Nada mais havendo a tratar, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:

**Luis Augusto Sanzo
Brodt:58041397034**

Assinado de forma digital por Luis Augusto
Sanzo Brodt:58041397034
Dados: 2021.08.11 12:06:50 -03'00'

Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt (orientador do candidato/UFMG)

Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG)

Prof. Dr. Adriano Teixeira Guimaraes (FGV)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br - https://pos.direito.ufmg.br

a minha família, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Sou grato a Deus por ter me conferido a capacidade de aprender, raciocinar, criticar, reavaliar e, sobretudo, reconhecer meus erros e minhas limitações. Sem isso nada, nada, nada seria possível.

Agradeço aos meus pais por tudo. Dificilmente conseguirei retribuir a alguém o sacrifício que eles fizeram (e ainda fazem) para que eu consiga alcançar os meus objetivos. Também sou grato à minha irmã Mariane por sua capacidade de proporcionar momentos tão felizes.

Sou grato aos meus amigos não só por entenderem minha ausência, mas também por não negarem uma conversa descontraída nos momentos em que um descanso mental se demonstrava necessário.

Não posso deixar de agradecer também aos professores do curso de direito da PUC Minas, unidade de Betim, dos quais destaco a professora Roberta Cerqueira Reis em razão de seu genuíno e contagiante amor pela docência, os professores José Santiago e Ulisses Dalle por suas irreverentes e precisas lições, assim como por me abrirem os olhos para a vida acadêmica. Sobretudo, o professor Vinícius Diniz Monteiro de Barros, o responsável por meu primeiro contato com o direito penal, do qual não consegui mais me afastar em razão de suas brilhantes aulas.

Agradeço aos amigos da Defensoria Pública de Minas Gerais, onde aprendi a relevância de uma defesa penal técnica, combativa e humanizada, principalmente, nos casos em que todos dão as costas ao assistido/acusado. Foi uma felicidade indescritível ser estagiário dos defensores Adhemar Della Torre Netto e Luis Renato Braga Arêas Pinheiro, assim como conviver com tantos outros, dos quais destaco o defensor Maxnei Gonzaga em razão de sua alegria e positividade contagiante.

Um agradecimento mais do que especial é direcionado aos amigos do Ministério Público de Minas Gerais. Muito me alegrou cada minuto dos quatro anos que passei ao lado de Tânia, Daniel, Camila, Marina, Warley, Bárbara e tantos outros cujo contato não foi tão intenso, mas igualmente gratificante. Me sinto realmente privilegiado em ter sido estagiário de promotores tão inteligentes, dedicados, competentes, pacientes, atenciosos e espirituosos como o Dr. João Paulo Alvarenga Brant e a Dra. Marina Kattah. Finalmente, agradeço especialmente ao Dr. Marcelo Schirmer Albuquerque não só pela confiança em mim depositada ou pelas lições e correções, pelo incentivo ao estudo e por ter me aberto sua biblioteca, mas, sobretudo, por ser

dia após dia um exemplo de honestidade, profissionalismo, técnica, educação e personalidade. Para mim, é uma honra dizer que fui seu estagiário.

Sou muito grato também à professora Flávia Siqueira por me ajudar no processo seletivo da Pós-Graduação da UFMG. Por todas as suas preciosas contribuições tanto na banca de qualificação da pesquisa como em outras oportunidades. Principalmente, por ensinar direito penal com uma alegria e paixão contagiante. Ser seu aluno foi uma bela e única experiência.

Agradeço ao meu orientador, o professor Luis Augusto Sanzo Brodt, pela confiança em mim depositada e por me proporcionar a oportunidade de pesquisar um tema não tão comum, mas que muito me interessa por suas discussões dogmáticas, históricas e psicológicas. Também sou grato ao professor Brodt por ter me aberto a sua riquíssima biblioteca, assim como pela felicidade de publicar um artigo científico na bela língua de Cervantes. Sobretudo, agradeço ao professor Brodt por sua cirúrgica orientação. Espero que nossa parceria se renove futuramente.

Sou grato ao professor Frederico Gomes de Almeida Horta pelo oferecimento de disciplinas nas quais discutimos ideias e conceitos que muito influenciaram a pesquisa. Sou igualmente grato pela confiança em me orientar no estágio de docência, em razão do qual não só aprendi direito penal, mas melhor conheci os bastidores do ofício de professor. Agradeço também ao professor Frederico Horta pelas duras, mas necessárias, observações ao projeto de pesquisa na banca de qualificação, espero que a dissertação a seguir supere as críticas anteriormente apontadas.

Finalmente, não posso deixar de agradecer a todos que tão bem me acolheram na Vetusta Casa de Afonso Pena. Me refiro tanto aos queridos amigos da graduação e pós-graduação, Ana Beatriz, Luíza, Matheus Oliveira, Paula Brener, Rafael Silveira como aos atenciosos professores, dos quais destaco o Fernando Galvão.

*“O sumo bem circunda, como um halo,
Do imperador a frente; praticá-lo
Só a ele cabe: ele o proclama.
Justiça! Aquilo que todo homem ama,
O que cada um exige, almeja, quer,
Outorgá-la a seu povo, é o seu mister.
Mas, ah! De que serve a imperial razão,
Bondade da alma, prontidão da mão?
Quando, febril, se tumultua o Estado,
De multidão de males infestado?
Quem contemplar, deste imperial degrau,
O vasto reino, julga-o um sonho mau
Em que o monstruoso dúbios monstros
gera,
Onde o ilegal em legal forma impera,
E em volta um mundo de erros prolifera.*

*Um rapta o gado, outro a donzela,
Outro no altar cruz, taça e vela,
E disso anos a fio se jacta,
O corpo ileso, a pele intacta.
Por justiça o queixoso clama;
Na sala o juiz trona imponente,
Enquanto em vaga troante brama
Do motim o clangor crescente.
Dos bens do crime há quem se louve,
Visto que em cúmplices se esteia;
Mas: Condenado! Aterrado ouve
Quem na inocência se baseia.
Assim tudo se desintegra:
Se da honra e lei some o preceito,*

*Como há de estar o senso em regra
Que nos conduz ao que é direito?
No fim até o homem de bem
à adulação cede, ao suborno;
Se de punir poder não tem,
Ao réu o juiz se une em retorno.
De preto pinto, e é justo, entanto,
Ao quadro apor mais denso manto.*

*Medidas já não se protelam;
A ordem e a lei se desmantelam
E atinge o próprio trono o mal”*

(GOETHE, Johann. **Fausto II**. 4772/4811.
Trad. Jenny Klabin Segall. São Paulo.
Editora 34. 2020)

*“A aniquilação com a mão acompanha a
aniquilação com o juízo”* F. Nietzsche.
Fragments Postumos.

“Estou dizendo tolices, mas prefiro desvairar um pouquinho e exprimir, com maior ou menor clareza, uma ideia complicada a proferir tão só lugares-comuns, formulados de forma perfeita”
Thomas Mann. **A montanha mágica.**

Resumo

Trata-se de um estudo sobre a possibilidade de aplicação do critério da autoria mediata pelo domínio por organização na criminalidade de empresa. A temática não é nada simples, embora o próprio Claus Roxin, “pai” da construção teórica, tenha criticado a hipótese, alguns precedentes do Bundesgerichtshof (BGH) entenderam ser possível a extensão da figura, originalmente desenvolvida no contexto do julgamento dos crimes do nacional-socialismo, à criminalidade empresarial. Naturalmente, o entendimento da corte alemã tornou inevitável que sobre o tema recaísse uma ampla discussão doutrinária, da qual originaram-se tanto vozes a favor como contra a aplicação do critério ao contexto empresarial. Mas, antes de analisar a correção dos argumentos apresentados, a pesquisa buscou entender a integralidade da autoria mediata pelo domínio por organização. Partindo da compreensão das balizas teóricas sob as quais Roxin desenvolveu a teoria do domínio do fato e sua plástica fórmula da autoria como a figura central do acontecer típico para o estudo das problemáticas inerentes ao instituto jurídico da autoria mediata, no qual, após analisar seus pressupostos, suas diferentes estruturas e sua relação com os princípios da autorresponsabilidade e da responsabilidade *stricto sensu*, consolidou-se o entendimento de que o autor mediato é penalmente responsável por um fato próprio, um injusto que lhe é peculiar, a saber, a instrumentalização do executor para a produção do resultado típico. Considerando a validade científica dessas premissas preliminares, desenvolveu-se que a autoria mediata da cúpula do aparato de poder está tanto na organização prévia aos fatos criminosos como na existência real de uma estrutura hierárquica de poder com subordinação e divisão de tarefas, embora o elemento decisivo, porque responsável por desencadear o funcionamento praticamente automático da organização, seja a ordem ilícita, desde que direcionada a agentes fungíveis inclinados ao fato delitivo. Finalmente, diante da necessidade de que o aparato produza resultados típicos de forma praticamente automática, a única resposta dogmática possível sobre a questão da aplicabilidade ou não do domínio por organização na criminalidade empresarial é negativa, pois à medida que uma sociedade empresarial assim atua já deve ser considerada uma organização criminosa.

Palavras-chave: Domínio da (por) organização; Concurso de pessoas; Autoria mediata; Domínio do fato; Criminalidade empresarial.

Abstract

This is a study on the possibility of applying the criterion of mediated authorship by organizational domination in corporate crime. Although Claus Roxin himself, "father" of the theoretical construction, has criticized the hypothesis, some precedents of the Bundesgerichtshof (BGH) have understood that it is possible to extend the figure, originally developed in the context of judging crimes committed under National Socialism, to corporate crime. Naturally, the understanding of the German court made it inevitable that a broad doctrinal discussion would ensue on the subject, which gave rise to voices both for and against the application of the criterion to the business context. But, before analyzing the correctness of the arguments presented, the research sought to understand the completeness of the mediated authorship by the domain through organization. Starting from the comprehension of the theoretical frameworks under which Roxin developed the theory of the dominion of the fact and his plastic formula of the authorship as the central figure of the typical happening to the study of the problematic inherent to the legal institute of the mediated authorship, in which, after analyzing its assumptions its different structures and its relation with the principles of self-responsibility and responsibility *stricto sensu*, the understanding was consolidated that the intermediate author is criminally responsible for a fact of his own, an injustice peculiar to him, namely, the instrumentalization of the executor for the production of the typical result. Considering the scientific validity of these preliminary premises, it was developed that the mediated authorship of the dome of the power apparatus is as much in the organization prior to the criminal facts as in the real existence of a hierarchic power structure with subordination and division of tasks, although the decisive element, because responsible for triggering the practically automatic functioning of the organization, is the illicit order, as long as it is directed to fungible agents inclined to the delinquent fact. Finally, in view of the need for the apparatus to produce typical results in a practically automatic way, the only possible dogmatic answer on the question of the applicability or not of the dominion by organization in corporate criminality is negative, because as soon as a corporate company acts in this way it must already be considered a criminal organization.

Keywords: Mastery of (by) organization; Competition of persons; Mediate authorship; Mastery of the fact; Corporate crime.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	17
1.1 A temática do trabalho	17
1.2 Apresentação dos casos	19
1.3 O problema e sua delimitação	22
1.4 O roteiro da investigação.....	24
2. DOS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA AUTORIA MEDIATA	25
2.1 Do conceito de autoria.....	29
2.1.1 <i>Domínio final do fato de Welzel</i>	29
2.1.2 <i>Domínio do fato de Roxin</i>	30
2.1.3 <i>Dialética do conceito de autor de Roxin e objeções à teoria do domínio do fato</i>	33
2.1.4 <i>Modelos normativistas: autoria como violação de um dever</i>	39
2.1.5 <i>Tomada de posição</i>	43
2.2 Da teoria geral da autoria mediata.....	47
2.2.1 <i>Da relevância e autonomia do conceito de autoria mediata</i>	48
2.2.2 <i>A estrutura da autoria mediata</i>	53
2.2.3 <i>A autoria mediata em sentido estrito</i>	57
2.2.4 <i>A autoria mediata “autor por trás do autor”</i>	61
2.2.5 <i>O autor por trás do autor, o princípio da própria responsabilidade e a responsabilidade stricto sensu</i>	62
2.3 A autoria mediata no ordenamento jurídico brasileiro.....	71
2.3.1 <i>A superioridade do sistema diferenciador e o conceito restritivo de autor no ordenamento jurídico brasileiro</i>	72
2.3.2 <i>O regramento normativo da autoria mediata no Código Penal Brasileiro</i>	80
2.4 Conclusões parciais	87
3. DOS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO ...	89
3.1 Aspectos gerais da teoria do domínio por organização.....	90
3.1.1 <i>O domínio por organização na Alemanha e no mundo</i>	94
3.1.2 <i>Elementos estruturantes</i>	100
3.1.3 <i>Objecções à teoria do domínio por organização</i>	102
3.2 Poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente.....	106

3.2.1 Aspectos gerais	106
3.2.2 Domínio escalonado. Responsabilidade dos intermediários.....	109
3.2.3 Tomada de posição	120
3.3 Organização desvinculada da ordem jurídica.....	126
3.3.1 Aspectos gerais	126
3.3.2 O conceito de organização desvinculada da ordem jurídica em Roxin. Notas sobre a fórmula de Randbruch. A natureza da desvinculação jurídica da organização (estatal ou não estatal)	128
3.3.3 Objeções gerais à imprescindibilidade do critério da desvinculação ao direito ...	142
3.3.4 Adeptos do critério.....	146
3.3.5 Tomada de posição	148
3.4 Fungibilidade do executor	151
3.4.1 Aspectos gerais	151
3.4.2 Pressupostos e a consequência da fungibilidade	153
3.4.3 Adeptos e propostas de aperfeiçoamento	164
3.4.4 Tomada de posição	167
3.5 Disposição incondicionada do executor à realização do fato.....	169
3.5.1 Aspectos gerais	169
3.5.2 Origem da noção de disposição incondicional ao fato	171
3.5.3 Objeções ao critério como fundamento estrutural	176
3.5.4 Tomada de posição	180
3.6 Breve revisão e pontuação de questões problemáticas.....	185
3.7 Proposta de aperfeiçoamento da teoria do domínio por organização.....	186
3.7.1 Em busca da ratio do domínio por organização	186
3.7.2 Elementos empíricos presentes na organização.....	189
3.7.3 Elementos dogmáticos indispensáveis	203
3.7.4. Proposta de sistematização do domínio (do fato) por organização.....	207

4. DA AUTORIA MEDIATA PELO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO NA CRIMINALIDADE DE EMPRESA	210
4.1 Aspectos gerais.....	210
4.2 Criminalidade econômica. Criminalidade na empresa. Criminalidade de empresa. Empresa ilícita. Organização Criminosa. Distinções.....	212
4.3 A jurisprudência e o domínio por organização na criminalidade de empresa	218
4.4 Aplicabilidade do domínio por organização na criminalidade de empresa	221
4.4.1. Argumentos desfavoráveis à aplicação	221

4.4.2. Argumentos favoráveis à aplicação.....	225
4.5 Alternativas à solução do domínio por organização	231
4.6 Tomada de posição.....	235
5. RESOLUÇÃO DOS CASOS PROPOSTOS.....	241
6. CONCLUSÃO	244
BIBLIOGRAFIA	249

1. INTRODUÇÃO

1.1 A temática do trabalho

Tradicionalmente, inicia-se um estudo de autoria e participação realçando as dificuldades inerentes à temática. Assim procedeu Roxin ao citar o episódio no qual Binding e Lange¹ reforçam a lamentação de Kantorowicz, segundo a qual esse é o capítulo mais escuro e confuso da ciência penal alemã². Díaz y García Conlledo³, Sauer⁴, José Salgado Martins e Costa e Silva⁵ se manifestaram em igual sentido. Beatriz Vargas Ramos realça que “nenhum outro tema do direito penal é tão propício à proliferação de conceitos, classificações e subclassificações”⁶.

É verdade, cuida-se de um campo de estudo com uma rara riqueza de peculiaridades, distinções e modelos teóricos. São diversos os conceitos dignos de uma análise por si só mais aprofundada. Nessa investigação, todavia, o enfoque é conferido à classificação jurídica do agente responsável por desencadear a produção do resultado típico a partir de uma ordem aos seus subordinados.

Trata-se de um quadro dogmático especialmente nebuloso. De fato, mais no Brasil do que na tradição e experiência estrangeira. Boa parcela da doutrina brasileira, isolada dos debates internacionais, desenvolve o tema de modo rudimentar. Não há maiores dificuldades de encontrar em prestigiadas obras jurídicas terminologias que há muito caíram no limbo da

¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal**. Trad. da 9ª Ed. Madrid. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid. 2016. P. 19.

² KANTOROWICZ, Hermann. **Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft**, en Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, año 7.º, abril de 1910-marzo de 1911, pp. 257-344. Apud: ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 19.

³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **La autoria en Derecho Penal**. PPU. Barcelona. 1991. P. 29.

⁴ SAUER, Wilhelm. **Derecho Penal (Parte General)**. Tradução espanhola de Juan del Rosal e José Cereze – BOSCH, Casa Editorial. Barcelona, 1956. P. 300. Apud FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: Jose-Bushatsky. 1976. P. 1/2.

⁵ LEIRIA, Antônio José Fabricio. **Autoria e participação criminal**. São Paulo. Davidip. 1974. P. 13.

⁶ RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. P. 19.

dogmática internacional⁷, como os termos “mandante”⁸, “organizador”⁹ e “autor intelectual”¹⁰. Diante desta imprecisão conceitual, parece ser o momento oportuno para maior atenção conferir aos institutos jurídicos da autoria mediata e da instigação.

Ao que tudo indica, fenômeno parecido ocorreu também em território alemão. Há mais de 100 anos, Mayer ironizou o fato de que a autoria mediata era um tema de dissertação “muito popular”¹¹. Atualmente, o cenário mudou. Conforme a conclusão de Schünemann, o domínio por organização, a face mais polêmica da autoria mediata, é a questão mais debatida de toda a teoria da autoria e participação, se não for de toda a parte geral¹².

Reconhece-se que, ainda que de forma tímida e em um caminho por vezes errante, o tema do domínio por organização gradualmente ganha projeção na doutrina nacional, estando presente nos mais modernos cursos e manuais de direito penal¹³. Os tribunais brasileiros também têm notícia da existência do instituto. Entretanto, sua aplicação nem sempre ocorre da melhor forma¹⁴, principalmente, nos casos de criminalidade de empresa.

⁷ Schroeder registra que, em 1828, Stübel substituiu o termo autor intelectual por autor mediato. “Der Begriff der „mittelbaren Täterschaft“ tritt zum ersten Mal bei Stübel, „Über die Teilnahme Personen an einem Verbrechen“ (1828) auf. Er setzt diesen Begriff an die Stelle des Früheren „intellektuellen Urhebers““. SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Der Täter hinter dem Täter: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft**; Vol. 2. Berlin. Duncker & Humblot, 1965. P. 19. Apesar disso, parece que a doutrina finalista, cujo expoente maior é Welzel, reviveu a autoria intelectual em seus escritos sobre domínio final do fato.

⁸ JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁹ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 106. PACHELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. Ed. rev. Atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. P. 363.

¹⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. Ed. São Paulo. Atlas. 2015. P. 188.

¹¹ “Vor fünfzig Jahren konnte M. E. Mayer nicht ohne Ironie feststellen: „Als Dissertationsthema ist der mittelbare Täter sehr beliebt“. SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**. P. 13. Em sentido parecido: “Die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft fristete in Wissenschaft und Praxis lange Zeit ein Schattendasein. Dies hat sich in den letzten Jahrzehnten gründlich geändert. Heute steht die mittelbare Täterschaft im Zentrum einer in ihren Verästelungen kaum mehr zu überschauenden wissenschaftlichen Diskussion.“ KOCH, Arnd. Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB. **JuS**. 496. 2008. Augsburg. P. 46.

¹² “SCHÜNEMANN concluye, a partir del debate em torno al dominio de la organización: “El análisis, valoración y crítica de esta jurisprudencia ha llegado a ser el tema más debatido de los últimos años de toda la teoría de la participación, cuando no de toda la Parte General”“. ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 691/692.

¹³ BUSATO, Paulo. **Direito penal: parte geral** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. P. 715/716. BATISTA. **Concurso de pessoas**. P. 138/139. GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 13º ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. P. 561. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba, ICPC Cursos e Edições, 2014. P. 353/354.

¹⁴ Para não se limitar ao uso inadequado da teoria do domínio da organização na ação penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal, conforme Alaor Leite bem elucida (LEITE, Alaor. 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 (org.). **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014) é possível citar os seguintes casos no STJ: RECURSO ESPECIAL Nº 1.845.877 - SC (2019/0323872-4); RECURSO ESPECIAL Nº 1.840.088 - PR (2019/0287073-2); RECURSO ESPECIAL Nº 1.836.572 - PR (2019/0266679-2); RECURSO ESPECIAL. 1.084.959/SC, j. 11.10.2012, rel. Min. Laurita Vaz. No TRF da 4ª Região: (TRF4, ACR 5004728-97.2017.4.04.7002, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 05/03/2020); TRF4, ACR 5001464-70.2016.4.04.7208, OITAVA TURMA, Relator NIVALDO BRUNONI, juntado aos autos em 05/02/2020); (TRF4, ACR 5013268-73.2018.4.04.7205, OITAVA TURMA, Relator

A percepção é que os tribunais brasileiros olvidam tanto as premissas teóricas da autoria mediata pelo domínio por organização como a extensão e evolução de toda a teoria do concurso de pessoas. Isso porque amiúde as condutas punidas sob este título se amoldariam perfeitamente aos institutos de instigação¹⁵, autoria pela violação de um dever¹⁶ ou até de omissão¹⁷ - descartando-se, naturalmente, os casos de “domínio da posição”¹⁸.

Outra justificativa para o desacerto jurisprudencial é o fato de que o artigo 29 do Código Penal (CP)¹⁹ não auxilia substancialmente a atividade jurisdicional, senão oferta uma expressão causal aberta cuja consequência é abrir as portas à arbitrariedade.

Ainda assim, é indiscutível o fato de que os tribunais, antes de aplicar o domínio por organização na criminalidade de empresa, deveriam enfrentar as diversas questões controversas da teoria, principalmente em razão do dever constitucional de fundamentação de suas decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB/88)²⁰.

O presente estudo, entretanto, não se limita à análise crítica de jurisprudência e doutrina brasileira. Trata-se, na verdade, de uma dissertação que reconhece tal situação como oportuna para investigar cientificamente a capacidade de rendimento dogmático da teoria do domínio por organização na criminalidade de empresa.

Antes disso, apresenta-se três casos, o terceiro com uma variante, para que se possa evidenciar as questões problemáticas sobre as quais se deve enfrentar no curso da pesquisa.

1.2 Apresentação dos casos

Caso 1: Durante 02 anos, após grave recessão econômica, a instituição financeira Münze S.A, mediante fraude e sem o consentimento dos clientes, abriu milhões de contas bancárias,

NIVALDO BRUNONI, juntado aos autos em 31/01/2020); (TRF4, ACR 5019262-86.2016.4.04.7000, OITAVA TURMA, Relator NIVALDO BRUNONI, juntado aos autos em 24/01/2020) (TRF4, ACR 5005917-61.2018.4.04.7201, OITAVA TURMA, Relator NIVALDO BRUNONI, juntado aos autos em 24/01/2020), entre outros.

¹⁵ Ver para aprofundamento: CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas:** uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

¹⁶ Ver para aprofundamento: ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de agentes nos delitos especiais.** São Paulo: IBCCRIM, 2011.

¹⁷ Ver para aprofundamento: ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:** Estudo sobre a responsabilidade de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo. Marcial Pons. 2017.

¹⁸ Ver para aprofundamento: LEITE. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal.

¹⁹ Art. 29 do Código Penal - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

²⁰ Art. 93 da Constituição Federal. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...].

elevando de forma significativa o valor mobiliário de suas ações negociadas na bolsa nacional e proporcionando bônus aos colaboradores. A abertura das contas fraudulentas foram realizadas pelos mais de cinco mil gerentes, alocados nas mais de quinhentas agências bancárias locais, conforme estava exposto no novo material de treinamento interno. A prioridade institucional dos gerentes era a de “bater” as metas mensais estabelecidas por uma “política de recuperação financeira” desenvolvida pelo CFO (*Chief Financial Officer*), endossadas pelo CCO (*Chief Compliance Officer*) e previamente aprovadas pelo CEO (*Chief executive officer*) da Companhia. Executivo que, em razão de seu carisma, boa imagem e persuasiva oratória, protagonizou os vídeos do material de treinamento interno, quando ressaltou a necessidade de aumentar/valorizar o patrimônio da Instituição sob qualquer custo, o que só seria possível se cada colaborador cumprisse rigorosamente suas metas, seguindo criteriosamente às instruções ali expostas. Por fim, em uma carta direcionada aos gerentes locais, o CEO reforçou a demanda, pediu total empenho no cumprimento da missão, prometeu o pagamento de bônus (se as ações do Banco valorizassem em 150% após o primeiro ano) e concluiu que quem não se sentisse preparado para ser parte da família Münze S.A, deveria assumir sua vergonha/incompetência pedindo demissão. A palavra do CEO se tornou lei no âmbito da Instituição, renovando o ânimo dos funcionários para efetivar a política de recuperação financeira, embora alguns dos colaboradores tenham pedido demissão por não concordar com tais práticas, o que não comprometeu os planos da diretoria²¹.

Considerando que os gerentes locais são autores imediatos do delito previsto no artigo 27-C da Lei n. 6385/76²² (manipulação de mercado), CFO, CEO e CCO são penalmente responsáveis? Se sim, sob qual título? Aplica-se a teoria do domínio por organização?

Caso 2: Em razão de um esquema de corrupção, a empreiteira X lograva êxito em inúmeras licitações. O valor recebido pelos contratos era parcialmente repassado aos servidores públicos corrompidos por meio de um setor da organização criado especialmente para tal finalidade. O departamento atuava da seguinte forma: após a empreiteira receber o valor dos contratos, o

²¹ Adaptado do caso do banco Wells Fargo. Para maiores informações: RECKARD, E. Scott. Wells Fargo accuses workers of opening fake accounts to meet goals. **Los Angeles Times**. 2013. Disponível em: <https://www.latimes.com/business/la-fi-1004-wells-fargo-firings-20131004-story.html>. Acesso em: 11 de abril de 2020. HILTZIK, Michael. Column: That Wells Fargo accounts scandal was even worse than you can imagine. **Los Angeles Times**. 2020. Disponível em: <https://www.latimes.com/business/story/2020-01-27/wells-fargo-scandal>. Acesso em: 11 de abril de 2020.

²² Art. 27-C da Lei n. 6385/76. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros:

CEO autorizava e o chefe do setor determinava que os seus subordinados pagassem aos agentes públicos corrompidos com o dinheiro recebido por meio de contas em paraísos fiscais e/ou outros expedientes²³.

Considerando que os integrantes do setor de pagamento são autores imediatos do delito previsto no artigo 1º da Lei n. 9.613/98²⁴, o CEO é penalmente responsável pela lavagem de dinheiro? Se sim, sob qual título? Aplica-se a teoria do domínio por organização?

Caso 3: No hospital veterinário X realizava-se, em animais internados, cirurgias invasivas e desnecessárias, medicava-se remédios com o prazo de validade vencido e congelava-se os animais mortos, tudo para reduzir os custos e/ou aumentar o lucro. O estabelecimento contava com uma quantidade significativa de médicos veterinários. Todos praticavam tais atos, desde que, em cada caso, recebessem uma ordem direta do veterinário chefe (proprietário do hospital)²⁵.

Considerando que os médicos veterinários são autores imediatos do delito previsto no artigo 32 da Lei n. 9605/98²⁶, o veterinário chefe é penalmente responsável pelos maus tratos? Se sim, sob qual título? Aplica-se a teoria do domínio por organização?

Varição: O veterinário chefe, por ordem direta do proprietário do hospital, determinou que os veterinários utilizassem de um protocolo de tratamento, aos animais internados, consistente nos atos citados no caso principal, afirmando que se tratava de um método inovador, embora sem apresentar qualquer respaldo científico. Em que pese alguns veterinários tenham se insurgido contra a fragilidade científica do protocolo, a maioria o aplicou sob o argumento apresentado pelo chefe de que era o melhor a ser feito para os animais.

²³ Inspirado e adaptado do caso amplamente noticiado pela imprensa do setor de operações estruturadas de uma das empreiteiras envolvidas na conhecida operação denominada “Lava Jato”.

²⁴ Art. 1º da Lei n. 9613/98. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

²⁵ Inspirado e adaptado do caso julgado pelo BGH, na Sala I de 3 de julho de 2003, *JR*, 2004, p. 246. Apud. ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 592 e do caso: CRUZ, Carla. Em Nova Lima, clínica é suspeita de congelar animais mortos e continuar cobrando diária dos donos. *Mais Minas*. 2019. Disponível em: <https://maisminas.org/em-nova-lima-clinica-e-suspeita-de-congelar-animais-mortos/>. Acesso em 12 de abril de 2020.

²⁶ Art. 32 da Lei n. 9605/98. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

O veterinário chefe e o proprietário do hospital são penalmente responsáveis pelos maus tratos? Se sim, sob qual título? Aplica-se a teoria do domínio por organização?

1.3 O problema e sua delimitação

Os casos propostos apresentam mais semelhanças do que diferenças, embora elas sejam extremamente relevantes, conforme se demonstrará no final da pesquisa. Assim, cabe descrever as similaridades de modo a deixar evidente o problema que a pesquisa se propõe a solucionar.

É oportuno mencionar que a opção dos casos reflete o recorte metodológico da investigação, a qual em razão das próprias peculiaridades da teoria do domínio por organização se limita aos delitos comuns, dolosos e comissivos praticados em razão de um comando efetivamente exercido pelo homem de trás.

No caso do hospital veterinário, por exemplo, analisa-se só o delito de maus tratos da Lei dos Crimes Ambientais porque poderia se argumentar que o proprietário do hospital veterinário executa o tipo penal de estelionato com as próprias mãos contra os tutores dos animais internados – questão que não é objeto desta pesquisa.

De maior relevância é o fato de que se trata de casos que se inserem no que Schünemann denomina de criminalidade empresarial. São situações em que se comete o delito a partir de uma pessoa jurídica ou através de uma atuação voltada à obtenção de um benefício econômico para a sociedade empresarial²⁷.

Nos três casos, os crimes são praticados com manifesta finalidade econômica. Os diretores da instituição financeira Münze S.A buscaram o aumento do valor mobiliário das ações ofertadas na bolsa, garantindo a manutenção no cargo e altos bônus de desempenho. Igualmente ao proprietário do hospital veterinário que, com as medidas adotadas, aumentou o lucro. Não diferente do CEO da empreiteira, quem revolucionou a forma de pagamento de verbas ilícitas aos servidores corruptos. Assim, manteve a continuidade do esquema de facilitação das licitações, garantindo a lucratividade do negócio.

Outro aspecto relevante da criminalidade empresarial é a divisão de tarefas e funções estruturada de forma verticalizada. Nos três casos há um sistema hierárquico bem definido. É evidente que em uma situação de comando, na cúpula da organização, estavam os CEO's da instituição financeira e da empreiteira, os CCO, CFO e o proprietário do hospital veterinário.

²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **ADPCP**, 1988. P. 529.

Já em um contexto de submissão estavam os gerentes, os veterinários e os membros do setor especializado em lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, o elemento divisão de funções e tarefas de forma verticalizada é caro ao tema porque realça uma circunstância central na argumentação do texto, isto é, a submissão ou obediência à ordem do superior hierárquico. É aqui que se situa boa parte das discussões sobre a aplicação da teoria do domínio por organização na criminalidade de empresa.

Segundo Roxin, se no âmbito de uma sociedade empresarial (ou outra organização lícita) alguém com poder de mando der uma ordem ilícita aos seus subordinados há de se esperar a recusa de seu cumprimento. Mas, se um dos empregados executar a ordem, o professor alemão entende existir a mera instigação²⁸, por consequência, rechaçando o critério da autoria mediata pelo domínio por organização.

Observe-se que não se trata de uma questão de absolvição ou condenação. O pressuposto do grupo de casos aqui representados é de que tanto quem deu a ordem como quem a executou são penalmente responsáveis. Assim, no final do trabalho, há de se responder se o superior hierárquico da sociedade empresarial, responsável pela ordem ilícita, é autor mediato ou instigador (ou até coautor). Sobretudo, há de se expor quais são os argumentos e critérios adotados.

A solução oferecida por Roxin, como já adiantada, é a instigação. O professor alemão segue coerente com sua premissa de que o domínio por organização se aplica aos regimes totalitários, às organizações criminosas e aos grupos terroristas, mas não às sociedades empresariais e outras organizações lícitas²⁹.

Não obstante, uma reflexão pautada pelas estruturas da realidade tem o potencial de demonstrar que se trata de uma questão extremamente complexa, com inúmeras variáveis. Deste modo, parece ser apressado restringir a aplicação de uma teoria a um grupo de casos; vedando em outros, se há reais semelhanças entre os dois. Sobretudo, considerando que os agentes subordinados, seja na organização criminosa ou na sociedade empresarial, estão sujeitos a pressões do grupo ao qual integram ou têm a pretensão de integrar.

Assim, indaga-se: é possível aplicar a autoria mediata pelo domínio por organização na criminalidade empresarial?

²⁸ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 701.

²⁹ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 701.

1.4 O roteiro da investigação

Para melhor solucionar o problema da investigação e resolver os casos propostos acima, o desenvolvimento dos argumentos está dividido em três partes.

A primeira parte trata de condições anteriores à aplicação da teoria do domínio por organização. Investiga-se analiticamente questões que permeiam o instituto da autoria mediata. Por fim, encerra-se o capítulo discutindo sobre a compatibilidade da autoria mediata em aparatos organizados de poder com o microssistema legal de concurso de pessoas previsto no Código Penal Brasileiro.

A segunda parte cuida dos elementos estruturantes do domínio por organização. Inicialmente, descrevem-se os aspectos gerais do modelo teórico, mencionando brevemente seus requisitos e condições, assim como formulado por Roxin. Em seguida, apresentam-se as usuais objeções e contra objeções à teoria.

Sequencialmente, com as premissas básicas do domínio por organização já sedimentadas, promove-se um amplo diagnóstico de seus requisitos, verificando a correção científica e razão de ser de cada um.

Por fim, considerando as questões debatidas, propõe-se um aperfeiçoamento do modelo teórico, inclusive, sem deixar de apresentar considerações da criminologia e da psicologia social.

A terceira parte examina a possibilidade de aplicação do domínio por organização na criminalidade de empresa. Em um primeiro momento distingue-se o que é criminalidade econômica, empresa ilícita, organização criminosa e criminalidade empresarial. Sequencialmente, após analisar suas características, verifica-se a correção dos argumentos dogmáticos que advogam a favor e contra, inclusive, sem esquecer de eventuais soluções alternativas.

Diante de todo o arcabouço teórico desenvolvido, antes da conclusão, resolve-se os casos propostos a partir das diretrizes ofertadas.

2. DOS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA AUTORIA MEDIATA

A complexidade da investigação recomenda uma detida exposição de premissas dogmáticas sob as quais o texto deve ser interpretado.

Inicialmente, há de se destacar que o Estado de Direito não é e não pode ser só uma ordem coativa pela qual a vontade do mais forte prevalece sobre a do mais fraco. Senão, antes da coerção, o Estado deve se pautar pelas boas razões e pelo que é direito³⁰.

A coação por si só é puro ato de poder, o qual a “serviço da ordem e do direito é o polo oposto à violência entendida como um poder que age sem direito e contra o direito”³¹. Situação na qual o Estado não é mais do que um bando de salteadores³², cuja estrutura, por mais organizada que seja, não confere legitimidade aos atos coercitivos.

Segundo a concepção democrática, o Estado exerce seu poder em nome do povo³³, não de Deus, nem da tradição ou de uma privilegiada classe de homens³⁴. Este poder tampouco pode ser utilizado contra um determinado grupo de pessoas, assim como o regime nacional-socialista o fez, principalmente, contra os judeus. Disso conclui-se que o extrato mínimo de legitimidade estatal está condicionado ao tratamento dos cidadãos como um fim em si mesmo, ou seja, com dignidade.

A noção de dignidade humana orienta a premissa de que a ordem jurídica parte de uma imagem normativa do homem como pessoa capaz de adotar decisões autônomas e por elas responder³⁵. Sintomático disso é o fato de que a Constituição Federal do Brasil estabelece direitos e obrigações³⁶. Afinal, “apenas a restrição da liberdade de um, através do

³⁰ GRECO, Luís. Dogmática e ciência do Direito Penal. In: **As razões do direito penal. Quatro estudos**. Tradução e organização: Eduardo Viana; Lucas Montenegro; Orlandino Gleizer. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2019. P. 25.

³¹ RATZINGER, Joseph. O que mantém o mundo unido: Fundamentos morais pré-políticos de um Estado liberal. In: **Dialética da secularização: sobre razão e religião**. Habermas, Ratzinger. Org. Florian Schuller. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida: Ideias e Letras. 2007. P. 65.

³² Conforme Santo Agostinho: “Afastada a justiça, que são, na verdade, os reinos senão grandes quadrilhas de ladrões. Que é que são, na verdade, as quadrilhas de ladrões senão pequenos reinos? Estas são bandos de gente que se submete ao comando de um chefe, que se vincula por um pacto social e reparte a presa segundo a lei por ela aceite.” SANTO AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. Volume I. Livro I a VIII. Trad. J. Dias Pereira. 2ª Ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1996. P. 383.

³³ Art. 1º. Parágrafo único, da CF: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³⁴ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**. Madrid: Marcial Pons. 2015. P. 144.

³⁵ BOLEA BARDON, Carolina. **Autoría mediata en derecho penal**. Valência. Tirant. 2000. P.114.

³⁶ Artigo 5º, inciso I, da CF: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

estabelecimento de deveres, possibilita a liberdade do outro, garantida juridicamente”³⁷. A autonomia e a responsabilidade são decorrentes desse entendimento.

A autonomia deve ser compreendida no sentido de que cada indivíduo tem um âmbito de liberdade no qual pode se organizar em prol de seus próprios interesses para desenvolver-se da melhor forma possível³⁸. É a capacidade do sujeito de tomar uma decisão própria e responsável, conscientemente orientada da situação fática e normativa.

Sem embargo, a autonomia é negada na inexistência de conduta, seja por ausência de liberdade ou no caso de o agente ter liberdade de ação, mas desconhecer a presença do perigo. Não obstante, nos casos de coação moral irresistível a autonomia é mantida porque há capacidade do indivíduo eleger sua conduta, embora seja reduzidíssima³⁹. Isso porque “o poder de decisão se vincula à possibilidade de eleger conscientemente entre várias alternativas de atuação. Quanto mais alternativas, maior o poder de decisão”⁴⁰.

Naturalmente, a autonomia não é irrestrita e sequer é possível que seja. Cada cidadão deve responder juridicamente por sua esfera de organização. Essa concepção é alimentada por Kindhäuser na medida em que o professor se manifesta no sentido de que “a liberdade tem como reverso a própria responsabilidade”⁴¹. A autonomia individual gera a liberdade de organização e disso decorre a responsabilidade pela própria organização⁴², princípio da autorresponsabilidade ou própria responsabilidade.

³⁷ RENZIKOWSKI, Joachim. Deveres e direitos – Relação jurídica e imputação. In: **Direito Penal e teoria das normas**: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. Trad. e org. por Alaor Leite et al. São Paulo: Marcial Pons, 2017. P. 58.

³⁸ RENZIKOWSKI. Deveres e direitos. P. 59. Em sentido semelhante, Flávia Siqueira: “Numa primeira aproximação, a ideia fundamental do conceito de autonomia pode ser apreendida da própria etimologia do termo: enquanto junção das duas palavras de origem grega *autos* (“si mesmo”) e *nomos* (“norma, lei”), *autonomia* significa a *determinação das suas próprias regras* e, assim, é característica do indivíduo que traça e segue seus próprios planos e concretiza a sua vida a partir dos seus próprios ideais. No plano jurídico, a autonomia é concretizada, em especial, a partir do direito de autodeterminação, de autogoverno, de independência. A autonomia se opõe justamente à *heteronomia*, que, por sua vez, significa a observância de regras impostas por terceiros. Destarte, toda vez que o sujeito for determinado em suas ações por coerções ou controles que lhe são externos, haverá uma conduta não-autônoma ou heterônoma, ou seja, determinada de fora pra dentro.” SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. P. 56.

³⁹ BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P.114/116.

⁴⁰ Conforme Bolea Bardon: “El poder de decisión se vincula a la posibilidad de elegir conscientemente entre varias alternativas de actuación. Cuanto más alternativas, mayor poder de decisión.” (tradução livre). BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 116.

⁴¹ Conforme Kindhäuser: “La libertad tiene como reverso la propia responsabilidad” (tradução livre). KINDHÄUSER. **Betrug als vertypete mittelbare Täterschaft**. BEMMAN-FS, 1997. P. 347. Apud: BOLEA BARDON, Carolina. **Autoría mediata en derecho penal**. Valência. Tirant. 2000. P. 113.

⁴² BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 113.

A premissa do princípio da própria responsabilidade é de que a pessoa responde frente ao direito não pelo que quer, senão pelo que faz e não pelo que outro faz, senão pelo que ela faz⁴³.

O princípio tem três aspectos fundamentais. O primeiro é que constitui o reverso lógico do princípio da autonomia individual à medida que impõe a separação das esferas organizativas autônomas. O segundo é a delimitação entre as distintas esferas de responsabilidade. O terceiro aspecto não só fundamenta a responsabilidade do agente na sua própria conduta, mas também limita a atribuição de responsabilidades à proporção que veda a punição do cidadão por uma conduta de outrem⁴⁴.

Não obstante, o princípio da própria responsabilidade não é sinônimo de responsabilidade penal e nem do princípio da responsabilidade *stricto sensu*. De fato, existe uma relação de diferentes graus, segundo a qual o primeiro é imprescindível ao segundo. O terceiro, entretanto, se refere tão somente a uma construção manejada para facilitar a compreensão da estrutura clássica da autoria mediata, o que será tratado em momento oportuno⁴⁵.

A responsabilidade pela própria organização situa-se em um nível maior de abstração. Refere-se a possibilidade de imputar objetivamente um fato a uma pessoa como obra dela. A responsabilidade penal é pautada pela premissa da culpabilidade, em razão da qual o agente deve ter a possibilidade de evitar a violação à norma⁴⁶.

Entre a própria responsabilidade e a responsabilidade penal está o instituto da autoria penal. A conduta do autor não pressupõe ilicitude e culpabilidade, senão só a tipicidade objetiva e subjetiva⁴⁷. Naturalmente, o autor só é penalmente responsável se preenchidos os demais requisitos da responsabilidade penal⁴⁸.

⁴³ M. E. MAYER. Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. 1967. P. 104. Apud: BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P.116/117.

⁴⁴ BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P.117/118.

⁴⁵ Ver tópico 2.2.3.

⁴⁶ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. *Passim*.

⁴⁷ Segundo Bolea Bardon: "Ya en su momento defendía GALLAS la necesidad de ubicar sistemáticamente la autoría en el tipo, afirmando que el autor "es el sujeto de la realización típica", que abarca los elementos específicos "típicos" de los que la ley hace depender la pertenencia a la correspondiente clase de delito. Ciertamente, en la configuración del injusto típico se atiende a los elementos que fundamentan positivamente el injusto y no a las causas de exclusión del mismo. Por ello, es necesario vincular la autoría a los presupuestos que fundamentan el tipo y no a los que lo limitan." GALLAS. **Beiträge zur Verbrechenslehre**. 1968. P. 96. Apud: BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P.136.

⁴⁸ MIR PUIG. Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal, em: **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. 1994. P. 247/248 Apud BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 121.

Em suma, em um primeiro nível, há a responsabilidade pela esfera organizativa. Posteriormente, a valoração da qualidade da contribuição do agente ao resultado típico (autoria/participação). Por fim, a responsabilidade penal (culpabilidade). Logo, embora não se confundam, responsabilidade pela própria organização, autoria e responsabilidade penal são conceitos vinculados, de modo que a existência dos últimos pressupõe seus anteriores.

Dito isso, resta lógico assinalar que em um Estado Democrático de Direito, fundado sob o paradigma da dignidade humana⁴⁹, a imputação penal pressupõe uma conduta⁵⁰. Essa premissa há de se refletir na teoria da autoria e participação. Isto significa que o conceito de autoria adotado deve necessariamente ser reconduzível a uma ação ou omissão penalmente relevante. Logo, resta descartado, nesta investigação, qualquer flerte com a responsabilidade penal em razão exclusivamente de uma posição que o agente ostente em uma corporação/organização.

O destaque é imprescindível porque o Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Penal 470, manejou a teoria do domínio do fato, cuja finalidade é tão somente distinguir o autor do partícipe, como uma pseudo “teoria da imputação”. A finalidade disso, surpreendentemente não negada, foi de compensar a ausência de um suporte probatório que vinculasse, direta ou indiretamente, o agente penalmente processado ao resultado típico⁵¹. Atualmente, entretanto, parece que o STF já “fez as pazes” com o modelo teórico desenvolvido por Claus Roxin⁵².

⁴⁹ Art. 1º da CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

⁵⁰ Art. 13 – CP. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

⁵¹ Ver para aprofundamento: LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros.

⁵² PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX-GOVERNADOR. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO CPP. CONDENAÇÃO POR FATOS NÃO NARRADOS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. RECONHECIMENTO DE NULIDADE ABSOLUTA, QUE SE IMPÕE. MATÉRIA DE MÉRITO. CRIME DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO, LOCUPLETAMENTO ILÍCITO DECORRENTE DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO E PECULATO-DESVIO. CONSTATAÇÃO DE SOBREPÊÇO E DIVERGÊNCIA DE QUANTITATIVOS. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA NÃO DEMONSTRADA. PROVA DOCUMENTAL INSUFICIENTE. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. INAPLICABILIDADE. A MERA POSIÇÃO DE UM AGENTE NA ESCALA HIERÁRQUICA É INSUFICIENTE PARA, DE FORMA ISOLADA, COMPROVAR A AUTORIA DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. [...] 5. Deve ser refutada imputação centrada, unicamente, na posição de um dado agente na escala hierárquica governamental, por inegável afinidade com o Direito Penal Objetivo. 6. Não se admite a invocação da teoria do domínio do fato com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo, pois tais propósitos estão dissociados da finalidade precípua do instituto. 7. Não tendo o órgão acusatório se desincumbido do ônus probatório, de forma necessária e suficiente, e não tendo logrado demonstrar, de modo conclusivo, a autoria delitiva, a absolvição é medida que se impõe. [...] (AP 975, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 01-03-2018. PUBLIC 02-03-2018).

Por fim, oportuno é iniciar a investigação a partir da teoria do domínio do fato, não só por se tratar de um dos modelos teóricos mais incompreendidos pela doutrina e tribunais brasileiros⁵³ mas também por sua natural compatibilidade com o domínio por organização.

2.1 Do conceito de autoria

2.1.1 *Domínio final do fato de Welzel*

O domínio do fato como um critério para se distinguir a autoria da participação recebeu maior notoriedade com Hans Welzel. Entretanto, o termo já era conhecido na dogmática penal em razão das contribuições de Hegler (1915), Frank e Goldschmidt (1931), Bruns (1932), Lobe (1933), Von Weber (1935) e Eb. Schmidt (1936)⁵⁴.

A proposta de Welzel parece ser um modelo teórico mais afeto à tradição subjetiva, considerando que seu conceito de autor reúne tanto elementos subjetivos como objetivos. Na verdade, trata-se de um desenvolvimento da teoria do dolo⁵⁵ atrelado à sistemática organizada por Lobe⁵⁶. Welzel, entretanto, afirma que se trata de um modelo objetivo⁵⁷ e não menciona o referido penalista em seus escritos⁵⁸.

O importante é que Welzel parte da lógica da ontologia para defender que os conceitos jurídicos devem ser descrições de um ser configurado ontologicamente⁵⁹. Nesse sentido, a vida social se organiza sobre a estrutura da atividade final dos membros da comunidade. O homem propõe objetivos futuros, elege meios necessários para o seu êxito e os põe em atividade. Por sua vez, o direito penal ocupa-se das ações tipificadas orientadas a uma finalidade⁶⁰.

⁵³ Ver para aprofundamento: ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**. Vol. 1, n. 1. 2003.

⁵⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. Saraiva. P. 82 e SS.

⁵⁵ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 81.

⁵⁶ Nesse sentido, Roxin explica que: “LOBE parte de una crítica a la doctrina del *Reichsgericht* del *animus auctoris*, enlazando a esta la siguiente reflexión: “Lo esencial para la autoría no es [...] solo la existencia de una *voluntad con el contenido* de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho *se ejecute bajo su dominio*; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendente a su realización [...]. Quién es autor se determina, por tanto, con arreglo a estos *dos* elementos *subjetivos-objetivos*”. LOBE, **Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts**. Berlin, 1933, apud ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 77. Na mesma linha: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. 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, Luís (org.). **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 21.

⁵⁷ WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**; tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. P. 108.

⁵⁸ GRECO; LEITE. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. P. 21.

⁵⁹ WELZEL, Hans. **Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht**, 1935, P.74. Apud ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 31.

⁶⁰ WELZEL. **Derecho Penal**. P. 35/36.

No campo da autoria, o conceito chave é o domínio finalista do fato, o qual nada mais é do que executar o fato de forma final. É dizer, uma conduta pautada pela vontade de autor. No mais, Welzel menciona características objetivas (funcionário público, soldado) e subjetivas pessoais do autor (tendências, propósitos etc.)⁶¹.

Em uma posição crítica, Roxin atribuí ao domínio final do fato de Welzel inúmeras inconsistências sistemáticas e metodológicas. Segundo sua objeções, não é adequada uma teoria que em alguns casos utiliza critérios puramente subjetivos e em outros estritamente objetivos. A título de ilustração, Roxin registra que o problema do organizador do delito é supostamente resolvido pelo domínio final do fato com uma defesa de que quem organiza o crime é coautor, desde que nos demais concorrentes exista uma resolução conjunta do fato. Deste modo, cada executor deveria obrar com a consciência de estar correalizando a decisão dos outros coautores, sobretudo, de quem arquitetou o crime. Então, o decisivo para qualificar o aporte do mandante é o critério subjetivo da “vontade de autor”⁶², ou seja, a vontade de afirmar o fato típico como seu, independente da total ausência de uma contribuição objetiva à lesão do bem jurídico.

Mas, pontua Roxin, na relação da instigação com a autoria mediata, Welzel utiliza critérios estritamente objetivos. O professor finalista defende que quem determina outrem a um delito só pode ser indutor porque nenhuma vontade de autoria poderia transformá-lo em autor⁶³, o que parece ter sido escrito por uma pessoa distinta daquela que defendeu as ideias descritas no parágrafo anterior.

2.1.2 *Domínio do fato de Roxin*

A partir das divergências com a teoria de Welzel e considerando não ser possível apresentar um conceito que represente o instituto jurídico da autoria em todas as suas manifestações fenomenológicas, Roxin desenvolve sua versão de domínio do fato como um conceito aberto sob a síntese da metodologia ontológica com a teleológica. Dito de outra forma, um desenvolvimento que compreende sentidos e estabelece fins⁶⁴.

O método ontológico busca elementos para o conceito de autor em elementos da realidade, recorrendo às estruturas do ser e complexos de sentido anteriores à valoração estabilizada no ordenamento jurídico⁶⁵. Não se trata, portanto, de interpretações realizadas

⁶¹ WELZEL. **Derecho Penal**. P. 105.

⁶² ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 287/291.

⁶³ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 290.

⁶⁴ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 42.

⁶⁵ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 32.

pelos juristas, senão algo que está presente em um momento anterior; um sentido que emana da própria vida em sociedade⁶⁶. É nessa lógica que Esther de Figueiredo Ferraz criticou a adoção do conceito extensivo de autor no Código Penal de 1940, argumentando que a diferença entre autoria e participação é inerente à lógica da coisa⁶⁷.

O método teleológico é denominado de estabelecedor de fins uma vez que considera as valorações estabelecidas pelo ordenamento jurídico, a partir da atividade política, como uma finalidade normativa que carece de ser alcançada. Os conceitos jurídicos são compreendidos em razão do sentido estabelecido pelo próprio direito, sem considerar minimamente a sua configuração ontológica⁶⁸.

Não obstante as tradições da ontologia e da teleologia representem polos opostos, para Roxin é imprescindível à ciência jurídica uma síntese das duas, pois entende que são métodos complementares⁶⁹. Ademais, o professor alemão argumenta que tanto os defensores do modelo teleológico, Lask e Radbruch, como do modelo ontológico, Welzel, Kaufmann e Stratenwerth, reconhecem a complementariedade dos modelos⁷⁰.

Roxin pontua que um modelo de autoria baseado em valores jurídicos não permite claras delimitações se não considerar as estruturas ontológicas⁷¹. Além da diversidade de critérios que podem ser utilizados para dar um sentido ao conceito, o que confunde a própria metodologia, não se demonstram, de forma científica, suas razões e capacidade de rendimento. Neste sentido, há o conceito extensivo de Eb. Schimidt, o qual adota o requisito da lesão ao bem jurídico para fundamentar a autoria. Sem mencionar critérios outros, como merecimento da pena, periculosidade etc.⁷²

Em outra perspectiva, um conceito de autor baseado exclusivamente na metodologia ontológica se vê limitado pelas estruturas do ser. Portanto, não apresenta soluções adequadas aos casos em que se faz necessária uma valoração jurídica como as problemáticas inerentes à instigação e à autoria mediata, assim como os critérios para avaliar o erro.

⁶⁶ ROXIN. *Autoría y domínio*. P. 37.

⁶⁷ Segundo Ferraz: “Tornada embora obrigatória a parificação legal dos agentes do crime, continuarão a existir, nos delitos praticados em concurso, delinquentes que executam o ato material típico e característico da infração e partícipes que realizam atos diversos dos consumativos. E entre estes últimos sempre haverá os que se limitam a dar a sua contribuição material e os que concorrem com atividade meramente psíquica; os que participam de maneira principal e os o fazem de maneira acessória; os que praticam atos de comissão e os que agem por omissão; os que intervêm antes da execução e os que dão entrada na cena delitosa enquanto dura tal execução. Porque são, todas essas, diferenças reais que a lei pode ignorar sem, contudo, ter forças para eliminar.” FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Jose-Bushatsky. 1976. P. 4.

⁶⁸ ROXIN. *Autoría y domínio*. P. 26/31.

⁶⁹ ROXIN. *Autoría y domínio*. P. 42.

⁷⁰ ROXIN. *Autoría y domínio*. P. 37/38.

⁷¹ ROXIN. *Autoría y domínio*. P. 41.

⁷² ROXIN. *Autoría y domínio*. P. 39.

Deste modo, segundo Roxin, a síntese entre os métodos tem a vantagem de fazer com que os conteúdos de significado pré-estabelecidos e as valorações jurídicas dialoguem continuamente. Assim, ofertando uma garantia de que o resultado não se apresente em uma estrutura estanque/engessada⁷³, na qual as naturais mudanças inerentes à vida em sociedade são desconsideradas de tal modo que se perde a referência tanto da realidade das coisas como dos valores então dominantes.

Sintoma disto é que Roxin não apresenta um conceito de autoria concretizável por si só, senão um ponto de partida metodológico no qual o autor é a “figura central do acontecer típico” (*Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens*) e o partícipe não é um elemento necessário para a concretização do delito, mas uma figura acessória/marginal⁷⁴.

Em síntese, Roxin propõe um conceito restritivo de autor, o qual pressupõe um sistema normativo cujo ônus é possibilitar a diferenciação, no âmbito do injusto, da autoria e da participação.

O autor como a figura central é um princípio com duas vertentes que abarcam os métodos ontológico e teleológico. É fiel às estruturas e sentidos da realidade, sem se isolar em abstrações jurídicas. Não obstante, se vincula às disposições legais emanadas pelo poder político e interpretadas pelos juristas. Mais importante ainda é o fato de que, na análise do caso concreto, a figura central tem um ponto de referência normativo⁷⁵: o tipo penal. É afirmar, autor é quem tem o domínio de um determinado fato típico.

Roxin, logo, conclui que a concretização do princípio reitor de “figura central” se realiza em estruturas pré-jurídicas reconhecidas e positivadas pelo legislador alemão no dispositivo §§25 do StGB⁷⁶.

Ademais, no que se convencionou denominar de delitos de domínio, suas espécies são o domínio da ação (autoria imediata), o domínio da vontade (autoria mediata) e o domínio funcional do fato (coautoria) - também conhecidas como a tríade de Roxin⁷⁷. Sem olvidar das

⁷³ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 41/42.

⁷⁴ GRECO; LEITE. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. P. 24.

⁷⁵ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 42.

⁷⁶ “25. Autoria. (1) É punido como autor, quem comete o fato por si mesmo ou por meio de outro. (2) Se vários cometem conjuntamente o fato, cada um é punido como autor (coautor).” No original alemão: „§ 25 Täterschaft (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).“ GRECO; LEITE. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. P. 22/23.

⁷⁷ “A esta tríada se corresponden tres formas de dominio del hecho. En primer lugar, se puede dominar el hecho llevando a cabo su ejecución de propia mano (más precisamente: de propio cuerpo, con el propio cuerpo) y convirtiéndose así a través de su acción en el centro del acontecimiento (**dominio de la acción** que caracteriza a la **autoría inmediata**). En segundo lugar, se puede dominar el acontecimiento, sin tener que participar en [el momento de] la realización típica o colaborar de otra manera, dominando al ejecutor, v. gr. mediante fuerza o engaño (**dominio de la voluntad** que confiere su impronta a la **autoría mediata**). Y, en tercer lugar, se puede

formas de autoria típicas dos delitos de infração de um dever especial por comissão, omissão e/ou culpa; além daqueles cuja autoria pressupõe a comissão de própria mão.

Portanto, no sentido conferido pela teoria do domínio do fato, autor é a figura central do sucesso concreto da ação, a qual se caracteriza pelos elementos do domínio do fato ou da violação de um dever especial ou da comissão de própria mão. Nos delitos de domínio e dolosos, a autoria se manifesta no domínio da ação, no domínio da vontade e no domínio funcional do fato. O primeiro (o domínio da ação) é a autoria direta/imediata; é a realização do tipo de própria mão. O domínio funcional (coautoria) é a relação horizontal dos agentes manifestada por meio da cooperação e divisão de tarefas na fase de execução. O domínio da vontade é a autoria mediata. É configurado em uma relação vertical (há um homem atrás e um na frente). Suas manifestações ocorrem por meio da coação moral irresistível, do erro e dos aparatos organizados de poder. Fora do âmbito dos delitos de domínio, há os de violação de um dever (os quais podem ser comissivos, omissivos ou por negligência) e também os de própria mão, cujo nome já indica sua extensão e limites. Nos primeiros, o decisivo é justamente a violação de um dever especial existente na norma penal. De toda forma, não é impossível que nestes delitos se manifeste a figura da autoria mediata, desde que o portador do dever produza o resultado típico por meio de um agente *extraneus*. Também é possível a coautoria nos delitos especiais, desde que os agentes violem em conjunto o dever especial comum⁷⁸.

2.1.3 *Dialética do conceito de autor de Roxin e objeções à teoria do domínio do fato*

Kindhäuser questiona o significado de “domínio do fato” para o direito. Consequentemente, põe em dúvida a relevância penal do critério. A verdade é que o professor alemão quer saber: qual o elemento comum do domínio do fato? A pergunta por trás disto é: qual é a razão pela qual se torna possível que a autoria penal seja firmada com base em pressupostos tão distintos? De modo ainda mais específico, questiona-se: por que a responsabilidade do homem de trás em razão do *déficit* de responsabilidade do homem da frente (autoria mediata) e a divisão do trabalho (coautoria) são hábeis para explicar a autoria penal?⁷⁹

dominar la realización típica desempeñando, en división del trabajo con otros, una función esencial para el éxito del hecho en la ejecución (**dominio funcional** que constituye la esencia de la **coautoría**)”. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Parte General: Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Trad. Luzón Peña e outros. Madrid: Thomson Reuters - Civitas. 2014. P. 75.

⁷⁸ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 503/504.

⁷⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho*. **REJ – Revista de Estudios de la Justicia**. Nº 14. 2011.

Kindhäuser assinala que para a teoria do domínio do fato o autor é quem “tem em suas mãos” o sucesso que pressupõe a realização do tipo penal, isto é, a figura central do acontecer típico. Por outro lado, o partícipe não passa de uma figura marginal, acessória. Diante disto, conclui que os conceitos de “figura central” e “figura marginal”, embora plásticos e cativantes, não são categorias dogmáticas⁸⁰.

Em linha semelhante, Renzikowski observa que Roxin nega que o conceito de autor deve ser uma “abstração sistematizadora”, tampouco uma cláusula geral, senão um “princípio norteador”, o qual só pode apresentar conceitos claros quando estiver em contato com todo o conteúdo do ordenamento jurídico⁸¹.

Mas, Renzikowski observa que a teoria do domínio do fato não explica “como determinações de conteúdo concretas podem ser sequer pensadas sem o auxílio de conceitos claros”⁸². O que o professor alemão quer expressar é que o conceito de “figura central” deve ter uma mínima base material; não pode ser um requisito por si só deficiente de sentido ou puramente formal, como preconiza Roxin⁸³.

De fato, Roxin reconhece que o conceito de figura central é vazio e sem conteúdo, ou seja, *per se* imprestável para dele se extrair o instituto da autoria penal. Entretanto, sublinha o fato de que só é assim porque se trata de um conceito dialético concreto.

Segundo explica Roxin, a noção de figura central não é diferente da lógica do “ser puro” como “abstração pura” de Hegel. Isto é, inicialmente não é nada, mas, em razão de suas manifestações, de modo gradual e contínuo adquire forma, conteúdo e sentido⁸⁴. Cuida-se, no final das contas, do método dialético no sentido conferido por Nicolai Hartmann, para quem a dialética é um caminho errante que corrige-se e molda-se conforme as peculiaridades apresentadas pela estrutura do objeto⁸⁵.

Roxin ainda destaca que o conceito de autor não pode ser fixo desde o início, senão deve desdobrar-se por meio da matéria jurídica. Portanto, não há espaço para a aplicação ou subsunção de princípios ou fórmulas previamente estabelecidas, o que ocorre é que a figura central vai se expandindo e enriquecendo conforme são apresentados novos elementos⁸⁶.

⁸⁰ KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

⁸¹ RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação – Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: **Direito Penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato.** Trad. e org. por Alair Leite et al. São Paulo: Marcial Pons, 2017. P. 95.

⁸² RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação. P. 95.

⁸³ ROXIN. **Autoría y dominio.** P. 42.

⁸⁴ ROXIN. **Autoría y dominio.** P. 505.

⁸⁵ HARTMANN. **Die Philosophie des deutschen Idealismus.** P. 384/385 Apud: ROXIN. **Autoría y dominio.** P. 505.

⁸⁶ ROXIN. **Autoría y dominio.** P. 505.

Naturalmente, esclarece Roxin, só se pode saber o que são os institutos da autoria e da figura central após o contato com toda a matéria jurídica, inclusive, os delitos omissivos e os culposos. Sem isto trata-se de manifestações individuais, as quais se apresentam como meros elementos de um conceito global, mas não são *o todo*⁸⁷. Com efeito, conforme detalha Roxin, “este todo só conhecemos ao final do caminho que, como um círculo que fecha, retorna ao começo e ao fim volta a colocar diante de nossos olhos a figura central, “como uma unidade diferenciada em variedade determinada”⁸⁸, embora no início se apresentasse como um mero conceito vazio de conteúdo.

Além disso, Roxin acrescenta que o conceito de autoria deve ser considerado dialético porque se desdobra por meio de suas oposições⁸⁹. Ao mesmo tempo em que um critério fundamenta uma espécie de autoria, sua ausência pode ser decisiva para outra manifestação da autoria. Neste sentido, a falta de domínio da ação, especialmente a execução com as próprias mãos do tipo penal, elimina a hipótese de autoria imediata e é pressuposto implícito da autoria mediata.

Logo, conforme expõe Roxin, a figura central é o pressuposto mais básico de todas as formas de autoria, é a quintessência⁹⁰. Afinal, “nada se aniquila, senão tudo se “articula” adicionando-se e contrapondo-se, de maneira que se sustenta conjuntamente. Assume o contraditório de todos os modos, A e não-A coexistem nela”⁹¹.

Não obstante, ainda que a figura central do acontecer típico funcione por meio da clássica e sofisticada concepção de dialética concreta, não se pode ser indulgente a ponto de se prescindir que entre as espécies de autoria exista uma equivalência valorativa, o que é diferente de igualdade de critérios ou fundamento jurídico⁹². Em outras palavras, a qualidade do injusto das espécies de autoria há de ser, pelo menos, análoga.

Nessa linha, um ponto de referência básico é a autoria imediata. É de bom tom destacar que se trata de um lugar comum afirmar que tal manifestação constitui a expressão mais autêntica de autoria. Do mesmo modo que Roxin defende que a autoria imediata se trata do

⁸⁷ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 505.

⁸⁸ “Y esse todo lo conocemos solo al final del camino que, como un círculo que se cierra, torna al comienzo y al fin nos vuelve a poner antes los ojos a la figura central, “como una unidad diferenciada en variedad determinada””. (tradução livre). ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 505.

⁸⁹ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 506.

⁹⁰ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 506.

⁹¹ “nada se aniquila, sino que todo se “articula” añadiéndose y contraponiéndose, de manera que se sostiene conjuntamente. De todos modos asume lo contradictorio, A y no-A coexisten en ella”. (tradução livre). HARTMANN. *Die Philosophie des deutschen Idealismus*. P. 398. Apud: ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 506.

⁹² BOLEA BARDON. *Autoría mediata en derecho penal*. P. 142.

protótipo de autoria ou sua manifestação mais clara da figura central⁹³, Mañalich, seguidor de uma linha mais normativista, assinala que a autoria direta é a forma mais evidente de autoria⁹⁴.

De outro lado, a autoria mediata amiúde foi um problema para a doutrina do concurso de pessoas. Sobretudo para a teoria formal-objetiva em razão da exigência de que o autor execute por si mesmo, total ou parcialmente, as ações descritas nos tipos penais da parte especial; caso contrário, estaria se presente só meros partícipes.

Tomando todas estas considerações como referência, um questionamento parece ser autoevidente: por qual motivo o autor mediato é a figura central do acontecer típico? A resposta completa a essa indagação só é possível a partir de uma estrutura teórica sólida de autoria mediata. De toda forma, por ora, uma eventual solução se localiza nos antecedentes da teoria do domínio do fato.

No ano de 1915, Hegler inaugurou o termo “domínio do fato” numa obra sobre os elementos do delito. Não obstante, não se tratava de um critério para delimitar a autoria e a participação, senão um requisito material da culpabilidade. A finalidade do conceito era explicar que o sujeito do delito tinha o domínio do fato se não estivesse em uma situação de imputabilidade ou alguma causa de exculpação⁹⁵.

Em 1929, Hegler apresentou uma monografia denominada “A essência da autoria mediata” (*Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft*)⁹⁶. Nesta oportunidade, relaciona seu conceito de domínio do fato, ainda como elemento da culpabilidade, com a autoria mediata. Com efeito, a partir de um dualismo entre a supremacia (preponderância) causal do homem de trás e a teoria formal-objetiva, Hegler defendeu que o conceito de autor deve ser expandido de tal modo que a ausência da ação executiva do tipo penal possa ser compensada por critérios normativos-penais, situados na ilicitude ou na culpabilidade, inerentes ao homem de trás⁹⁷.

⁹³ “Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la “concepción natural de la vida” y la valoración del legislador.” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 133.

⁹⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. La estructura de la autoría mediata. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV**. Valparaíso. Chile. 2010. P. 390.

⁹⁵ HEGLER. Die Merkmale des Verbrechens. **ZStW**. T. 36. 1915. P. 19/44 e 184/232.

⁹⁶ HEGLER, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, en: **Die Reichsgerichtspraxis in deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts**, 5. Band, 1929. Apud: ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 74. Nilo Batista, em sua monografia sobre concurso de pessoas, menciona a obra em uma nota de rodapé.

⁹⁷ Nesse sentido, Schroeder: “Hegler steht grundsätzlich auf dem Boden der formal-objektiven Teilnahmetheorie und des restriktiven Täterbegriffs. Diese beruht für ihn „auf dem speziell an der Kausalbetrachtung orientierten Übergewichtsgedanken“. Für den Fall der mittelbaren Täterschaft muß „der normale Begriff, Täter' erweitert" werden, und zwar durch „einen zweiten, gegenläufigen Übergewichtsgedanken“: der Mangel eigener Ausführungshandlung werde überkompensiert durch andere Verbrechensmomente, Voraussetzungen der Strafbarkeit, die nur beim Hintermann vorliegen. Diese Momente liegen für Hegler teils auf dem Gebiet der Schuld, teils auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit.” SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**. P. 54. E também Bolea Bardon: “En su día, ya intentó HEGLER [...] combinar las teorías objetivos-formales con la teoría de la

A proposta de Hegler, em verdade, quer reparar a crítica de que a teoria formal-objetiva é insuficiente para explicar a autoria mediata. Sua solução, todavia, realça as deficiências do superado modelo teórico. Afinal, não só desnatura a lógica da tradição formal-objetiva, mas também se aproxima de um modelo extensivo ao alargar o conceito de autor para além da execução do tipo.

Diante deste cenário, Eb. Schmidt defendeu justamente que a teoria formal-objetiva fosse rechaçada, sendo colocada em seu lugar um modelo teórico pelo qual fosse possível fundamentar a autoria mediata⁹⁸. Entretanto, diante do rigor metodológico que é marca de seus estudos, tornou-se imperativa a equivalência de todas as contribuições ao resultado típico sob o rótulo de autor. Logo, Schmidt trata-se de um defensor por um excelência do que se denomina de conceito extensivo de autoria puro.

Ademais, curioso observar que muito embora considere a teoria de Hegler um progresso para a autoria mediata⁹⁹, Roxin tenta dela se desvencilhar a partir dos seguintes argumentos:

Esta teoria (domínio da vontade) apresenta externamente certa afinidade com a (várias vezes citada) “teoria da supremacia” de Hegler, ao que no âmbito da autoria mediata há de considerar-se como precursora da ideia de domínio do fato. Sem embargo, analisando mais detidamente, a concepção de Hegler apresenta diferenças notáveis em sua ideia básica, em seu desenvolvimento teórico e em seus resultados práticos. Efetivamente, em primeiro lugar aqui todas as soluções individuais estão referidas ao princípio do domínio do fato, compreensivo de todas as formas de autoria, enquanto que a ideia da supremacia de Hegler se justapõe com a teoria formal-objetiva, que no demais mantém; em segundo lugar, Hegler distingue entre a supremacia no plano da antijuridicidade e da culpabilidade, enquanto que nossa postura, a margem de tais questões sistemáticas, se baseia no conhecimento mais amplo do sujeito de trás, que possibilita uma superior medida de direção com sentido; em terceiro lugar, a maior medida de culpabilidade, se não permite dirigir o acontecer, não pode fundamentar (de acordo com nossa teoria) a autoria mediata, como tem se manifestado precisamente o tratamento da imprudência consciente; e finalmente, em quarto lugar, a margem dos pontos não controvertidos, apenas se encontram coincidências entre ambas teorias no que tange aos resultados materiais¹⁰⁰.

supremacia para dar cabida a la figura de la autoría mediata, sosteniendo que la falta de la acción de ejecución se vería compensada a través de otros momentos delictivos que sólo concurren en el hombre de detrás.” BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 124.

⁹⁸ SCHMIDT. Die mittelbare Täterschaft. In: Hegler, August. **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag** – Band II. Tübingen: Mohr, 1930. Apud: CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**: P. 174.

⁹⁹ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 148.

¹⁰⁰ “Esta teoría presenta externamente cierta afinidad con la (ya varias veces citada) “teoría de la supremacia” de HEGLER”, al que en el ámbito de la autoría mediata ha de considerarse como precursor de la idea del dominio del hecho. Sin embargo, analizándola más detenidamente, la concepción de HEGLER presenta diferencias notables en la idea básica, en el desarrollo teórico y en los resultados prácticos. Efectivamente, en primer lugar aquí todas las soluciones individuales están referidas al principio del dominio del hecho, comprensivo de todas las formas de autoría, mientras que la idea de la supremacia de HEGLER se yuxtapone, sin relación, con la teoría objetivo-formal que por lo demás mantiene; en segundo lugar, HEGLER distingue entre la supremacia en el plano de la antijuricidad y en el de la culpabilidad, mientras que nuestra postura, al margen de tales cuestiones sistemáticas, se basa en el conocimiento más amplio del sujeto de detrás, que possibilita una superior medida de dirección con sentido; en tercer lugar, la mayor medida de culpabilidad, si no permite dirigir el acontecer, no puede fundamentar (con arreglo a nuestra teoría) la autoría mediata, como ha puesto de manifiesto precisamente el tratamiento de la imprudencia consciente; y finalmente, en cuarto lugar, al margen de los supuestos no controvertidos, apenas se

Em que pese o poderio argumentativo do professor alemão, a impressão final é que suas razões não convencem. A intuição é reforçada quando se verifica que no final das contas, embora a terminologia seja distinta, a teoria da supremacia de Hegler e o domínio do fato de Roxin são extremamente similares, não coincidências. Ambos os juristas, cada um a seu modo, são influenciados pela teoria formal-objetiva (partem do conceito base de que autor por excelência é o autor direto/ imediato), cuja crítica mais incisiva é justamente a incapacidade de explicar a autoria mediata.

Logo, as objeções que recaíram sobre a teoria de Hegler também podem ser estendidas à proposta roxiniana. Deste modo, critica-se que Roxin combina um conceito restritivo de autor com um conceito extensivo de fato. Consequência disto é que se torna um alvo fácil às críticas de relativização do princípio da legalidade¹⁰¹.

Na mesma linha, Renzikowski bem assinala que na teoria do domínio do fato “o conceito de fato não é definido de modo mais preciso, permanece questionável a que o domínio deve, em última análise, referir-se.”¹⁰² O ponto é que para a teoria do domínio do fato o autor mediato realiza o verbo típico¹⁰³, ainda que por meio de outrem. Então, naturalmente, expande-se o conceito restrito de fato para dentro dos atos de preparação, cuja punição, em regra, não há.

A teoria do domínio do fato, assim, torna a diferença entre autoria e participação um ato de fé/intuitivo, pressupõe o que deveria comprovar. A diferença entre participação e autoria fica condicionada à concretização do princípio norteador “figura central”, o qual é objeto de constantes críticas, seja porque não tem conteúdo material (início) ou porque seu conteúdo material se confunde com sua materialização (final).

Renzikowski observa que se o domínio do fato tem a pretensão de distinguir a autoria da participação há de ser tratado como um elemento do tipo. Então, trata-se de uma norma de comportamento, a qual caracteriza-se pela função de controle social¹⁰⁴. Esse *status* acarreta o ônus de apresentar conceitos claros em respeito ao princípio da legalidade, especificamente, a

encuentran coincidencias entre ambas teorías en cuanto a los resultados materiales.” (tradução livre) ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 228.

¹⁰¹ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 172.

¹⁰² RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação. P. 99.

¹⁰³ GRECO, Luís. TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo. In: GRECO, Luís (org.). **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 60.

¹⁰⁴ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 107.

determinação de taxatividade¹⁰⁵. Em outras palavras “o domínio do fato deve fundamentar o desvalor de ação específico do autor”¹⁰⁶.

Defendendo uma posição distinta de Roxin, Beatriz Corrêa Camargo assinala que o conceito de autor tem a função de “explicar a lógica do surgimento das diversas estruturas de imputação pelo concurso de pessoas na Parte geral”¹⁰⁷. A professora brasileira se posiciona no sentido de que é um equívoco da teoria do domínio do fato interpretar o instituto da autoria como um elemento da norma de comportamento, senão deveria se considerar como uma questão de “imputação de responsabilidade, o que significa, concretamente, que também as regras sobre a coautoria e a autoria mediata possuem função constitutiva e não meramente declaratória da culpa do agente.”¹⁰⁸

Nesse modelo teórico, a autoria significa a lesão a um dever primário de respeito à norma e a participação a lesão a um dever secundário. A lesão ao dever é complementada por outras razões peculiares à estrutura de cada espécie de contribuição ao resultado típico¹⁰⁹. Assim, para Beatriz, por exemplo, a punição por autoria mediata é condicionada a um defeito de liberdade/autonomia do agente executor¹¹⁰.

Finalmente, nesta linha, Kindhäuser assinala que os delitos de infração de um dever demonstram que o critério do domínio do fato não é tão relevante para o direito penal. O decisivo é que, neste grupo de casos, a carga de responsabilidade normativa do indivíduo pela produção do resultado típico é o fator determinante para estimar o valor jurídico do aporte¹¹¹.

2.1.4 Modelos normativistas: autoria como violação de um dever

2.1.4.1. O modelo extensivo de Günther Jakobs

Em brevíssima síntese, registre-se que Günther Jakobs, ao se referir ao estudo de Claus Roxin sobre autoria e domínio do fato, realiza considerações a respeito de suas doutrinas antecedentes, a saber, as construções teóricas tecidas por Welzel, Gallas e Maurach¹¹².

¹⁰⁵ RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação. P. 95.

¹⁰⁶ RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação. P. 95.

¹⁰⁷ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 175.

¹⁰⁸ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 172.

¹⁰⁹ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 179.

¹¹⁰ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 180.

¹¹¹ KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

¹¹² “Como precursores, sobre cujo trabalho Roxin pode em parte construir o seu, há de se mencionar três importantes penalistas. Em primeiro lugar, está Welzel, para quem é senhor da ação aquele que a configura por meio de sua vontade de realização que dirige o curso de modo planejado, o que significa que executa pessoalmente a ação ou atua como co-titular da decisão comum de executar a ação, oferecendo suas contribuições

Posteriormente, Jakobs destaca a correção dos estudos de Roxin, especialmente, no desenvolvimento *dos delitos de dever*. O professor de Bonn enfatiza que a orientação normativa desses os torna potencialmente superiores à figura central do acontecer típico. Isso porque considera que, no final das contas, tanto nos delitos de dever como nos delitos de domínio há uma violação à norma penal¹¹³. Diante disto, a tese defendida por Jakobs é que “a atribuição normativa é de hierarquia superior à do domínio”¹¹⁴.

Para comprovar sua premissa, o professor de Bonn investiga a razão dogmática do domínio ostentado pelo agente responsável pela última contribuição ao resultado típico¹¹⁵. A resposta de Jakobs é que ele “tem domínio porque decide definitivamente acerca da produção ou não-produção da realização do tipo”¹¹⁶, o que, não obstante com ela não se confunda, é substancialmente semelhante ao que a doutrina espanhola, mais especificamente Díaz y García Conlledo¹¹⁷, convencionou denominar de domínio positivo e negativo do fato. Veja-se: o positivo é a capacidade de decisão de levar a lesão até o final ou a possibilidade “de não depender da decisão autônoma de outra pessoa para levar a cabo o fato”¹¹⁸. O domínio do fato negativo é a possibilidade de impedir sua ocorrência, ter o poder de frustrar o ato criminoso¹¹⁹.

Para além disso, de toda forma, Jakobs entende que, em última análise, o pilar fundamental da atribuição normativa é a concretização de um “sinalagma de liberdade de comportamento e responsabilidade pelas consequências”¹²⁰, o que se visualiza com melhor precisão, na doutrina de Jakobs, com a teoria dos papéis.

Conforme a teoria dos papéis, a responsabilidade penal sempre pressupõe a violação de uma expectativa, a qual pode ser especial ou comum. Os papéis comuns encontram abrigo no

às ações dos demais. Em segundo lugar, Gallas, que, argumentando a partir da própria comissão, denomina senhor da ação a quem “tem (...) a obra em sua mão”. Finalmente, não pode faltar Maurach, que é autor das definições mais comuns, inclusive, *sit venia verbo*, mais aproximadas do domínio do fato, que na atual elaboração do tratado por Gössel rezam, praticamente sem modificações, assim: o domínio do fato é o “ter entre mãos, abarcado pelo dolo, o curso típico dos acontecimentos”, e este domínio há de corresponder a qualquer um “que possa, ao arbítrio de sua vontade, deter, deixar continuar ou interromper a realização do resultado global.” JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**: uma contribuição à normativização dos conceitos jurídicos. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri. Manole, 2003. P. 02/03.

¹¹³ JAKOBS. **Crítica à teoria do domínio do fato**. P. 03/04.

¹¹⁴ JAKOBS. **Crítica à teoria do domínio do fato**. P. 04.

¹¹⁵ JAKOBS. **Crítica à teoria do domínio do fato**. P. 05.

¹¹⁶ JAKOBS. **Crítica à teoria do domínio do fato**. P. 05.

¹¹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. **La autoría en Derecho Penal**. Também presente em: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **Límite entre la coautoría y la participación**. A propósito de un caso real. *Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*. n. 0. Jun. 2012. P. 36-49. Vale destacar que, em um Seminário na Universidade de Pompeu Fabra, Roxin fez críticas contundentes à noção de domínio positivo e negativo na coautoría. ROXIN, Claus. *Las formas de intervencion en el delito: Estado de la Cuestion*. In: **Sobre el estado de la teoría del delito**. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). 2000. P. 172/173.

¹¹⁸ “el autor no depende de la decisión autónoma de otra persona para llevar a cabo el hecho”. (tradução livre). BOLEA BARDON. **Autoría Mediata en Derecho Penal**. P. 140.

¹¹⁹ BOLEA BARDON. **Autoría Mediata en Derecho Penal**. P. 141.

¹²⁰ JAKOBS. **Crítica à teoria do domínio do fato**. P. 05.

direito que as pessoas têm de serem tratadas como portadores de direitos (conteúdo positivo) e deveres (conteúdo negativo). Jakobs enfoca, sobretudo, no dever de se comportar em conformidade com o Direito em vigência; respeitando “o direito dos demais como contrapartida ao exercício dos próprios direitos”¹²¹. De forma mais prática, o professor de Bonn aqui se refere a um dever geral de cumprimento das expectativas normativas destinadas a todos por igual, é dizer, não matar, não roubar, não lesionar etc¹²².

Finalmente, os papéis especiais são direcionados aos indivíduos que além do papel comum ainda carregam algum outro (ou outros) ônus oriundo de uma posição configurada pelo desenvolvimento concreto da vida em sociedade. A característica do papel especial que parece ser mais marcante é a relacional ou vinculativa, principalmente, considerando que “esses papéis, quando adquirem relevância jurídica, sempre são segmentos referentes a pessoas, ou a instituições que conferem à sociedade sua configuração indispensável no momento atual”¹²³. Assim como, no exemplo de Jakobs, a relação entre pais e filhos, de marido e mulher, do Estado e seus cidadãos, bem como relações outras que configurem uma especial dependência, seja entre agentes ou entre estes e instituições, relevante ao direito penal¹²⁴.

Conforme conclui Jakobs, então “no princípio da imputação não está um domínio fático, mas uma instituição, e isso não somente em delitos de dever, mas também no caso dos deveres em virtude de competência por organização”¹²⁵ (equivalente aos delitos de domínio de Roxin).

Na prática, a conclusão de Jakobs antecipa sua premissa de que o fato de uma pessoa ter agido de determinada forma, produzindo um resultado típico, não significa que a lesão deverá necessariamente ser imputada ao agente, senão só será causa direta se partir de um comportamento não permitido/ de uma violação de seu papel¹²⁶. Exemplo disto, é o caso do vizinho que fura uma parede da residência de seu vizinho, após o próprio pedir, mas acaba acertando e destruindo um fio condutor de eletricidade. Ao mesmo tempo que é um fato que houve uma lesão direta, com as próprias mãos, também não houve nenhuma violação de papel porque faltou o comportamento não permitido¹²⁷. Neste sentido:

Não é admissível uma inferência que parta da causa direta para determinar o caráter não permitido do comportamento. [...] Nesta determinação, não obstante, deve-se ter em conta o seguinte: o direito estrito ou a estrutura jurídica não estrita da sociedade

¹²¹ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 3ª. Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. P. 56.

¹²²JAKOBS. **A imputação objetiva no direito penal**. P. 56/57.

¹²³ JAKOBS. **A imputação objetiva no direito penal**. P. 55.

¹²⁴ JAKOBS. **A imputação objetiva no direito penal**. P. 55.

¹²⁵ JAKOBS. **Crítica à teoria do domínio do fato**. P. 05.

¹²⁶ JAKOBS. **Crítica à teoria do domínio do fato**. P. 5.

¹²⁷ JAKOBS. **Crítica à teoria do domínio do fato**. P. 5/6.

nem sempre atribuem domínio de um risco ao último que atua, não o fazem, especialmente, quando este somente por causalidade estaria em condições de evitar a produção de um dano, mas o atribuem ao sujeito competente seguinte, que pode ser o penúltimo ou o sujeito que está em terceiro lugar antes do último¹²⁸.

Em síntese, dar a última contribuição ao resultado típico ou realizar o tipo com as próprias mãos “não coincidem com a causa direta, tampouco quando esta é consciente, senão que isso requer de maneira adicional a atribuição da causa ao âmbito da responsabilidade do agente, isto é, um elemento normativo”¹²⁹. Assim, na linha de Jakobs, pouco importa ter domínio se não tiver competência.

Superada a autoria imediata, na coautoria o decisivo é que um conjunto de indivíduos violem seu dever. Naturalmente, não tendo maior importância quem tenha sido o último contribuidor ao resultado típico¹³⁰.

Finalmente, na autoria mediata, Jakobs apresenta três possibilidades, a saber, a firmada pela competência primária pelo comportamento do instrumento, a competência pela condição de instrumento e a competência independente da conduta¹³¹.

Antes de tratar de modo mais detido cada uma delas, observe-se que para Jakobs a autoria mediata não é mais do que uma autoria imediata disfarçada. Se no caso do executor direto a lesão ao bem jurídico é produzida por meio da intervenção na própria natureza, na autoria mediata o resultado típico se dá por meio do instrumento¹³². Ademais, o elemento mais característico da autoria mediata é que nela se trata do “emprego das forças instrumentais de outra pessoa, porém, precisamente, das forças instrumentais *não responsáveis*”¹³³.

Na competência primária pelo comportamento do instrumento, Jakobs entende ser responsável “pela conduta do instrumento quem presta uma contribuição que vá além do socialmente adequado, do neutro”¹³⁴. Nessa oportunidade, o homem de trás contribui para o comportamento lesivo de uma pessoa que se encontra *temporariamente* em uma situação de vulnerabilidade cognitiva, como um sujeito embriagado, por exemplo. A contribuição pode ser com uma instigação ou mesmo com um objeto imprescindível ao crime, como uma faca ou uma arma de fogo. Nesta situação, “quem presta uma contribuição que no caso de um executor

¹²⁸ JAKOBS. *Crítica à teoria do domínio do fato*. P. 6.

¹²⁹ JAKOBS. *Crítica à teoria do domínio do fato*. P. 7.

¹³⁰ JAKOBS. *Crítica à teoria do domínio do fato*. P. 29.

¹³¹ JAKOBS. *Crítica à teoria do domínio do fato*. P. 31/40.

¹³² JAKOBS. *Crítica à teoria do domínio do fato*. P. 31.

¹³³ JAKOBS. *Crítica à teoria do domínio do fato*. P. 31.

¹³⁴ JAKOBS. *Crítica à teoria do domínio do fato*. P. 32.

responsável suporia intervenção na execução é autor mediato quando o receptor da prestação carece de responsabilidade”¹³⁵.

Na competência pela condição do instrumento, Jakobs leciona que o homem de trás “não se encontra diretamente vinculado à conduta do instrumento, mas deve responder por esta porque organizou a condição de instrumento deste, e, por meio disso, de modo mediato também a conduta”¹³⁶. Aqui estão os usuais casos de autoria mediata, a coação moral irresistível e o erro.

Finalmente, na competência independente da conduta do instrumento estão os casos em que os “homens da frente” são reconhecidamente dependentes de uma tutela, a saber, crianças, adolescentes não responsáveis e pessoas com enfermidades ou deficiências psíquicas¹³⁷. O ponto é que,

A estas pessoas somente se pode oferecer uma integração na sociedade se todos têm em conta sua situação de inferioridade, e por isso qualquer um deve tê-la em conta. Quem permite que crianças manipulem fósforos converte-se em autor mediato do incêndio; quem entrega a uma pessoa portadora de uma enfermidade mental uma garrafa de aguardente responde como autor mediato de sua autolesão, etc¹³⁸.

Por fim, há de se destacar o fato de que Jakobs entende que o domínio do fato não é uma questão qualitativa, senão quantitativa. É dizer, domínio do fato todos os agentes, em alguma medida, têm, mas o realmente decisivo é o *quantum*¹³⁹. Assim, o professor de Bonn não é partidário de um sistema que diferencie, no âmbito do injusto, a autoria da participação, senão entende que se trata de uma questão afeta à dosimetria da pena, o que parece ser bastante semelhante ao modelo brasileiro - conforme será exposto no tópico 2.3.1.

2.1.4.2. O modelo de Kindhäuser

Segundo Kindhäuser, o direito penal tutela bens jurídicos por meio das normas e essas só são seguidas por meio de ações. Assim, norma e ação estão conectadas pelo conceito de dever¹⁴⁰.

A atribuição de uma ação, no entanto, pressupõe uma intenção do agente. Isto é, seu comportamento deve ser explicado por suas razões. Disso decorre que um comportamento

¹³⁵ JAKOBS. *Crítica à teoria do domínio do fato*. P. 33.

¹³⁶ JAKOBS. *Crítica à teoria do domínio do fato*. P. 35.

¹³⁷ JAKOBS. *Crítica à teoria do domínio do fato*. P. 38.

¹³⁸ JAKOBS. *Crítica à teoria do domínio do fato*. P. 39.

¹³⁹ JAKOBS. *Crítica à teoria do domínio do fato*. P. 23.

¹⁴⁰ KINDHÄUSER. *Infracción de deber y autoría*.

involuntário não pode ser considerado uma ação penalmente relevante. Kindhäuser ilustra com o seguinte caso: A dispara contra B com sua arma, porque quer o matar. A atribuição da ação conecta o comportamento de A, disparar a arma, a uma mudança no mundo, a morte de B. O comportamento de A é um meio para a produção da mudança intencionalmente perseguida¹⁴¹.

Mas, a ação não precisa ser necessariamente ativa, pois as mudanças do mundo podem ser objetos intencionais também de comportamentos passivos. É dizer, o direito penal, pela via da produção de normas, protege bens jurídicos tanto da produção de mudanças desfavoráveis como da não produção de mudanças favoráveis. Conseqüentemente, os comportamentos desarmônicos com a prescrição estabelecida na norma penal são denominados de “antinormativos”¹⁴².

Desse modo, A causou o resultado típico (indesejado pela norma penal) morte de B, após nele atirar com a arma de fogo. Entretanto, A só será responsável pelo comportamento antinormativo se ele podia conduzir seu comportamento de modo a evitar a produção do resultado típico e se orientar conforme a norma penal. Conforme o princípio *ultra posse nemo obligatur*, isso é assim porque a obrigação imposta pela norma ao seu destinatário tem como limite a capacidade de ação dele e é justamente essa conexão entre ambos que convencionou-se denominar de dever¹⁴³.

De modo mais preciso, o dever é o vínculo entre a norma e o destinatário na medida em que se considera como referência a capacidade de ação do agente¹⁴⁴, cuja dimensão cognitiva está tradicionalmente alocada na noção de dolo¹⁴⁵. Por isso é que Kindhäuser afirma que a infração de dever nada mais é do que um injusto subjetivo da ação tipicamente relevante¹⁴⁶.

Em síntese, então, se alguém, por meio de seu comportamento intencional, mata outrem, podendo, por uma ação ou omissão, evitar a produção do resultado típico, seu comportamento é imputável sob o título de infração de dever¹⁴⁷.

Finalmente, segundo Kindhäuser, o autor é resultado de uma conexão causal entre o comportamento e o resultado, o que é facilitado pelo uso da expressão “pelo fato de que”¹⁴⁸. É

¹⁴¹ KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

¹⁴² KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

¹⁴³ “Pues de acuerdo con el principio “*ultra posse nemo obligatur*”, el destinatario de la prohibición del homicidio sólo queda vinculado a esta norma en la medida de su propia capacidad de acción. Esta vinculación a una norma con arreglo a la medida de la propia capacidad puede denominarse “deber””. (tradução livre). KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

¹⁴⁴ “El concepto de deber expresa la vinculación del destinatario a la norma en atención a su propia capacidad de acción.” (tradução livre). KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

¹⁴⁵ KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

¹⁴⁶ “Y la infracción de deber puede ser designada como el injusto (subjetivo) de la acción típicamente relevante.” (tradução livre). KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

¹⁴⁷ KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

¹⁴⁸ KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

dizer, é imputável ao autor imediato a lesão ao dever que resulta da norma *pelo fato de que* causou imediatamente o resultado indesejado pela norma penal, mesmo podendo evitá-lo.

A autoria mediata e a coautoria, não obstante, são ampliações normativas da autoria direta. A primeira figura é configurada no caso em que quem executa o tipo penal com as próprias mãos não é o autor do delito¹⁴⁹, senão um agente irresponsável por sua conduta em razão de um *déficit*.

O comportamento irresponsável do homem da frente, todavia, só é imputável ao homem de trás se preenchidos dois pressupostos: (a) este seja responsável pelo *déficit* do homem da frente (estende-se em um nível a fórmula “pelo fato de que”: é necessário que o executor só tenha agido deste modo pelo fato de que tinha um *déficit* causado pelo homem de trás); (b) ele cumpra os demais pressupostos típicos; caso contrário trata-se de indução¹⁵⁰.

Já na coautoria, “resultam vinculadas formas de comportamento na configuração de um fato conjunto, que é imputável a cada um dos coautores”¹⁵¹. Esse fenômeno ocorre, “na medida em que os intervenientes tenham representado reciprocamente, no marco de um esquema comum de interpretação, a realização do tipo”¹⁵².

Todavia, há somente cumplicidade, lesão secundária de respeito à norma, se um dos agentes não atua em razão do plano comum ou não efetua uma contribuição representativa¹⁵³.

2.1.5. Tomada de posição

Inicialmente, afasta-se do modelo misto subjetivo-objetivo (teoria do domínio final do fato) de Welzel. A razão disso é que a teoria proposta pelo autor finalista não desenvolve. O conceito se inicia na alusão a ação final e termina no domínio final do fato, sem mais. Welzel não apresenta critérios hábeis para classificar as formas de aporte ao resultado típico nem respostas seguras aos problemas inerentes às diferenças entre autoria e participação.

Não há dúvidas de que não existe contribuição dogmática à prática penal se, no final das contas, tudo se limita a um nebuloso conceito de “vontade do autor”, cuja possibilidade de

¹⁴⁹ “una persona distinta del autor realiza el comportamiento que realiza el tipo.” KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

¹⁵⁰ KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

¹⁵¹ “En la coautoría resultan vinculadas formas de comportamiento en la configuración de un hecho conjunto, que es imputable a cada uno de los coautores”. KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

¹⁵² “en la medida en que los intervenientes se hayan representado recíprocamente, en el marco de un esquema común de interpretación, en la realización del tipo.” KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

¹⁵³ KINDHÄUSER. Infracción de deber y autoría.

verificação empírica é até então desconhecida. Mais do que isso, é preocupante o fato de que abre portas à arbitrariedade jurisdicional.

É dizer, o embate entre o Welzel subjetivo e o Welzel objetivo compromete na mesma medida a previsibilidade das decisões judiciais e a segurança jurídica. Isso é um sintoma da insuficiência dogmática do critério do domínio final do fato para conferir soluções cientificamente legítimas aos portadores de poder. Se já não bastasse, parece ser daqui que a doutrina brasileira importou a ideia por trás das obscuras figuras “mandante”, “organizador” e “autor intelectual”.

Igual distância se toma do conceito extensivo-normativista desenvolvido por Jakobs, principalmente, por só diferenciar a autoria da participação no âmbito da pena, o que será mais bem desenvolvido posteriormente. No entanto, isso não significa que seu modelo não tenha seus méritos.

Com efeito, a proposta normativista de superação do domínio do fato de Roxin elaborada por Kindhäuser se mostra interessante por relacionar o comportamento do agente e o resultado, a partir da fórmula “pelo fato de que”, com o instituto da autoria penal.

Mas, o modelo de Kindhäuser não parece ser superior ao de Roxin. O decisivo é que a figura central do acontecer típico é uma perspectiva pautada tanto pela metodologia ontológica como pela teleológica, ou seja, ao mesmo tempo que capta sentidos também estabelece fins. De modo mais direto, preocupa-se tanto com as estruturas da realidade como com os fins do direito.

Assim, adota-se, nessa investigação, a teoria do domínio do fato como critério para distinguir a autoria da participação. Isso não significa, contudo, que as objeções apresentadas não sejam corretas e coerentes, senão somente não parecem ser suficientes para minar a integridade do palácio teórico construído por Claus Roxin.

De qualquer forma, seus pontos frágeis devem ser sanados por teorias outras. Isso não constitui um óbice porque se trata de um conceito desenvolvido pela lógica da dialética de Hartmann, segundo a qual “nada se aniquila, senão tudo se “articula” adicionando-se e contrapondo-se, de maneira que se sustenta conjuntamente”¹⁵⁴.

Nessa lógica, destaque-se a observação da professora Beatriz Corrêa no sentido de que as regras dos institutos da coautoria e da autoria mediata possuem função constitutiva da culpa do agente, não meramente declaratória. Isto é, nos moldes da teoria do domínio do fato, por mais que todo autor execute o tipo penal, há diferenças estruturais entre as espécies de autoria.

¹⁵⁴ “nada se aniquila, sino que todo se “articula” añadiéndose y contraponiéndose, de manera que se sostiene conjuntamente. De todos modos asume lo contradictorio, A y no-A coexisten en ella”. (tradução livre) HARTMANN. *Die Philosophie des deutschen Idealismus*. P. 398. Apud: ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 506.

A questão é que se o autor imediato executa o tipo penal com as próprias mãos, o coautor só realiza o tipo em razão de uma divisão de tarefas horizontal, da qual origina um domínio parcial de cada um dos agentes, desde que a contribuição nos atos de execução seja relevante. O resultado disso é a imputação recíproca, a qual parece pressupor uma genérica norma extensiva de punibilidade.

Finalmente, o quadro é ainda mais nebuloso no que se refere à autoria mediata. Uma resposta adequada só pode ser alcançada se a investigação considerar a existência de um elemento em comum em todas as suas espécies clássicas (coação e erro) e modernas (por organização), o que deve se visualizar não só na relevância dogmática do conceito, senão, sobretudo, em sua estrutura básica. Isso, em alguma medida, deve sepultar as dificuldades impostas pelos indesejados resquícios da adoção da teoria formal-objetiva por Roxin em seu modelo de domínio do fato.

2.2 Da teoria geral da autoria mediata

A autoria mediata não é uma mera concepção jurídica desprovida de referencial ontológico. Senão trata-se de velha conhecida da literatura e da política. Igual observação pode se fazer em relação ao polêmico grupo de casos denominado de “autor por trás do autor”¹⁵⁵.

É indiscutível a presença da autoria mediata nos dramáticos enredos literários, os quais são repletos de incertezas e dissimulações. A existência de um homem por trás dos fatos criminosos quase sempre proporciona um romance com instigantes mistérios e inesperadas reviravoltas.

Na Inglaterra, representativo disso é *Otelo* de Shakespeare. Na Alemanha, Schroeder destaca “Intriga e amor” (*Kabale und Liebe*) de Friedrich Schiller, novela em que há uma sucessão de autorias¹⁵⁶. Em “Os bandoleiros” (*Die Räuber*), Schiller também trabalha diversas

¹⁵⁵ Nesse sentido, Schroeder: “Wenngleich die Figur des „Täters hinter dem Täter“ in der strafrechtlichen Dogmatik jüngeren Ursprungs ist, so beweist doch ein Blick in die schöngeistige, die historische und die politische Literatur sowie in die Publizistik, daß diese Figur dem allgemeinen Rechtsgefühl seit langem vertraut ist. Besonders die Dramatik bedient sich ihrer häufig im Interesse einer Ungewißheit, Verschleierung und Aufteilung der Schuld.“ SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**. P. 14.

¹⁵⁶ “Vor allem in den Dramen Shakespeares und Schillers wimmelt es von gedungenen Mördern, und dies nicht nur, weil, eine derartige Arbeitsteilung der früheren Sozialordnung entspricht, sondern offensichtlich deswegen, die Schuld des Hintermanns weniger eindeutig, aber auch gewichtiger erscheinen zu lassen. Das gleiche gilt für das Verhältnis zwischen Jago und Othello. Bei Schiller findet sich mehrfach sogar doppelt gestufte Täterschaft. So macht in „Kabale und Liebe“ Ferdinand für seinen Mord an Luise Miller seinen Vater, den Präsidenten von Walter, dieser aber wiederum seinen Sekretär Wurm verantwortlich. Im „Wallenstein“ ist Oberst Buttler nicht nur Mörder Wallensteins hinter den Tätern Deveroux und Macdonald; er erklärt seinerseits gegenüber Octavio Piccolomini: „Eure Hand ist rein. Ihr habt die meinige dazu gebraucht““. SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**. P. 14.

espécies de autoria mediata. Ademais, fenômeno parecido encontra-se em *Cai o pano*, de Agatha Christie¹⁵⁷.

No contexto histórico-político, Schroeder deixa consignada a existência de registros de que Hitler estava por trás da morte do Marechal Tukhachevsky, comandada por Stalin¹⁵⁸.

A verdade é que se a dissimulação e o mistério, inerentes à figura do homem de trás, são dois relevantes artifícios literários, assim não pode se dar no terreno da ciência jurídica penal. A dogmática deve trabalhar com a transparência e consistência científica inerente às boas razões¹⁵⁹.

Uma teoria geral da autoria mediata, cuja pretensão seja de cientificidade, deve apresentar (e enfrentar) os temas que antecedem a sua aplicação nos casos concretos. Em outros termos, sua teoria geral está para as espécies de autoria mediata (erro, coação, por organização) assim como a parte geral está para a especial do Código Penal.

De todo modo, para os fins que esta investigação se propõe, a teoria geral da autoria mediata deve, em um primeiro momento, compreender sua autonomia e relevância conceitual no campo do direito penal.

Em um segundo momento, cabe teorizar sobre os elementos estruturais do instituto, de modo a especificar as duas grandes modalidades de autoria mediata. Decorrente disto, por fim, sublinha-se o princípio da autorresponsabilidade, a responsabilidade *stricto sensu* e a figura do autor por trás do autor, em razão dos quais desenvolve-se um ponto de reflexão sobre o injusto da autoria mediata.

2.2.1 *Da relevância e autonomia do conceito de autoria mediata*

O primeiro ponto da teoria geral da autoria mediata não pode ser outro senão a relevância e autonomia deste conceito para o direito penal. Assim, deve-se responder a seguinte questão: se a autoria mediata não existisse haveria algum prejuízo para a teoria do delito?

¹⁵⁷ Parece ser interessante destacar uma reflexão do detetive Hercule Poirot sobre o criminoso da obra. “Uma situação extraordinária e anormal! E eu vi que havia encontrado, finalmente, no fim de minha carreira, o criminoso perfeito, o criminoso que inventara uma técnica tal *que nunca poderia ser incriminado*”. CHRISTIE, Agatha. **Cai o pano**. Trad. Clarisse Lispector. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2017. P. 186.

¹⁵⁸ “Einen großen Widerhall in der Presse fanden auch die Enthüllungen auf dem XXII. Parteitag der Kommunistischen Partei der Sowjetunion 1961, wonach die Ermordung des Marschalls Tuchatschewskij durch Stalin von Hitler durch die Vorspiegelung von Landesverratsindizien veranlaßt sein soll.“. SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**. P. 15.

¹⁵⁹ Em sentido semelhante: GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto**. *Passim.*; GRECO. Dogmática e ciência do Direito Penal. P. 25.

Veja bem, não se questiona se o homem de trás deve ou não ser punido, senão se o conceito de autoria mediata é relevante e necessário à ciência penal. Um outro ponto que, em certa medida, se confunde com o anterior é se a autoria mediata ostenta autonomia conceitual, ou seja, trata-se de um instituto jurídico penal ou só uma realidade fenomênica.

Na literatura penal, o termo “autoria mediata” foi inaugurado por Stübel, em 1828, em um estudo sobre autoria e participação¹⁶⁰, não obstante seu sentido era um pouco distinto do que se compreende atualmente.

Antes disso, de qualquer forma, parece não ser questionável que a autoria mediata se trate de uma realidade fenomênica existente desde os tempos antigos até a atualidade¹⁶¹. Prova disto é que o *erro* e a *coação* são instrumentos milenares do homem para manipular e impor sua vontade aos seus semelhantes.

Não se questiona, entretanto, que o reconhecimento da autoria mediata no ordenamento jurídico depende da vontade política das câmaras legiferantes de cada soberania. De toda forma, o instituto está presente na maior parte dos sistemas jurídicos que adotam o modelo *Civil Law*. Inclusive, sua presença se observa até mesmo em locais em que se adotam a *Common Law*. Exemplo disto é a Constituição dos Estados Unidos da América, que reconhece uma autoria unitária que se distingue entre imediata e mediata¹⁶².

Ademais, se o Direito Penal Francês não reconhece a autoria mediata, pior para os franceses. Sobretudo porque a dogmática e a jurisprudência germânica já a reconhecem antes mesmo de sua expressa e tardia posituação na grande reforma do StGB realizada em 1975¹⁶³. O instituto jurídico também é reconhecido pelo Direito Penal Internacional desde a vigência do Estatuto da Corte Internacional Penal¹⁶⁴.

Portanto, no atual contexto, a inexistência de um conceito jurídico de autoria mediata é praticamente improvável, mas nem sempre foi assim. Em um exercício histórico-teórico,

¹⁶⁰ “Der Begriff der „mittelbaren Täterschaft“ tritt zum ersten Mal bei Stübel, „Über die Teilnahme Personen an einem Verbrechen“ (1828) auf.“. SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**: P. 19.

¹⁶¹ Assim, Sánchez-Vera Gómez-Trellez: “Senalaba Binding que probablemente el primer caso de lo que hoy se conoce con el nombre de autoria mediata se debio dar en la antigua Roma, cuando el señor utilizaba a su esclavo para la comision del delito, el cual -esto era to esencial- tenia un deber de obediencia. Por tanto era el señor y no el esclavo el que respondia.” SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. Javier. Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica “transcendencia”. **ADPCP**. Vol. LI. 1998. P. 322.

¹⁶² SCHÜNEMANN, Bernd. A figura jurídica do “autor por trás do autor” e o princípio dos níveis do domínio do fato. Trad.: de Adriano Teixeira. In: GRECO, Luís (Coord). **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

¹⁶³ SCHÜNEMANN. A figura jurídica do “autor por trás do autor”.

¹⁶⁴ WERLE, Gerhard. BURGHARDT, Boris. La co-autoría mediata: ¿Desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?. Trad. Jaime Couso, Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales (chile). **Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania**. Kai Ambos/María Laura Böhm/ John Zuliaga (eds.). Serie CEDPAL. Volumen 1. 2016. P. 283.

recorde-se do caso número 2 desta investigação, em que o CEO da empreiteira monta um setor especializado em lavagem de dinheiro, o qual funciona com excelência. A depender da teoria de autor adotada, o instituto da autoria mediata (ou da instigação) é totalmente dispensável para explicar a situação jurídica do homem de trás (CEO).

Veja-se, caso se adote alguma teoria subjetiva, ainda que pautada em um conceito restritivo de autor, como a de Welzel, certamente o CEO seria considerado autor do delito, mesmo não participando dos atos executórios, vez que a vontade que o resultado típico ocorra é dele.

A partir de uma perspectiva extensiva de autoria, como a de Eb. Schmidt, o CEO e todos os integrantes do setor, além de outras pessoas que contribuíram “de qualquer modo” para o resultado típico, seriam consideradas autores. Nessa última concepção, inexistente necessidade de maiores distinções sobre a qualidade do aporte, salvo se houver algum dispositivo legal que vincula a contribuição ao merecimento de pena, o que não parece ser uma boa opção legislativa¹⁶⁵.

A situação é diferente com a teoria formal-objetiva, conforme certa reflexão de Sanchez-Vera e Octavio de Toledo y Ubieto¹⁶⁶. Embora seja criticada, trata-se do modelo teórico que compõe o núcleo de grande parte das teorias restritivas (e objetivas) de autor¹⁶⁷, inclusive, não se deve esquecer que é a precursora da teoria do domínio do fato de Roxin¹⁶⁸.

De todo modo, lembre-se que o problema da teoria formal-objetiva com a autoria mediata é que em tal matriz teórica só é autor quem executa o tipo penal, todos os outros contribuintes ao resultado típico são no máximo partícipes. O núcleo desta concepção abre extensa lacuna de punibilidade. Sobretudo, em sistemas penais que exijam para a punição do partícipe que o executor tenha atuado de forma típica, ilícita e culpável (acessoriedade máxima ou extrema).

Com efeito, este é o cenário ideal para explicar a relevância do conceito de autoria mediata¹⁶⁹. Seguindo essa lógica, Gonzalo Rodriguez Mourullo indicou que era notável a

¹⁶⁵ O tópico 2.3.1 analisará brevemente a questão.

¹⁶⁶ “En verdad, el problema se plantea tan solo para la teoría objetivo-formal de la autoria. Por un lado, solo desde esta teoría es necesaria la figura de la autoria mediata, y, paradójicamente, en principio, solo para esta teoría resulta dificultoso la afirmación de la misma”. SÁNCHEZ-VERA. Sobre la figura de la autoria mediata. P. 321. Em igual sentido: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. La autoria conforme al Código Penal. *La Ley*. 14 de marzo de 2000. P. 1/5.

¹⁶⁷ CAMARGO. *A teoria do concurso de pessoas*. P. 173/175.

¹⁶⁸ “En tanto que consigue captar acciones vivas, en lugar de pálidas abstracciones, se revela como precursora inmediata de la teoría del dominio del hecho”. ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 51.

¹⁶⁹ Neste ponto, muito bem explica Beatriz Vargas Ramos: “O conceito de autoria mediata está intimamente relacionado com a questão da acessoriedade da participação. Pleno de razão está *Nelson Hungria* quando afirma que a figura do autor mediato surgiu com a teoria da acessoriedade da participação. [...] A participação é acessória porque dependente da existência de um fato principal. A “participação” pressupõe “algo” de que se participa. Esta

necessidade do conceito de autoria mediata na Alemanha antes da grande reforma do StGB de 1943, justamente em razão da vigência da acessoriedade máxima¹⁷⁰, na qual se o autor não fosse culpável a participação restava impune¹⁷¹. Igualmente, se referindo ao StGB anterior a 1943, Antón Oneca argumentou que é possível e necessária a construção doutrinária do conceito de autoria mediata, em razão “das lacunas que ali têm os preceitos sobre a codelinquência”¹⁷².

É verdade que esse quadro legislativo-dogmático fez com que a autoria mediata recebesse a pecha de “instituto tapa buraco”¹⁷³. Os adeptos da teoria forma-objetiva a rotularam como “autoria imprópria” e/ou “fictícia”¹⁷⁴.

No Brasil, penalistas consagrados também renegaram o instituto. Para Hungria “a própria expressão “autor mediato” redundava numa impropriedade: se o executor não é mais que

verdade lógica é que nos conduz à conclusão, válida para qualquer tipo penal, de que a participação não existe por si só. E preciso que ela seja uma "concreta participação" em um "determinado fato". Para que o participe seja punido, nesta condição, é preciso que a conduta principal (em relação à qual ele participa) seja a conduta de um autor, no sentido jurídico penal? Em outras palavras, para que alguém possa responder penalmente na condição de partícipe, é preciso que tenha concorrido para um fato principal típico, antijurídico e culpável? Uma coisa é a acessoriedade da participação. Outra coisa é o grau desta acessoriedade. O grau da acessoriedade é que determina a punição do partícipe. A participação depende de uma conduta principal. Mas de uma conduta principal que seja apenas típica? (Acessoriedade mínima). Ou de uma conduta principal que, além de típica, seja também antijurídica? (Acessoriedade limitada). Ou ainda, típica, antijurídica e culpável? (Acessoriedade máxima). Ou, finalmente, além de típica, antijurídica e culpável é preciso que a conduta principal seja concretamente punível? (Hiperacessoriedade). A nosso ver, a existência da participação depende, por sua vez, da existência de um fato principal realizado típica, antijurídica e culpavelmente. A figura do partícipe depende da existência da figura do autor. Autor é aquele que realiza, antijurídica e culpavelmente, a ação descrita no tipo. O simples executor realiza a ação típica, mas não a ação típica culpável. O inimputável, por exemplo, é executor, mas não é autor, pois não executa culpavelmente a ação típica. Para haver participação é preciso que, na pessoa do executor, haja sempre um autor, no sentido jurídico-penal. A determinação de alguém à prática de um fato simplesmente típico ou um fato típico e antijurídico não é bastante para configurar a participação. O grau de acessoriedade da participação é, portanto, o grau máximo - é preciso que a conduta principal seja típica, ilícita e também culpável. Sempre que faltar qualquer um destes atributos na ação empreendida pelo agente imediato, desaparecerá a participação, surgindo a figura do autor mediato.” RAMOS. **Do concurso de pessoas**. P. 40/42.

¹⁷⁰ Como ressalva Maurach, o Código Penal Alemão, vigente até 1943, falava de uma “hiperacessoriedade”, ou seja, exigia uma ação punível. Entretanto, isso levava a resultados altamente insatisfatórios, razão pela qual se aplicava efetivamente a acessoriedade máxima. MAURACH. **Tratado de Derecho Penal**. trad. J. Cordoba Roda. Barcelona, 1962. P. 315/317 Apud: RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. El autor mediato en Derecho penal español. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. ISSN 0210-3001. Tomo 22. Fasc/Mes 3. 1969. P. 462/463.

¹⁷¹ “La necesidad de admitir la existencia de una autoria mediata se hizo particularmente sensible en Alemania antes de la reforma introducida en el StGB por la novela de 29 de mayo de 1943. Hasta entonces regia en el Código penal alemán el criterio de la accesoriadad máxima, conforme al cual para que el acto de participación resulte punible se requiere que el ejecutor principal sea culpable.” RODRIGUEZ MOURULLO. El autor mediato en Derecho Penal Español. P. 462 /463.

¹⁷² “Asi, a juicio de Antón Oneca, el Código penal alemán hate posible y necesaria la construcción doctrinal de la autoria mediata: "Es posible, porque el autor no está definido en parte alguna. Es necesaria por las lagunas que allí tienen los preceptos sobre codelinquencia".” (tradução livre). ANTÓN ONECA. **Derecho Penal I**. Madrid. 1949. P. 436. Apud RODRIGUEZ MOURULLO. El autor mediato en Derecho Penal Español. P. 463.

¹⁷³ “Que en el, desarrollo doctrinal del concepto de autor mediato haya jugado un importante papel impulsor la mencionada regulacion legal alemana, contribuyó a que la categoria a que nos estamos refiriendo se considerase, sin suficiente fundamento, como un caracteristico "fenómeno tapagujeros””. MAURACH. **Tratado de Derecho Penal**. P. 315/317. Apud: RODRIGUEZ MOURULLO. El autor mediato en Derecho Penal Español. P. 463.

¹⁷⁴ ROXIN. **Autoria y dominio**. P. 147.

um *instrumento passivo*, quem dele se serviu é *autor imediato*”¹⁷⁵. Além disso, segundo relata Batista, Hungria também afirmou que a autoria mediata era um artifício, ficção e/ou desconchavo, inclusive, recomendou sua remessa para o museu do direito penal¹⁷⁶. Ferraz, em sentido semelhante, argumenta que “falar de autoria mediata representa um contrassenso, porque a pessoa levada em consideração é apenas aquela que soube dar à situação concreta u’ a marca decisivamente pessoal; ela é o autor do crime, *sic et simpliciter*.”¹⁷⁷. Esther Figueiredo Ferraz ainda complementa que para José Salgado Martins a figura da autoria mediata é uma forma de participação, ainda que anômala¹⁷⁸.

A partir da crítica de que a autoria mediata não teria razão de ser em um modelo de acessoriedade menos rigoroso que o máximo¹⁷⁹, os adeptos da teoria formal-objetiva acreditavam que após a adoção da acessoriedade limitada no StGB de 1943 o instituto da autoria mediata, naturalmente, voltaria a ser tratado como se instigação fosse¹⁸⁰.

Apesar da crença dos adeptos da teoria formal-objetiva, não é possível evitar o conceito da autoria mediata ampliando o de indução/instigação¹⁸¹, isso seria reduzir a importância do homem de trás para o resultado típico. O fato é que a partir de um sistema diferenciador, um conceito restritivo e objetivo de autor, a autoria mediata deixou de ser uma discussão sobre acessoriedade para se consolidar como uma espécie autônoma de autoria.

Dessa forma, a autoria mediata tem autonomia conceitual porque ostenta seus próprios critérios dogmáticos, cuja distinção para a autoria imediata e coautoria é manifesta. Em outros termos, não é possível explicar a autoria mediata sem se valer de requisitos próprios, os quais não se fazem presentes nas outras espécies de autoria, mas que ainda assim tornam o homem de trás passível de ser classificado como autor¹⁸². Ademais, não se confunde com a instigação ou as outras formas de participação, senão trata-se de um autêntico modo de autoria.

Antes de encerrar o tópico, sublinha-se que a relevância e a autonomia do conceito de autoria mediata é reforçada na medida em que se verifica que, mesmo diante de inúmeras críticas, é constantemente utilizada pela jurisprudência internacional, bem como está prevista nos ordenamentos jurídicos de distintos países.

¹⁷⁵ HUNGRIA. FRAGOSO. *Comentários ao Código Penal*. P. 403.

¹⁷⁶ BATISTA. *Concurso de agentes*. P. 133/134.

¹⁷⁷ FERRAZ. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. P. 22.

¹⁷⁸ FERRAZ. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. P. 23.

¹⁷⁹ RODRIGUEZ MOURULLO. *El autor mediato en Derecho Penal Español*. P. 463.

¹⁸⁰ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 147.

¹⁸¹ GALLAS. en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission II*. Bonn. 1958. P. 67. Apud In: RODRIGUEZ MOURULLO. *El autor mediato en Derecho Penal Español*. P. 464.

¹⁸² Nesse sentido, Roxin indica que autoria mediata “ está basada en una razón objetiva independiente de todas las construcciones”. ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 147.

Aliás, a tentativa de parte da doutrina brasileira clássica de negar autonomia à autoria mediata, reduzindo a um mero expediente da autoria imediata, parece não estar repousada em uma reflexão mais completa sobre estes dois distintos grupos de casos. Ao que tudo indica Hungria e Ferraz tomaram a parte pelo todo. A única situação em que se nega autoria mediata é nos casos de coação física irresistível (*vis absoluta*), situação na qual a ação é sequer reconduzida ao instrumento, ou seja, não há responsabilidade pela organização. Portanto, as críticas mencionadas não parecem estarem envoltas no véu da correção.

Após esta breve exposição, considerando a demonstração da autonomia e a relevância da autoria mediata à ciência penal, passa-se a expor sobre a estrutura e as peculiaridades deste instituto jurídico penal.

2.2.2 *A estrutura da autoria mediata*

Amiúde no estudo da autoria mediata são descritas suas espécies e seus critérios materiais, mas não se explica a razão pela qual o agente deixa de ser partícipe para se tornar autor. Ao relatar este quadro dogmático, Díaz y García Conlledo deixa transparecer a percepção de que uma parte do fundamento é omitida¹⁸³.

O professor Claus Roxin reafirma as dificuldades próprias da matéria ao registrar que “entre as questões mais controvertidas desde sempre se encontra a de se (e como) é possível fundamentar que possa ser autor aquele que não tenha executado o fato por si mesmo”¹⁸⁴.

É indiscutível que se trate de uma tarefa hercúlea. Muito já se escreveu e vem sido escrito sobre a autoria mediata, de modo que uma análise integral demandaria um estudo próprio, inviável nessa oportunidade.

No entanto, aqui, o tópico não pode ser esquecido, tampouco totalmente contornado, senão pontuado estrategicamente de forma a possibilitar a devida compreensão do instituto do domínio por organização. Assim, propõe-se esmiuçar as questões inerentes à estrutura da

¹⁸³ “Cuando se estudia la autoría mediata, normalmente se dan una serie de criterios materiales (existencia de coacción sobre el instrumento, provocación o utilización de un error en el mismo, carácter de inimputable del instrumento, utilización de un aparato organizado de poder, etc.) que realmente (aunque fueran todos ellos correctos) no explican por sí solos la existencia de autoría mediata, es decir no explican por sí solos la existencia de dominio del hecho (o sea, en mi opinión, determinación objetiva y positiva), sino que explican sólo cuándo estructuralmente se da el supuesto de realización de una acción por una persona, a través de otra de la que se sirve como instrumento.” DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. **La autoría en Derecho Penal**. P. 646.

¹⁸⁴ “Entre las cuestiones más controvertidas desde siempre se encuentra la de si (y como) es posible y fundamentable que pueda ser autor aquel que no há ejecutado el hecho por sí mismo”. (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 147.

autoria mediata, seus elementos e suas variações, inclusive, realizar um diálogo com o instituto da instigação.

Um primeiro ponto, aparentemente superficial, se refere a nomenclatura utilizada para se referir ao grupo de casos de autoria mediata. Bolea Bardon rechaça o uso de expressões como “controle do processo causal” e “domínio da vontade”. Seu argumento é que a utilização dessas expressões podem resultar em equívocos sobre o conteúdo semântico do instituto se aplicadas para reforçar a concepção de que o objeto sob controle/domínio é psicológico ou naturalístico¹⁸⁵, quando considera-se normativo, o que parece estar correto. Portanto, convencionou-se que o ideal é utilizar o termo mais simples: autoria mediata.

O termo autoria mediata pressupõe dois aspectos óbvios e fundamentais. O primeiro é que não se trata de uma espécie de participação, senão de autoria. Disso se extraí que a autoria mediata ostenta desvalor semelhante à autoria imediata e à coautoria. Isso significa que se trata de uma modalidade de execução do tipo penal e uma forma de lesão a um dever primário de respeito à norma.

A segunda observação, que é o que confere sentido próprio e autonomia ao instituto, é que a contribuição ao resultado típico é mediata. A autoria é mediada, ou seja, é condicionada por uma intermediação e por um intermediador. Afinal, quem intermedeia o faz sobre algo e para alguém.

Sintoma disso é o que a doutrina espanhola convencionou denominar de estrutura mínima da autoria mediata (ou estrutura da autoria mediata gênero), a qual é composta, necessariamente, pelos seguintes elementos: (a) a realização do tipo através de outro; (b) a falta de execução do delito por sua própria mão; (c) a intervenção em um fato próprio (responsabilidade autônoma, não dependente)¹⁸⁶.

A estrutura mínima revela uma condição necessária da autoria mediata, a saber, a presença de um executor material e do homem de trás. Então, mais próximo ao resultado típico, há o executor/autor imediato, também denominado de homem da frente, instrumento e/ou ferramenta. Mais distante, está o autor mediato, denominado homem de trás ou autor de escritório, o qual, necessariamente, não executa *materialmente* o tipo penal¹⁸⁷.

¹⁸⁵ “La base naturalística, a la que con frecuencia se vincula el dominio del hecho, no va a resultar suficiente para fundamentar la autoría mediata si no se encuentra un complemento normativo. Para ello, hay que buscar criterios materiales que, partiendo de la regulación establecida en el CP y de los principios valorativos inmanentes al ordenamiento jurídico, consigan explicar el dominio propio de esta forma de autoría caracterizada por la falta de ejecución inmediata y de propia mano del tipo.” BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 133 e 155.

¹⁸⁶ BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 158/159.

¹⁸⁷ “La propia estructura de la autoría mediata presupone necesariamente la intervención de dos personas como mínimo. Por un lado, aparece el “hombre de detrás” o “persona de detrás” (Hintermann), que es quien realiza el

A superficialidade da observação de que há um homem de trás e um na frente auxilia a revelação de uma situação pouco explorada, nestes termos, pela doutrina. É dizer, pouco (ou nada) adianta a existência das duas figuras se não existir um liame/vínculo entre os agentes, ainda que um não tenha consciência de quem seja concretamente o outro. No grupo de casos de domínio por organização *v.g.* a identidade do executor do delito é indiferente àquele que deu a ordem (importante é que a missão seja cumprida). Igualmente é possível um caso de autoria mediata por erro, em que o homem de trás manipula a situação com tamanha destreza, que o homem da frente nem chega a saber que foi manipulado ou sabendo, quem o manipulou é, de toda forma, um mistério.

Imprescindível observar que o liame entre os agentes é uma circunstância presente também na instigação. Neste grupo de casos, Beatriz Corrêa Camargo relata que a doutrina brasileira, fiel partidária da teoria causal¹⁸⁸, descreve inúmeras condutas com potencial de configurar seu injusto¹⁸⁹. Trata-se de atos que realçam a existência de um vínculo entre o homem de trás e o da frente.

Mas, nessa oportunidade, se deve ter em mente que mais do que enumerar possíveis meios de atuação caracterizadores da instigação penalmente relevante, importante é compreender a essência desse liame. Sobretudo, se a solução apresentada é compatível com os casos de autoria mediata.

A professora Beatriz Corrêa Camargo afirma que “de maneira metodologicamente inadequada, a própria teoria causal do conceito de instigação filtra muitas situações dentro do universo de causas que determinam a resolução criminosa de alguém”¹⁹⁰. O fato é que caso se considere que instigação é a criação ou reforço de uma ideia, vontade criminosa no agente “a

hecho a través de otro, sin tomar parte en su ejecución material.” BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 145.

¹⁸⁸ Segundo a teoria causal, instigação é a criação ou reforço de uma ideia ou vontade criminosa no agente.

¹⁸⁹ “Ao definir a instigação como criação ou reforço da ideia, vontade ou resolução criminosa no agente, a doutrina brasileira costuma mencionar os mais variados modos de comportamento por meio dos quais o sujeito realiza a conduta instigadora. Boa parte deles constituem atos de fala do instigador, como, por exemplo: a) a promessa de assistência posterior ao crime; b) o mandato, no interesse do próprio instigador; c) a constituição de uma sociedade criminosa; d) o oferecimento de dádivas; e) a oferta de pagamento para a execução do crime; f) o comando ou ordem, no contexto de uma relação de autoridade; g) a coação ou ameaça de um mal; h) o oferecimento de um conselho; i) a sugestão de comportamento; j) a dissuasão ou persuasão do autor que o convençam a praticar o crime; k) a realização de um pedido; l) a expressão de um desejo; Outros meios de criar ou reforçar a resolução criminosa que são mencionados, podem ou não ocorrer através de uma comunicação entre o instigador e o autor do crime, quais sejam: m) o abuso de uma relação de subordinação; n) o emprego de artifícios; o) a provocação de erro sobre as circunstâncias que motivam o agente a cometer o crime. Por fim, a doutrina apresenta ainda uma série de verbos no intuito de definir o ato da instigação, os quais têm por objeto a resolução criminosa ou mesmo o autor no que diz respeito ao cometimento do crime. Tais verbos consistem nas ações de: p) estimular, q) reforçar, r) incentivar, s) encorajar, t) impulsionar, u) animar, v) incitar, x) provocar, z) acorçoar”. CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 43/46.

¹⁹⁰ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 290.

convivência dentro dos limites da lei seria praticamente impossível”¹⁹¹. Afinal, “se levado a sério, o critério do condicionamento causal para a decisão do autor incluiria uma infinidade de situações nas quais as pessoas influenciam o comportamento umas das outras”¹⁹². Diante disso, conclui que “a mera existência da influência psíquica não é capaz de justificar a punição nesta hipótese, já que as influências de decisões alheias constituem um fenômeno trivial da vida em sociedade, sejam elas boas ou más”¹⁹³.

Em seguida, após mencionar teorias que ostentam a pretensão de superar a definição causal de instigação¹⁹⁴, Beatriz Corrêa Camargo acolhe a concepção de que “a instigação é melhor compreendida como responsabilidade pelo estabelecimento de razões para agir que exigem do sujeito uma atitude prática em sentido crítico”¹⁹⁵.

Trata-se de uma concepção restritiva baseada na premissa de que “oferecemos razões para justificar nossas escolhas e explicar nossas ações”¹⁹⁶. Segundo Joseph Raz, essas razões podem ser operativas ou auxiliares. As “operativas são aquelas que expressam alguma atitude prática crítica do sujeito, envolvendo geralmente valores, desejos ou interesses”¹⁹⁷ ou “razões que possuam força normativa, as quais irão constituir um valor, um interesse, um desejo e até mesmo uma norma de conduta com capacidade de motivar o indivíduo a agir”¹⁹⁸.

Já as razões auxiliares têm a função de “justificar a ponte feita entre atitude prática crítica e a conclusão sobre o que fazer, isto é, a razão do sujeito em favor de determinada ação”¹⁹⁹. A título de exemplo, na variação do caso 3, pode se dizer que o veterinário chefe apresentou a razão operativa aos médicos veterinários de que se deveria tratar os animais internados da melhor forma. Apesar de que a razão auxiliar era o oposto disso; aplicar o “método inovador russo” de realizar cirurgias invasivas e desnecessárias e medicar remédios com o prazo de validade vencido.

Embora Beatriz Corrêa Camargo tenha desenvolvido seus estudos a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação, o leitor mais atento percebeu que devido ao exemplo apresentado, entende-se que a concepção de razões operativas e auxiliares, como liame entre o homem de trás e o da frente, também pode ser aplicada à autoria mediata, inclusive,

¹⁹¹ CAMARGO. *A teoria do concurso de pessoas*. P. 290.

¹⁹² CAMARGO. *A teoria do concurso de pessoas*. P. 290.

¹⁹³ CAMARGO. *A teoria do concurso de pessoas*. P. 290.

¹⁹⁴ Para aprofundar: CAMARGO. *A teoria do concurso de pessoas*. P. 267/287.

¹⁹⁵ CAMARGO. *A teoria do concurso de pessoas*. P. 291.

¹⁹⁶ CAMARGO. *A teoria do concurso de pessoas*. P. 248.

¹⁹⁷ RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 33 e ss. Apud: CAMARGO. *A teoria do concurso de pessoas*. P. 250.

¹⁹⁸ CAMARGO. *A teoria do concurso de pessoas*. P. 291.

¹⁹⁹ CAMARGO. *A teoria do concurso de pessoas*. P. 250.

com maior abrangência. De um modo geral, diferente da instigação que se restringe às razões operativas, a variedade de formas que o instituto da autoria mediata pode se manifestar permite que seja possível trabalhar também com as razões auxiliares, o que foi feito no exemplo *retro*, com o erro sobre como atingir o objeto de desejo.

Por fim, as razões operativas e as auxiliares amoldam-se suavemente à autoria mediata gênero, da qual se extraem duas espécies: (a) a autoria mediata em sentido estrito; e a (b) autoria mediata “autor por trás do autor”²⁰⁰. Trata-se de duas formas de manifestação do instituto jurídico que não se coincidem em seu fundamento jurídico nem em sua estrutura, salvo os requisitos mínimos da dita autoria mediata gênero. Conforme Bolea Bardon, “enquanto o autor mediato comete o delito através de um sujeito que não responde como autor (doloso) do fato por ele executado materialmente, o autor por trás do autor utiliza para realizar o delito um sujeito que é autor (doloso) do fato que executa”²⁰¹.

2.2.3. *A autoria mediata em sentido estrito*

Em que pese a existência de uma divergência ou outra em relação aos fundamentos e aos seus critérios, a doutrina praticamente não questiona a existência da autoria mediata em sentido estrito. Trata-se do modelo teórico descrito nos mais diversos manuais de direito penal. Em Mañalich, a “autoria mediata do homem de trás depende, assim, de que este seja primariamente competente pelo comportamento, interpretável como ação, porém ao mesmo tempo seja deficitário em termos de plena responsabilidade jurídico penal, o homem da frente”²⁰². Para Beatriz Corrêa Camargo “a lógica da autoria mediata reside na noção elementar de que o instrumento é um sujeito que age e que, por conseguinte, seria pessoalmente responsável pelo acontecimento se não fosse o defeito em questão”²⁰³. Beatriz Corrêa Camargo acrescenta que “o déficit de imputação do homem da frente pode estar localizado em qualquer dos três elementos constitutivos do delito, abarcando tanto o nível da imputação do injusto de ação, na constituição da lesão do dever jurídico-penal”, bem como quanto à imputação no nível

²⁰⁰ BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 158.

²⁰¹ “Mientras que el autor mediato comete el delito a través de un sujeto que no responde como autor (doloso) del hecho por él ejecutado materialmente, el autor tras el autor utiliza para realizar el delito a un sujeto que es autor (doloso) del hecho que ejecuta.” (tradução livre). BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 159.

²⁰² “autoría mediata del hombre de atrás depende, así, de que éste sea primariamente competente por el comportamiento, interpretable como acción, pero al mismo tiempo deficitario en términos de plena responsabilidad jurídico-penal, del hombre de adelante.” (tradução livre). MAÑALICH. La estructura de la autoría mediata. P. 395.

²⁰³ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P.178.

da culpabilidade²⁰⁴. Para Jakobs “uma contribuição que constituiria participação no ato de um sujeito responsável fundamenta uma autoria mediata quando o outro não é responsável”²⁰⁵.

Jakobs, Beatriz Corrêa Camargo e Mañalich, cada um a seu estilo, fundamentam a responsabilidade penal por autoria mediata do homem de trás basicamente na irresponsabilidade penal do homem da frente, em regra. Em outras palavras, os autores utilizam de uma lógica excludente: AM (autoria mediata) só existe se (e somente se) AI (autoria imediata) ter um *déficit* que impossibilite sua responsabilização penal.

Uma reflexão mais detida sobre a autoria mediata em sentido estrito revela que por trás de seu principal argumento, o de que a irresponsabilidade penal plena do executor fundamenta a responsabilidade por autoria do homem de trás, está uma concepção de proibição de regresso.

O contorno semântico conferido a proibição de regresso é de que, nas palavras de Mañalich, “a recondução do comportamento imediatamente atuante a um âmbito alheio de responsabilidade primária se vê excluída em virtude da plena responsabilidade do primeiro”²⁰⁶.

Também no âmbito da autoria mediata, há muito Gallas maneja o princípio da responsabilidade *stricto sensu* nos seguintes termos: “o domínio do fato mediante a utilização de outro como instrumento encontra seu limite ali onde o direito valora o autor imediato como livre, e portanto, como pessoa responsável”²⁰⁷.

Disso implica-se que se o agente lesiona o dever primário de respeito à norma, outras contribuições ao resultado típico que não estejam em uma mínima igualdade de condições com este primeiro elemento só podem transgredir ao dever secundário de respeito à norma, ou seja, são partícipes. Nestes termos, leciona Jakobs, “não pode haver autoria mediata quando concorra uma conduta posterior plenamente responsável, posto que somente a causa por meio da natureza é uma causa direta.”²⁰⁸

Então, parece não ser errado afirmar que Jakobs, Beatriz Corrêa Camargo e Mañalich fundamentam e delimitam a autoria mediata pelo princípio da responsabilidade.

²⁰⁴ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P.180.

²⁰⁵ JAKOBS, Gunther. **Autoria mediata e sobre o estado de omissão**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri. Manole, 2003. P. 13/14.

²⁰⁶ “la reconducción del comportamiento del sujeto inmediatamente actuante a un ámbito ajeno de responsabilidad primaria se ve excluida en virtud de la plena responsabilidad del primero.” (tradução livre). MAÑALICH. La estructura de la autoría mediata. P. 398/399.

²⁰⁷ Segundo Gallas, “el dominio del hecho mediante la utilización de outro como instrumento encuentra su límite allí donde el Derecho valora al autor inmediato como libre y, por tanto, como persona responsable.” GALLAS. W. “Täterschaft und Teilnahme” **Materialien zur Strafrechtreform, 1. Band**, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954. P. 121-153. Apud: IBÁÑEZ, Eva Fernández. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. Granada: Editorial Comares, 2006. P. 29.

²⁰⁸ JAKOBS. **Crítica à teoria do domínio do fato**. P. 39.

Roxin, de forma distinta, limita o princípio da responsabilidade aos casos de coação moral irresistível²⁰⁹. Os casos de autoria mediata por erro são resolvidos pelo critério do conhecimento superior que o homem de trás tem em relação ao homem da frente²¹⁰ e não pelo princípio da responsabilidade ou algum equivalente, o que é objeto de críticas por Jakobs²¹¹.

Roxin, ao adotar o critério do princípio da responsabilidade na coação e não no erro, torna evidente uma circunstância tampouco desconhecida pela posição divergente. Não é condição suficiente a falta de responsabilidade do homem da frente, falta um argumento a mais.

²⁰⁹ Segundo Schünemann “o início o fez Roxin, já em 1963, ao restringir o princípio da responsabilidade ao por ele denominado “domínio da vontade por coação” (*Willensherrschaft kraft Nötigung*) e ao negá-lo para o “domínio do conhecimento” (*Wissensherrschaft*) e para o “domínio da organização” (*Organisationsherrschaft*).” Apesar disso, mais a frente (P. 151) Schünemann assinala que: “Roxin segue o princípio da responsabilidade em todos os casos de diminuição ou exclusão da culpabilidade devido a uma situação de coação, o que também deve ser determinante nas hipóteses de erro do homem-da-frente, aqui contudo com quatro exceções: deve haver uma autoria mediata do homem-de-trás em erros sobre o tamanho do injusto, sobre o tamanho do risco, sobre circunstâncias que fundamentam a qualificação e, finalmente, no *erro in persona*.” SCHÜNEMANN. A figura jurídica do “autor por trás do autor”. P. 144.; Roxin assinala que “De este modo se deduce que el concepto de dominio de la voluntad no ha de entenderse en primer lugar psicológicamente, sino interpretarse, sobre la base de las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga el modelo de la ley. Si partimos de que el legislador quiere considerar autor a la figura central del suceso de la acción y si suponemos además que la idea del dominio del hecho atribuye esta posición central a aquel que tiene “en sus manos el suceso, debemos consiguientemente preguntamos si la ley nos proporciona indicios sobre cuándo entiendo realizados estos requisitos. Tales indicios existen efectivamente, puesto que si el legislador exime de responsabilidad al ejecutor directo - con independencia de su situación anímica en el caso concreto - y le permite sustraerse a la pena por haber ejercido la resistencia mínima, ello solo cabe entenderlo en el sentido de que en esta situación considera el suceso en manos del sujeto de detrás y le hace colocarse juntamente en la posición central del curso de la acción. Por tanto, el legislador, cuando la presión motivacional ha alcanzado, conforme a la experiencia, cierta intensidad, cambia de punto de vista y atribuye la responsabilidad solo a la persona de detrás, que se convierte así en figura principal del suceso de la acción. A mi juicio, es indudable que la ley se basa en esta concepción.” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 152.

²¹⁰ Conforme Roxin, “El dominio por parte del sujeto de detrás se explica por la circunstancia de que en virtud de su saber más amplio capta con más profundidad el significado social del suceso y consiguientemente es capaz de configurar él solo el sentido del suceso de la acción, dependiendo de la medida de su conocimiento trascendente, pues el ejecutor directo no puede oponer su libre voluntad inhibitoria y autónoma a lo que no es accesible para su entendimiento.” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 228.

²¹¹ Jakobs considera que o conhecimento superior não fundamenta a autoria mediata, senão a ideia de competência cujo conteúdo semântico é derivada do p. da responsabilidade. “Formulado de modo abstrato, o que se acabou de expor significa o seguinte: ninguém é instrumento de outro pelo mero fato de saber menos que este, independentemente de que o erro seja evitável, inevitável o que nem sequer seja competência do sujeito que incide em erro dispor de mais conhecimentos, pelo contrário, se tem de fundamentar que corresponde relevância jurídica ao defeito fático de direção do comportamento para que se possa falar de autoria mediata. Como se pode gerar a competência do mandante (homem de trás)? Em primeiro lugar, pode suceder que o contato social se estenda ao defeito quando alguém assume a obrigação moral de responder pelos defeitos cognitivos que o outro apresente. Isso tem lugar, ainda que somente no sentido de uma assunção parcial, quando alguém confia na direção de um especialista. A título de exemplo: um electricista deve evitar que seu cliente toque o cabo elétrico quando este ainda não está isolado; do contrário, responde pelas conseqüências, como autor mediato de um delito de lesões por meio de um instrumento quase não doloso. Também pode ocorrer que o autor mediato se faça passar por especialista sem sê-lo: quem afirma conhecer a situação e ser competente para dar conselhos deve ficar vinculado a essa representação de sua própria pessoa. Aqui terão de localizar-se os casos mais comuns, vale dizer, todos aqueles em que o autor mediato desempenha o papel de um conselheiro e produz o erro do outro por meio de seus conselhos.” JAKOBS. **Autoria mediata**. P. 15/16.

É necessária uma ação ou omissão do homem de trás que justifique sua imputação como autor, até para não se incorrer na odiosa figura do domínio da posição. Nesse sentido, Mañalich:

Se trata, por isto, de uma recondução do comportamento do homem da frente ao âmbito de responsabilidade do homem de trás, ao qual se deixa construir como uma questão de imputação “objetiva”, no sentido já afirmado: somente após a fundamentação de sua competência para evitar o comportamento do homem da frente cabe a pergunta de se este comportamento era, ademais, subjetivamente evitável para o homem de trás. Este critério objetivo para a imputação do fato ao homem de trás como autor mediato exige, então: *i)* que, através de uma ação prévia, ele tenha possibilitado ou facilitado o comportamento do instrumento sob um defeito de responsabilidade relevante; ou bem *ii)* que ele tenha disposto uma conexão situacional entre a realização típica mediada pelo atuar do homem da frente e um defeito de responsabilidade já existente de este; ou bem *iii)* que ele tenha omitido, de modo contrário ao dever, a execução de uma ação através da qual teria impedido o atuar do instrumento sob o defeito de responsabilidade relevante.²¹²

Nos termos trabalhados nesta investigação, na estrutura da autoria mediata em sentido estrito, o homem de trás se conecta com o homem da frente por meio da imposição de razões operativas e/ou auxiliares. A título de exemplo, nos casos de coação moral irresistível, a razão operativa é a de evitar um mal que o autor mediato supostamente controla e a razão auxiliar é a prática do ato ordenado pelo homem de trás; a segunda conduz a primeira. X só furtou Z para evitar a morte de Xy.

Na autoria mediata pelo erro, em razão da multiplicidade de casos que podem existir, não parece equivocado afirmar que o autor mediato pode manipular tanto a razão operativa como a auxiliar. O essencial é que as razões não sejam harmônicas ou, com outras palavras, o cumprimento da razão auxiliar, em termos ordinários, não concretiza o desejo expresso na razão operativa, assim como ocorreu na variação do caso da clínica veterinária.

Portanto, parece ser a partir *da manipulação/instrumentalização do homem da frente que o homem de trás tem o efetivo domínio do fato*. É essa circunstância que fundamenta a autoria mediata, não o princípio da responsabilidade *stricto sensu*, o qual reconhecidamente apresenta um importante caráter delimitativo nos casos de autoria mediata em sentido estrito.

²¹² “Se trata, por esto, de una reconducción del comportamiento del hombre de adelante al ámbito de responsabilidad del hombre de atrás, lo cual se deja construir como una pregunta de imputación “objetiva”, en el sentido ya enunciado: recién después de la fundamentación de su competencia por la evitación del comportamiento del hombre de adelante cabe plantear la pregunta de si este comportamiento era, además, subjetivamente evitable para el hombre de atrás. Este criterio objetivo para la imputación del hecho al hombre de atrás como autor mediato exige, entonces, *i)* que, a través de una acción previa, él haya posibilitado o facilitado el comportamiento del instrumento bajo el defecto de responsabilidad relevante; o bien *ii)* que él haya dispuesto una conexión situacional entre la realización típica mediada por el actuar del hombre de adelante y un defecto de responsabilidad ya existente de éste; o bien *iii)* que él haya omitido, de modo contrario a deber, la ejecución de una acción a través de la cual tendría que haber impedido el actuar del instrumento bajo el defecto de responsabilidad relevante.” (tradução livre). MAÑALICH. La estructura de la autoría mediata. P. 396.

Por fim, a estrutura dessa espécie de autoria mediata é composta de um aspecto positivo e outro negativo. O positivo é que põe em marcha dolosa um processo lesivo cuja materialização fica na mão de outro sujeito (executor material). O negativo é que o homem de trás é o único que realiza o tipo de forma dolosa²¹³.

2.2.4 A autoria mediata “autor por trás do autor”

A estrutura da autoria mediata “autor por trás do autor” é envolta em polêmicas que permeiam o princípio da própria responsabilidade e da responsabilidade *stricto sensu*. Logo, sua exposição completa será feita no tópico a seguir, sem prejuízo de se apresentar as questões mais gerais nesta oportunidade.

A autoria mediata “autor por trás do autor” é assim denominada porque ambos os agentes são penalmente responsáveis. É verdade que não é necessária plena responsabilidade penal do homem da frente, senão é suficiente que seu defeito de organização seja parcial. Naturalmente, no grupo de casos de domínio por organização a responsabilidade penal do autor imediato é plena, apesar de ser real a possibilidade de o autor imediato ser beneficiado com alguma atenuação de pena, conforme será demonstrado no tópico 2.3.2.

De toda forma, há aqui “uma manipulação da situação que permite ao homem de trás contar com a lesão ou por em perigo o bem jurídico, apesar de que outra pessoa possa tomar uma decisão autônoma em relação ao mesmo processo lesivo.”²¹⁴ Schünemann assinala que “uma autoria mediata na figura do “autor por trás do autor” pressupõe consequentemente que tanto a ação do homem-da-frente quanto as condições controladas pelo homem-de-trás possam ser qualificadas da mesma maneira como (duplo) “fundamento do resultado”²¹⁵.

Ademais, nesta espécie de autoria mediata, as razões operativas e auxiliares também explicam o liame entre o autor mediato e o imediato. A princípio aos casos de erro, aplica-se o mesmo critério mencionado anteriormente, de que o homem de trás manipula o da frente tanto por meio das razões operativas como pelas auxiliares. Assim, a despeito do teatro orquestrado, a razão auxiliar não conduz a operativa, tal como formulada no intelecto do executor, ou seja, há erro.

²¹³ BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 168.

²¹⁴ “una manipulación de la situación que permita al hombre de detrás contar con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, a pesar de que otra persona haya de tomar una decisión autónoma en relación al mismo proceso lesivo.” (tradução livre). BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 162.

²¹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. A figura jurídica do “autor por trás do autor” e o princípio dos níveis do domínio do fato. P. 153.

Nesta perspectiva, mais simples são os casos de domínio por organização, vez que não há coação irresistível ou erro, senão o autor mediato apresenta aos envolvidos a razão operativa (interesse/desejo) como um ideal comum a ser alcançado pelos membros da organização. A razão auxiliar, por sua vez, se refere aos métodos ilícitos que devem ser feitos para produzir o resultado típico.

Antes de terminar o tópico, registre-se que a estrutura da autoria mediata autor por trás do autor é composta por dois aspectos positivos. O primeiro é que põe em marcha doloso um processo lesivo cuja materialização está nas mãos de outro sujeito. O segundo é que ambos os agentes realizam o tipo penal de forma dolosa²¹⁶.

2.2.5 *O autor por trás do autor, o princípio da própria responsabilidade e a responsabilidade stricto sensu*

No geral, as maiores objeções à autoria mediata pelo domínio por organização se referem ao fato de que tanto o homem da frente como o de trás são penalmente responsáveis a título de autoria. Portanto, em razão da autoria mediata na modalidade “autor por trás do autor”.

O argumento é que a partir do princípio da responsabilidade *stricto sensu* o homem de trás só pode ser intitulado autor se o homem da frente não for penalmente responsável. Afinal, considera-se uma contradição em termos, o executor ser ao mesmo tempo livre e não livre²¹⁷.

As concepções apresentadas por Beatriz Corrêa Camargo, Mañalich e Jakobs são representativas disso. Os três autores defendem ideias incompatíveis com “o autor por trás do autor”²¹⁸ e, por consequência, com o domínio por organização. Por todos, assim Jakobs apresenta suas razões:

²¹⁶ BOLEA BARDON. *Autoría mediata en derecho penal*. P. 168.

²¹⁷ “Los partidarios del “principio de responsabilidad” sostienen que la posibilidad de admitir autoría mediata termina allí donde el instrumento es en sí mismo autor plenamente responsable. Se argumenta que un mismo ordenamiento jurídico no puede, sin entrar en contradicciones, calificar, por un lado, al ejecutor material como autor libre y, por otro, considerar su comportamiento como dominado por el hombre de detrás, es decir, como no libre. Con esta clase de argumentaciones se pone de relieve que en materia de autoría y participación a menudo se confunden los presupuestos que fundamentan la responsabilidad, es decir, la tipicidad fundamentadora, con la consecuencia jurídica, o sea, la responsabilidad penal.” BOLEA BARDON, Carolina. *La autoría mediata en algunos supuestos de error*. RDPCR. 2003. 2ª Época, núm. 12. P. 16/17.

²¹⁸ É digno de nota que embora Beatriz Corrêa Camargo e Mañalich rechacem o “autor por trás do autor”, em algumas situações parecem admitir o que se convencionou denominar de imputação extraordinária, na qual se reconhece a autoria do homem de trás mesmo se o homem da frente for parcialmente culpável. Para melhor compreensão do instituto: “Começamos pelos casos de *imputação ordinária*. Aqui, o primeiro nível da imputação se refere à capacidade de ação. Esse critério expressa, na formação do injusto, a capacidade individual de realizar intencionalmente o que a norma requer. A imputação pela capacidade de ação se verifica nas hipóteses em que a pessoa dispunha, na situação concreta: (i) de condições físicas no sentido de controlar os movimentos do próprio corpo; e (ii) de condições cognitivas para fazer o que a norma requer ou permite relativamente ao conhecimento dos fatos e das circunstâncias relevantes para o suposto fático da norma. [...] O segundo nível de responsabilização

Tampouco é necessário que essa autoria mediata exista, posto que a produção com outras pessoas responsáveis pode constituir, por sua vez, se se dá um nível suficiente de participação na configuração, (co) autoria. O chefe do bando que o é não apenas nominalmente é (co) autor, e por isso não há necessidade alguma de convertê-lo artificialmente em autor mediato pelo desvio do domínio de aparelhos organizados de poder. Para mencionar o exemplo mais atual: os membros do Conselho Nacional de Defesa da extinta República Democrática Alemã não foram autores mediatos – como disse o Supremo Tribunal Federal Alemão – das mortes na fronteira de cidadãos que iam para a República Federal da Alemanha, mas co-autores.²¹⁹

Sem adentrar nas objeções específicas ao domínio por organização²²⁰, é importante destacar que o rechaço de Jakobs à autoria mediata, na vertente “autor por trás do autor”, é bem recebido por boa parte da doutrina, sobretudo a mais afeta ao modelo normativista, do qual Jakobs é um dos maiores expoentes. Igualmente, não se deve deixar de sublinhar que a solução da coautoria conta com destacados juristas²²¹.

individual se refere à capacidade de motivação do agente. Neste nível, a imputação definitiva de responsabilidade pelo injusto no âmbito da culpabilidade é suspensa nas hipóteses: (i) do desconhecimento da norma pelo destinatário como razão válida para sua motivação; e (ii) da falta de orientação psíquica necessária para efetivação dessa motivação no sentido da compreensão do caráter ilícito do ato e autodeterminação para agir conforme essa compreensão. [...] Todavia, o Direito Penal também conhece casos de imputação apesar do fato de o indivíduo não ser capaz de transformar em ação a intenção devida no momento relevante. São os casos de *imputação extraordinária*. Como expressa a terminologia empregada Hruschka, tais hipóteses de imputação ocorrem de forma excepcional, com estruturas e justificativas distintas dos casos ordinários de imputação, embora análogas a esses. Nestes termos, a expectativa de que a pessoa reconheça a norma como razão válida para agir não se restringe à capacidade atual de formar e realizar a intenção conforme a norma no momento decisivo para a causação do resultado. Tal expectativa pode se estender a momentos anteriores, desde que tivesse sido possível ao sujeito assegurar essa capacidade no momento relevante. [...] A imputação extraordinária se deixa conceituar, assim, como imputação subsidiária em relação à imputação ordinária. Ela ocorre excepcionalmente nas hipóteses em que o sujeito não tivera a capacidade de ação e de motivação necessárias no momento relevante à evitação intencional exigida pela norma, vale dizer, o momento do fato proibido. O fundamento da responsabilidade do indivíduo pelo desconhecimento, situação ou defeito que exclui a imputação ordinária deriva de regras com caráter distinto das regras ordinárias de responsabilização. No entanto, a imputação extraordinária ocorre analogamente à ordinária tanto em primeiro nível de imputação relativamente à capacidade da ação, quanto em segundo nível no tocante à capacidade de motivação. [...] O princípio é em todo caso o mesmo, que apenas ações livres podem ser imputadas ao sujeito. Desta sorte, a possibilidade de imputar a realização, não livre, do objeto de proibição da norma, depende, a seu turno, da capacidade de ação e motivação do próprio sujeito de poder ter evitado, na situação concreta, as circunstâncias ou condições que determinaram a referida falta de liberdade. A conduta devida neste caso remonta não a uma obrigação primária de comportamento, e sim se deve à lesão de uma regra secundária, uma “*obligenheit*” no sentido de uma incumbência necessária à realização da obrigação primária.” CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 149/153.

²¹⁹ JAKOBS. **Crítica à teoria do domínio do fato**. P. 39.

²²⁰ A questão é objeto do tópico 3.1.3.

²²¹ “En la doctrina se presentan como firmes defensores de la solución de la coautoría, para resolver la cuestión de la responsabilidad de los intervinientes en la comisión de un delito en el seno de un aparato de poder, en Alemania, Ambos, Langneff en los casos de “urgente” ejecución del hecho, Lesch, Jakobs, Jescheck, Otto, Ranft, Samson, Weber, en España, Conde- Pumpido, Ferré Olivé aunque sólo bajo determinadas premisas, Marín de Espinosa, Muñoz Conde, Quintero Olivares salvo en las “auténticas organizaciones criminales” y Tasende Calvo; y en América latina, entre otros, García Vitor, Rigui/Fernández y Velásquez Velásquez.” IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 249/250. Além disso, acrescente-se MAÑALICH, Juan Pablo. Intervención “organizada” en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 163. Ano. 28. P. 239/264. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020. Inclusive, em 2015, em um Congresso na Universidade de Barcelona, a professora Bolea Bardon mudou seu entendimento, no qual caberia a autoria mediata, para o da correção da coautoria. (BOLEA BARDON, Carolina. **El autor tras el autor (autoría**

Entretanto, lembre-se que a coautoria pressupõe uma paridade de condições entre os agentes - circunstância inexistente no grupo de casos em que há divisão de funções vertical. Em razão disso, parece ser mais acertada a doutrina que indica a solução da instigação²²². Principalmente, porque não desconsidera normativamente a estrutura vertical (um homem de trás e um homem da frente) responsável por desencadear o resultado típico.

Nesses termos, os defensores da solução da instigação se mostram coerentes com as premissas do princípio da responsabilidade e posicionam o homem de trás como mero partícipe, imputando-lhe uma lesão secundária de respeito à norma.

No entanto, uma questão se coloca: o princípio da responsabilidade *stricto sensu*, nos moldes tratados por Gallas, é inquestionável, intransponível e decorre do princípio da autorresponsabilidade? Ou trata-se de um critério desenvolvido para auxiliar na compreensão do instituto jurídico da autoria mediata?

Não se deve contestar que a dogmática penal sempre estará desatualizada frente aos inovadores métodos de criminalidade. De modo mais abrangente, a linguagem, por mais que tente, não descreve a vida com toda as suas nuances, senão só consegue relatar uma paupérrima fração do todo. Ao homem, cuja consciência pesa o conhecimento de que é limitado por natureza, não pode ser conferida a faculdade arbitrária de negar a realidade, independentemente de como seja sua configuração.

Desta forma, reconhece-se que o autor mediato, diferente do instigador, se relaciona com o fato e com o executor. Enquanto, no instituto da instigação há tão somente um vínculo com o autor imediato; o delito *per se* está fora da esfera organizacional do homem de trás. É dizer, a execução não depende de sua autonomia, o que a lógica jurídica reconhece pela vigência do princípio da acessoriedade da participação à autoria. Igualmente, Schünemann conclui que “o instigador submete-se completamente à decisão do outro, não domina, então, ele, mesmo o acontecimento, o que todavia, justamente o faz o homem-de-trás”²²³.

Tudo isso significa dizer que, no menos, o instituto da autoria mediata é aviltado caso passe a se considerar como instigação os casos em que o executor tenha a responsabilidade atenuada. Assim, tratar como instigação manifestações evidentes de autoria mediata é privilegiar o princípio da responsabilidade *stricto sensu* em detrimento da realidade.

y participación en aparatos organizados de poder). Ponencia presentada em la 2ª sesión del I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito. Univ. de Barcelona. 29/30 mayo. 2015.

²²² CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas.** P. 296.

²²³ SCHÜNEMANN, Bernd. A figura jurídica do “autor por trás do autor” e o princípio dos níveis do domínio do fato. P. 153.

Entende-se, logo, que o princípio da responsabilidade *stricto sensu*, assim como manejado por Gallas²²⁴, não é absoluto ou inquestionável, bem como não passa de um critério já obsoleto de auxílio à autoria mediata.

Com efeito, Roxin não só não discorda como também repercute com certa admiração a afirmação de Frisch no sentido de que o princípio da responsabilidade é muito pouco questionado e elaborado²²⁵.

De fato, o princípio da responsabilidade *stricto sensu* parece ser pouco elaborado. Mas, parece ser um exagero dizer que é pouco questionado. Na jurisprudência germânica, há muito o princípio perdeu prestígio e deixou de ser aplicado de forma rígida. Desde o famoso caso do Rei Felino²²⁶, o BGH consolidou o entendimento de que o “§ 25. 1 StGB não obriga desde logo a um entendimento tão estrito do conceito de autoria mediata como o que se deriva do princípio da responsabilidade”²²⁷.

Posteriormente, não foram poucas vezes que o BGH flexibilizou o princípio v.g. os casos dos atiradores do muro²²⁸ e da interrupção do tratamento²²⁹. Não obstante, até o Supremo Tribunal Espanhol, que se mostra defensor do princípio da responsabilidade, já o flexibilizou no caso dos danos à comunidade cigana²³⁰.

²²⁴ Relembre-se que segundo Gallas “el dominio del hecho mediante la utilización de outro como instrumento encuentra su límite allí donde el Derecho valora al autor inmediato como libre y, por tanto, como persona responsable.” GALLAS, W. “Täterschaft und Teilnahme” **Materialien zur Strafrechtreform, 1. Band**, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954. P. 121-153. Apud: IBÁÑEZ, Eva Fernández. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 29.

²²⁵ FRISCH, comentário de H. SCHUMANN “Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen”, en *JZ*, 1988, p. 655. Apud: ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 664/665.

²²⁶ O caso do Rei felino tornou-se bastante paradigmático porque foi a primeira vez em que o BGH aplicou a fórmula do “autor por trás do autor”. Relata-se que R, H e P viviam em um relacionamento peculiar, “impregnado de misticismo, conhecimentos aparentes e crenças errôneas”. H, com ajuda de P, convence R que existe um Rei Felino que incorporava o mau e ameaçava o mundo. Em um determinado momento H disse a R que o Rei Felino destruiria o mundo se não lhe fosse feito um sacrifício. Deveria ser retirada a vida de uma mulher com as características de N. H, ainda, convenceu R que se não sacrificasse a vida de N, o Rei Felino colocaria fim à vida na Terra. Embora R tenha procurado justificativas para não praticar o delito, nenhuma logrou êxito. “H e P manifestaram que o quinto mandamento não valia para ele, “que se tratava de uma missão divina e tinha que salvar a humanidade”.” R considerando que toda a humanidade estava em jogo, decidiu tirar a vida de N. Por fim, felizmente, R ficou só na tentativa de homicídio. Assim, R, autor imediato, atuou em erro de proibição evitável ao crer que sua conduta não ostentava a pecha da ilicitude, o que poderia ter sido elidido pelo agente por uma diligência razoável. H e P, por outro lado, são autores mediatos. BGHSt 35,347. SCHÜNEMANN. A figura jurídica do “autor detrás del autor” e o princípio dos níveis do domínio do fato. *Passim*.

²²⁷ ““El § 25.1 StGB no obliga desde luego a un entendimiento tan estricto del concepto de autoría mediata como el que se deriva del principio de responsabilidad”” (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 573.

²²⁸ (BGHSt, 40, 218), Sala V de 26 de julho de 1994.

²²⁹ (BGHSt, 40, p. 257) Sala I de 13 de setembro de 1994.

²³⁰ “En este sentido, cabe destacar la comentada sentencia de 2 de julio de 1994 (A. 6416, Ponente: Bacigalupo Zapater) [...] “En estos supuestos una parte muy significativa de la doctrina ha considerado la posibilidad de la autoría mediata sobre la base de la figura del “autor detrás del autor”, caracterizada por la posibilidad de la autoría en ciertos casos en los que el autor inmediato de la acción típica es también plenamente responsable””. IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 37. Mais detalhes do caso, no tópico 3.1.1.

A doutrina alemã tampouco deixou de questionar o princípio da responsabilidade, são críticos Bottke²³¹, Brammsen²³², Freund²³³, Küper²³⁴, Langneff²³⁵, Randt²³⁶, Sax²³⁷, Schild²³⁸, Schmidhäuser²³⁹, Schroeder²⁴⁰ e Stein²⁴¹. Sobretudo, em razão de sua problemática aplicação no grupo de casos em que a responsabilidade do agente é parcial²⁴².

Superada tal questão, ainda se faz necessário compreender se a repercussão do rechaço ao princípio da responsabilidade afeta, reflete ou macula de algum modo o princípio da própria responsabilidade.

Em primeiro lugar, malgrado os nomes sejam bastante similares, os princípios não se confundem. O “princípio da própria responsabilidade ou da autorresponsabilidade” (*Prinzip der Selbstverantwortung oder Prinzip der Eigenverantwortlichkeit*) se refere a um aspecto da relação do Estado com o indivíduo. É o reverso lógico da autonomia²⁴³.

Bloy elaborou uma fórmula na qual está inserida uma noção que subjaz todos os desenvolvimentos posteriores, a saber, “o "princípio de responsabilidade própria" impediria a existência de uma "responsabilidade geral pelas ações de outros"”²⁴⁴.

²³¹ BOTTKE, W. **Täterschaft und Gestaltungsherrschaft**. C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg. 1992. P. 62/64. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 35.

²³² BRAMMSEN, Unterlassungshaftung in formalen Organisationen. Pro Universitate Verlag. 2000. P. 130 Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 35.

²³³ FREUND, G. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre. Ed. Springer. Berlin, 1998. P. 348/350. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 35.

²³⁴ KÜPER. Die dämonische Macht des “Katzenkönigs” oder: Probleme des Verbotsirrtums und Putativnotstandes an den Grenzen strafrechtlicher Begriffe. **JZ**. 1989. P. 941/942, 946/949. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 36.

²³⁵ LANGNEFF, K. **Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug**. Shaker Verlag, Aachen. 2000. P. 66. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 36.

²³⁶ RANDT, K. **Mittelbare Täterschaft**. P. 19, 29/30, 37, 46, 49, 53, 55, 57, 58, 97, 114. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 36.

²³⁷ SAX, W. Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission. **ZStW**. 1957. P. 434/438.

²³⁸ SCHILD, W. Täterschaft als Tatherrschaft. Walter de Gruyter, Berlin. 1994. P. 15/17. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 36.

²³⁹ SCHMIDHÄUSER, E. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil. **Lehrbuch**. 1975. P. 14/39. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 36.

²⁴⁰ SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**. P. 71 e 99.

²⁴¹ STEIN, U. **Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre**. Duncker & Humblot. Berlin. 1998. P. 200/298. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 36.

²⁴² Nesse sentido: SCHÜNEMANN. A figura jurídica do “autor detrás del autor” e o princípio dos níveis do domínio do fato. *Passim*. BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 155/158.

²⁴³ IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 21.

²⁴⁴ “La idea principal, que subyace en todas ellas ha sido reflejada con claridad, por destacar una formulación, por parte de BLOY, al insistir en que el “principio de propia responsabilidad” impediría la existencia de una “responsabilidad general por el actuar ajeno”.” BLOY, R. **Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht**. P. 438. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 21.

Não obstante, a fórmula mais conhecida é a desenvolvida por M. E. Mayer, cujo conteúdo é que a pessoa é responsável frente ao direito, não pelo que quer, mas pelo que faz e não pelo que alguém faz, mas pelo que ela faz²⁴⁵.

Ademais, para Schumann “a consequência mais evidente do princípio de autorresponsabilidade consiste em limitar o escopo de responsabilidade de cada um ao próprio agir de cada sujeito”²⁴⁶.

Atualmente, a concepção mais seguida e prestigiada é a do professor de Bonn, Gunther Jakobs, segundo a qual o princípio responsável por configurar toda a noção de liberdades em uma sociedade é o da autorresponsabilidade, no sentido de que cada um deve responder pelos riscos não permitidos oriundos de sua esfera organizativa²⁴⁷. A partir disso, um leque teórico foi desenrolado, conforme expõe Eva Fernandes Ibáñez:

RENZIKOWSKI deduz da separação das esferas jurídicas que cada um é o único responsável pelas consequências resultantes da organização de sua própria esfera, posta em marcha por meio de uma ação. O “princípio da responsabilidade própria” se opõe então a toda transferência de responsabilidade a uma pessoa distinta. Das “esferas de responsabilidades” neste âmbito também falam na doutrina espanhola, entre outros, BALDÓ LAVILLA, BOLEA BARDÓN, CANCIO MELIA, FEIJÓO SÁNCHEZ, PEÑARANDA RAMOS e ROBLES PLANAS, no sentido de que essa ideia de responsabilidade pessoal não será refletida apenas “na responsabilidade que o sistema jurídico exige daqueles que violam as normas jurídico penais, senão também deve ter um impacto no estabelecimento de esferas de responsabilidade quando existem vários sujeitos que intervêm em um fato”. Desta maneira, o “princípio de responsabilidade própria” afirmará “que alguém é única e exclusivamente responsável pelo que é legalmente atribuído à sua própria esfera de organização e não à de outra pessoa”. Assim, na separação dessas esferas de responsabilidade, sejam elas “primárias” ou “secundárias”, não só se atenderá a regulamentação legal, senão será essencial “relacionar critérios regulatórios derivados dos princípios da autonomia individual e da responsabilidade própria”. Desse princípio de responsabilidade “pelo próprio comportamento organizador”, ademais, serão traçadas consequências “tanto para a teoria da comissão quanto para a teoria da omissão, para a teoria da autoria, para a teoria das causas de justificação etc.”²⁴⁸

²⁴⁵ “cabe acudir a la fórmula ofrecida por M. E. MAYER a finales de la década de los sesenta del siglo pasado, en el sentido de que “la persona es responsable frente al Derecho no por lo que quiere, sino por lo que hace y no por lo que otro hace, sino por lo que ella misma hace”” M. E. MAYER. *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*. 1967. P. 104. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 21.

²⁴⁶ “y, más recientemente, a la aseveración de SCHUMANN, monografista en la materia, de que la consecuencia más evidente del principio de autorresponsabilidad consiste en la limitación del ámbito de responsabilidad de cada uno al propio actuar de cada sujeto.” SCHUMANN. **Strafrechtliches Handlungsunrecht**. P. 6. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 21.

²⁴⁷ JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**: 2003. P. 11.

²⁴⁸ “RENZIKOWSKI deduce de la separación de las esferas jurídicas el que cada uno sea responsable exclusivamente de las consecuencias que resulten de la organización de su propia esfera, puesta en marcha a través de una acción. El “principio de propia responsabilidad” se opondrá entonces a todo traspaso de la responsabilidad a una persona distinta. De “esferas de responsabilidad” en este ámbito hablan también en la doctrina española, entre otros, BALDÓ LAVILLA, BOLEA BARDÓN, CANCIO MELIA, FEIJÓO SÁNCHEZ, PEÑARANDA RAMOS y ROBLES PLANAS, en el sentido de que esta idea de responsabilidad personal no sólo tendrá reflejo “en la responsabilidad que el ordenamiento jurídico exige a quienes infringen las normas jurídico penales, sino que debe tener repercusión también en el establecimiento de esferas de responsabilidad cuando son varios los

A partir da perspectiva de Renzikowski, na qual só há imputação penal diante da lesão de uma norma de conduta independente²⁴⁹, tanto o instigador como o autor mediato - para trabalhar com a estrutura vertical - só são penalmente responsáveis pelos riscos que decorrem de sua própria esfera de organização, não a de outrem. A premissa é válida ainda que, como no caso da instigação, a punição seja condicionada ao início da tentativa por parte do autor, uma vez que o fundamento da sanção não se confunde com o injusto da participação²⁵⁰.

Assim, parece correto afirmar que *a autoria mediata não é a responsabilidade pela conduta do outro, nem a obtenção da transferência normativa dos atos do autor imediato, senão é a responsabilização pela instrumentalização do outro*²⁵¹. O autor mediato é punido por um fato próprio, uma obra sua, uma conduta que lhe é peculiar. Nesta lógica, só é possível a imputação penal por autoria mediata através de uma *norma constitutiva de punibilidade* que indique, minimamente, *os critérios do ato instrumentalizador*.

A instrumentalização, no entanto, não pressupõe falta de responsabilidade do executor. Este elemento é tão somente efeito colateral da espécie de autoria mediata presente no caso concreto, podendo ou não estar presente²⁵².

sujetos que intervienen en un hecho” . De este modo, el “principio de propia responsabilidad” afirmará “que alguien responda única y exclusivamente por aquello que jurídicamente se le atribuya a su propia esfera de organización y no a una ajena”. Así, en la separación de estas esferas de responsabilidad, sean “primarias” o “secundarias”, la regulación legal, sino que devendrá imprescindible “poner en relación criterios regulativos derivados de los principios de autonomía individual y de propia responsabilidad”. Desde este principio de responsabilidad “por el propio comportamiento organizador”, además, se extraerán consecuencias “tanto para la teoría de la comisión como para la teoría de la omisión, para la teoría de la autoría, para la teoría de las causas de justificación, etcétera”.” (tradução livre). IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 22.

²⁴⁹ “Para fundamentar a punibilidade dos cúmplices e dos instigadores, é necessária uma norma de comportamento autônoma, que abarque a conduta dos partícipes. [...] Sob a perspectiva de um conceito restritivo de fato, a autoria mediata (§ 25 item 1, 2. alternativa. StGB) é uma figura de imputação. A conduta do homem de trás não preenche, em si, o tipo de um delito de lesão.” RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação. P. 106/107.

²⁵⁰ “a questão acerca do injusto da participação é lançada em conjunto com o fundamento da sua punição. Por conta da distinção entre normas de comportamento e normas de sanção, as perguntas devem ser, entretanto, separadas.” RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação. P. 106/107. Para Robles Planas, “Según RENZIKOWSKI el propio desvalor de la participación no depende si el autor comete o no realmente el delito. Si así ocurre, con ello solo, se confirma el potencial del peligro de la acción de participación, sin embargo, la infracción de la norma de conducta que fundamenta la antijuricidad de la participación debe distinguirse de la pregunta por su punibilidad.” ROBLES PLANAS, Roberto. **La participación em el delito: fundamento y límites**. Marcial Pons. Madrid. 2003.

²⁵¹ “Para poder afirmar la autoría del hombre de detrás, una vez confirmada la plena responsabilidad del autor inmediato, es necesario constatar una manipulación de la situación que permita al hombre de detrás contar con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, a pesar de que otra persona haya de tomar una decisión autónoma en relación al mismo proceso lesivo.” BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 161/162.

²⁵² “El carácter de instrumento asociado con la figura de la autoría mediata, en consecuencia, deberá ir vinculado a algún otro requisito que justifique por qué determinadas instrumentalizaciones desembocan directamente en la autoría directa antes siquiera de entrar a analizar si el ejecutor actuó o no culpablemente. Coincido, en definitiva, con Hernández Plasencia en reconocer que “nos podemos encontrar (...), ante claras situaciones de instrumentalización que conforme al Derecho hacen al sujeto de delante responsable (...); es decir, que no toda

A prova da correção destes argumentos pode ser exemplificada, por excelência, em casos de erro de proibição, nos quais a resposta sobre se a responsabilidade do homem da frente é parcial ou inexistente se situa em um exame normativo sobre se o erro é ou não vencível. O ponto é, independente da resposta à pergunta, poucos podem defender que o homem de trás seja mero instigador. É dizer, presentes os demais pressupostos da autoria mediata, não é a responsabilidade do homem da frente que vai cancelar se o agente é ou não autor do fato, na espécie mediata. Dito de outro modo, antes desta avaliação, já se verifica a presença do injusto do autor mediato: *a instrumentalização*.

Roxin, aliás, arremata a discussão ao expor que a autoria mediata “não depende principalmente de determinadas qualidades do executor, senão da relação do sujeito de trás com ele e com o fato”²⁵³.

Assim, a figura da autoria mediata autor por trás do autor fragiliza o princípio da responsabilidade *stricto sensu*. Entretanto, de outro lado, reforça e confere ao princípio da autorresponsabilidade um horizonte conceitual ainda mais amplo.

A validade e correção destas premissas está no que se denomina de “perspectiva negativa” do princípio da responsabilidade *stricto sensu*, em razão da qual a autoria mediata do homem de trás é fundamentada não em sua conduta, senão pela ausência de responsabilidade

instrumentalización convierte al ejecutor en irresponsable”” IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 47.

²⁵³ “no depende principalmente de determinadas cualidades del ejecutor, sino de la relacion del sujeto detrás com él y com el hecho”. ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 664.

de outrem. Isto é, no final das contas, uma “autoria secundária”, cujo critério de verificação é de caráter “formal-negativo e acessório”²⁵⁴ – o que é incompatível com o instituto da autoria²⁵⁵.

Logo, a manutenção do princípio da responsabilidade *stricto sensu* “negligenciaria “a própria conduta que realiza o de trás” e em consequência, suporia “uma quebra intolerável do princípio da própria responsabilidade”²⁵⁶, na medida em que a classificação jurídica da contribuição ao resultado típico do homem de trás estaria condicionada a verificação da ausência de determinados elementos jurídico-penais em esferas de organização que lhe são estranhas.

²⁵⁴ “Así, según el parecer de HERNÁNDEZ PLASENCIA, el mantenimiento del principio de responsabilidad no provocaría sino que “la realización de un tipo penal por un sujeto, su autoría, (...), no dependa siquiera ya del juicio de culpabilidad que se emita sobre el mismo, sino del juicio de culpabilidad de otra persona”. La calificación del hombre de atrás tendría que retrasarse entonces hasta el momento en que se concreta si el ejecutor actúa o no de forma responsable, emergiendo una suerte de método de determinación de la autoría de carácter “formal-negativo y accesorio”. [...] Bolea Bardon, por su parte, continúa esta misma argumentación, insistiendo en que un planteamiento fiel al principio de responsabilidad tendría como consecuencia acabar fundamentando la responsabilidad del hombre de atrás en función de cómo califica el Derecho la conducta del autor inmediato. [...] BAUMANN, J., JZ (1958). Pág. 232, califica de “estéril” todo intento de determinación de la autoría mediata mediante argumentos de accesoriedad, a los que necesariamente há de llegarse cuando se condiciona el castigo como autor mediato de “sí” y “cómo” se castiga al intermediario.” IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 39/40. Em sentido semelhante, Schroeder: “Die einfachste und daher zu keinerlei Abgrenzungsschwierigkeiten führende Form der Begründung der mittelbaren Täterschaft begnügt sich mit der Feststellung, daß der Ausführenden nicht Täter sei. Aus dem bloßen Fehlen der Täterschaft beim Ausführenden wird hier bereits das Vorliegen der mittelbaren Täterschaft beim Hintermann geschlossen. Die Begründung ist somit negativ, und zwar, da sie auf das Fehlen des formalen Moments des volldeliktischen Charakters der Ausführungshandlung abstellt, formal-negativ. Die Figur des Täters hinter dem Täter ist damit schon per definitionem ausgeschlossen. Diese Theorie ist der eigentliche Schuldige für das Schlagwort von der Lückenbüßernatur der mittelbaren Täterschaft. Ihr bekanntester Vertreter ist M. E. Mayer. [...] Die Annahme mittelbarer Täterschaft bei Benutzung eines Fahrlässigen Werkzeugs wäre inkonsequent, da eine tatbestandsmäßige rechtswidrige Handlung vorliegt; Dohna scheint Nebentäterschaft anzunehmen.“ SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**. P. 26/27. e “Diese auffassung führt letztlich zu der formal-negativen Täterlehre zurück, wonach mittelbare Täterschaft dann vorliegt, wenn der Ausführende nicht als Täter strafbar ist“. SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**. P. 99.

²⁵⁵ Nesse sentido, Roxin: “Ha de rechazarse el concepto "secundario" de autor. En él se trata de intentar obtener al autor, dada la cooperación de varios, mediante un procedimiento de "sustracción": “Es autor aquel que no es partícipe”. Por el contrario, el planteamiento aquí esbozado fuerza a verificar la autoría "primariamente". La figura central del suceso consistente en acción es un fenómeno accesible a la observación directa. El rodeo (Umweg) que pasa por negar la participación lleva a extraviarse (Irrweg), pues de ningún modo cabe decir que alguien, por el simple hecho de no darse los requisitos de la inducción ni de la complicidad, tenga que ser autor. ¡Piénsese simplemente en el ocasionamiento no doloso de delitos de propia mano! La determinación conceptual secundaria llevada a la práctica consecuentemente degradaría el concepto de autor a mero cajón de sastre. Lo que para nosotros forma el punto de partida metodológico, la figura clave del suceso delictivo, se convertiría en un concepto de recogida (articulado por una simple negación y no constituido por medio de ningún criterio de contenido) para las formas de cooperación no incluíbles en otro lugar. La necesidad de un concepto primario de autor la ha destacado por ver primera LANGE, siendo hoy doctrina dominante’. Sin embargo, la posición contraria aún la defiende BOCKELMANN, quien de todos modos des- miente a medias su profesión del concepto secundario de autor, al subrayar que no ha de entenderse su opinión en el sentido de que “ahí donde no hay participación ha de haber automáticamente autoría” ". Lo único que pretende es aludir a la necesidad metodológica de que el dominio el hecho de un ejecutor —que considera como criterio de la autoría— “no debe afirmarse antes de que haya la seguridad de que no la tiene otro (en su caso, no sólo otro)”. Dominar el hecho es ante todo estar libre de dominio ajeno.” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 43/44.

²⁵⁶ “descuidaría “la propia conducta del que realiza el de detrás” y en consecuencia, supondría “una quiebra intolerable” del “principio de propia responsabilidad”.” IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 40.

Para ilustrar o argumento, imagine que I, em diferentes oportunidades, mas valendo-se de expediente idêntico, coloca em erro de proibição A, B e C - agentes com o mesmo nível econômico, acadêmico e cultural – os quais dão causa aos resultados típicos. I (homem de trás), A, B e C (homens da frente), são investigados e indiciados. Entretanto, I e A são denunciados na 1ª Vara Criminal de Capim Branco, I e B são denunciados na 3ª Vara Criminal de Belo Horizonte/MG e I e C são denunciados na 2ª Vara Criminal de Betim/MG.

Na sentença condenatória, os dois primeiros magistrados consideram que o erro de proibição foi invencível e condenam I como autor mediato; de outro lado, o terceiro considera o erro de proibição vencível e considera o I como instigador. Com efeito, independente da confusão jurisprudencial inerente à realidade brasileira, a divergência da primeira e segunda decisão com a terceira, as quais hipoteticamente se referem a condutas idênticas de I, demonstra a fragilidade de um critério (princípio da responsabilidade *stricto sensu*) que exerce o papel de auxiliar a classificação jurídica da contribuição ao injusto (autoria/participação) de um agente (homem de trás) com base na esfera jurídica de outrem (homem da frente).

Dito tudo isso, sem mais delongas, parte-se para a análise da autoria mediata no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 A autoria mediata no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme mencionado no tópico sobre a relevância e autonomia da autoria mediata, só faz sentido tratar desse instituto jurídico penal em um sistema normativo que diferencie a autoria da participação a partir de um conceito restritivo-objetivo de autor.

Ocorre que a tradição brasileira inaugurada pelo Código Penal de 1940 e, no essencial, endossada pela grande reforma de 1984, é partidária de um sistema unitário e um conceito extensivo de autoria. A título de comparação, de modo distinto, o Código Penal Alemão (StGB) adotou um sistema diferenciador e um conceito restritivo de autor. Não obstante, é verdade que o “microsistema” de autoria e participação brasileiro não impede a adoção deste sistema mais restritivo, aliás até apresenta indícios de sua adoção.

Deste modo, imprescindível é em primeiro lugar avaliar a compatibilidade de um conceito restritivo de autor com o ordenamento jurídico brasileiro. Depois, deve-se identificar os dispositivos penais da parte geral que regem o tratamento da autoria mediata, de forma a localizar um norte de orientação legal à aplicação da teoria do domínio por organização no Brasil.

2.3.1 *A superioridade do sistema diferenciador e o conceito restritivo de autor no ordenamento jurídico brasileiro*

O StGB prescreve que autor é quem comete o fato por si mesmo ou por meio de outrem, bem como que é punido como coautor se vários cometem o fato conjuntamente²⁵⁷. Não há margem à dúvida sobre as figuras da autoria imediata (comete o fato por si mesmo), mediata (por meio de outrem) e coautoria (vários cometem o fato em conjunto). De modo que a autoridade jurisdicional alemã, durante o ato de prolatar a decisão condenatória, indica o dispositivo legal correspondente à natureza da contribuição do agente ao resultado típico. Isso só é assim em território germânico porque se trata de um sistema normativo que proporciona, no âmbito da teoria do delito, a distinção entre as espécies de autoria e de participação.

O Código Penal Brasileiro, entretanto, prevê, em seu artigo 29, que quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Ao contrário do alemão, o juiz brasileiro, em sua decisão condenatória, não precisa responder por qual espécie de contribuição ao crime que o agente está sendo condenado, basta indicar que concorreu e como o fez, do ponto de vista causal, vez que todos são considerados autores. Assim, adotou-se um sistema unitário e um conceito de autor extensivo²⁵⁸.

O artigo 29 do CP é central na sistemática do concurso de pessoas. Mas, há argumentos dogmáticos com embasamento constitucional e legal que flexibilizam este sistema unitário, tornando-o simpático a um diferenciador. Antes, no entanto, de se apresentar tal fundamentação, deve-se explicar, minimamente, a razão pela qual entende-se a proposta diferenciadora superior à unitária.

A tradição brasileira anterior ao Código Penal de 1940 adotava um sistema que diferenciava a autoria e a participação²⁵⁹. Entretanto, o regramento de 1940 rompeu com este modelo para adotar o unitário, com um conceito extensivo de autor. Os argumentos da doutrina brasileira, em favor da mudança, além de pragmáticos e superficiais²⁶⁰, eram críticas ao modelo diferenciador.

²⁵⁷ Vide nota de rodapé n. 76.

²⁵⁸ GRECO, TEIXEIRA. *Autoria como realização do tipo*. P. 70.

²⁵⁹ CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 70/75.

²⁶⁰ A doutrina alemã, entretanto, aprofunda sobremaneira a discussão sobre o sistema unitário e o conceito extensivo de autor. Para aprofundamento: LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. Trad. par. Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.; JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**: 2003.

Acusou-se que a distinção entre autor e partícipe mais confunde do que auxilia a atividade jurisdicional²⁶¹. Portanto, a adoção de um conceito de autor hábil em abarcar todos os aportes ao resultado típico sob o mesmo rótulo facilitaria a prática judiciária.

De fato, conforme Alaor Leite e Luís Greco, a simplicidade de uma teoria é sempre um bom argumento²⁶². A autoridade judicial, sobretudo a brasileira, convive com um número altíssimo de ações a serem decididas, de forma que, qualquer modo, de tornar mais dinâmica sua atividade lhe é bem-vinda.

Entretanto, trata-se de um fundamento de natureza pragmática, não suficiente por si só. É imprescindível um argumento a mais, algo que realmente indique o substancial ganho dogmático em sua aplicação.

Poderia se afirmar que o sistema unitário é superior ao diferenciador porque nele a impunidade é reduzida²⁶³, ou seja, aumenta a esfera de proteção da vítima. Isto porque o princípio da acessoriedade, presente na maioria dos sistemas diferenciadores, amiúde abre lacunas de punibilidade.

Com efeito, o argumento não poderia estar mais equivocado. Punir mais não significa punir certo, nem melhor, por isso, tampouco contribui para a finalidade preventiva geral da pena.

Luis Greco e Alaor Leite ainda objetam o argumento repressivo sob o fundamento de que o direito penal é fragmentário. Assim, não só é natural a existência de lacunas de punibilidade, senão o Estado deve respeitá-las enquanto mantiverem nessa situação²⁶⁴.

Outro ponto é que, conforme relatado na exposição de motivos da Lei n. 7.209, o qual alterou a parte geral do Código Penal, a doutrina pediu a distinção entre autoria e participação em razão da existência de decisões pouco razoáveis. Mas, o máximo que conseguiu foi a

²⁶¹ Nesse sentido, Ferraz: “O Código Penal de 1969 manteve sua posição, deixando claro a exposição de Motivos do Ministro Gama e Silva que “a aplicação da fórmula unitária do código vigente não pode ser censurada”, pois tem a seu favor “a grande simplicidade no estabelecimento de critérios, grandemente debatidos, quando se procura distinguir entre autoria e participação e entre cumplicidade primária e secundária.” FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. P. 34/35. Também o saudoso Dotti: “o velho diploma pretendeu estabelecer uma relação exaustiva dos casos de autoria e participação. Mas o elenco de hipóteses não esgotaria as modalidades vertentes do cotidiano, posto não ser possível àquele esquema abstrato aprisionar a realidade em todos os matizes do comportamento humano dirigido à produção do delito” Dotti, Rene Ariel. O concurso de pessoas. In: *Ciência Penal*, n. 1, 1981, p. 80. Apud: CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 229. No mesmo sentido: HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo II. 5ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. P. 411.

²⁶² GRECO, LEITE. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. *Autoria e Participação no projeto de Código Penal (PLS 236/2012)*. P. 175/176.

²⁶³ A exposição de motivos do código de 1969 “justifica a opção feita pelo legislador acentuando que “o sistema unitário, que se inspira em razões de política criminal, visando a mais eficiente repressão”. FERRAZ. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. P. 57.

²⁶⁴ GRECO, Luís. LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. P. 175.

introdução do enxerto “na medida de sua culpabilidade” no final do artigo 29 do Código Penal. É dizer, manteve-se o sistema unitário, embora com uma possibilidade de diferenciação pela autoridade jurisdicional no ato da dosimetria da pena.

O preocupante é que o fato de o direito penal ter como objeto central a pena, não significa que as considerações sobre seu merecimento sejam bem recebidas no debate sobre a teoria da autoria. Nesse sentido, lembre-se a lição de Renzikowski segundo o qual o fundamento da sanção é diferente de injusto da autoria e participação. Portanto, deve se ter claro que a dosimetria da pena pressupõe que a autoridade judicial já tenha analisado e definido se o agente é autor ou partícipe; são diagnósticos que não se misturam.

Não obstante, ao determinar, no artigo 29, CP, que o juiz deve considerar a distinção dos aportes na pena, o legislador atribui à autoridade jurisdicional uma quase ilimitada discricionariedade, a qual é responsável, sobretudo, por comprometer o conteúdo das normas de orientação²⁶⁵. O resultado disso é o fato de que o Estado deixa de dar comandos claros²⁶⁶. Além disso, há de se observar que:

a opção monista de se deixar para o juiz a tarefa de estabelecer a pena-base, conforme o grau de participação do agente, simplesmente não se mostra uma alternativa adequada diante da realidade brasileira. Grande parte dos magistrados têm se mostrado muito aquém no cumprimento da tarefa de individualização da pena, realizando, conforme demonstra Guilherme de Souza Nucci, uma "política da pena mínima" com a finalidade de se desincumbir de um ônus argumentativo. Isso significa que a tendência na magistratura de aplicar sistematicamente a pena mínima prevista em lei para todos os casos que lhe chegam em mãos inviabiliza qualquer possibilidade de realização da justiça material almejada pelo sistema estabelecido em 1984.²⁶⁷

Finalmente, o princípio da legalidade é o fronte que mais dano causa à defesa do sistema unitário e do conceito extensivo de autor²⁶⁸. Luís Greco e Alaor Leite sublinham que este modelo conduz a uma “redução a pó dos tipos penais, em desprezo ao *princípio da legalidade*, já que emprestar a arma seria ação típica de “matar alguém” (art. 121, CP) tanto quanto efetuar com as próprias mãos disparos mortais.”²⁶⁹

Dito tudo isto, sem olvidar de outros argumentos não citados pelo restrito espaço²⁷⁰, a superioridade do modelo diferenciador parece restar evidente, o que realça o fato de que a

²⁶⁵ CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas*. p. 230

²⁶⁶ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 41/46.

²⁶⁷ CAMARGO. *A teoria do concurso de pessoas*. p. 230.

²⁶⁸ Para aprofundamento: BRANDÃO, Claudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Ed. Forense. 2002.

²⁶⁹ GRECO, LEITE. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. p. 177/178.

²⁷⁰ Segundo Greco e Leite: “São várias as pechas atribuídas à concepção unitária, e cabe aqui apenas enunciá-las: a) a unificação a fórceps de contribuições material e qualitativamente distintas, rechaçada mesmo na linguagem cotidiana, o que é problemático tanto segundo o *princípio da igualdade, como da culpabilidade*.; b) a proximidade com o direito penal de autor, decorrente sobretudo de uma aposta, cínica ou ingênua, na pouco desenvolvida teoria

adoção e a manutenção do sistema unitário é um equívoco do legislador brasileiro. O consolo é que na legislação nacional há espaço para a defesa e o acolhimento de um sistema diferenciador e um conceito restritivo de autoria.

A distinção entre autor e partícipe no direito penal amplia a margem de atuação dos princípios constitucionais da legalidade, isonomia e proporcionalidade. Isso repercute positivamente na construção de uma sociedade democrática, na qual seus integrantes compreendam a importância de se orientar conforme uma norma penal, cujo fim é informar objetivamente quais condutas devem ser evitadas para se resguardar os bens jurídicos penalmente tutelados. Assim, promovendo um maior esforço na cotidiana luta pela concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

A correção de tais premissas se verifica na medida em que em relação ao raio de tutela penal estatal, o acolhimento de uma teoria unitária ou uma diferenciadora é praticamente indiferente²⁷¹. Ambas conduzem a resultados muito semelhantes, mas de forma distinta²⁷², o que faz muita diferença quando se trata de uma ciência jurídica desenvolvida, sobretudo, por razões.

O ponto chave é que a teoria diferenciadora, diante do campo de proteção penal, classifica e organiza as formas de contribuição ao resultado típico, elencando fundamentos, conceitos e critérios. Deste modo, a comunicação entre norma penal e destinatário se dá de forma linguisticamente racional e bem delineada. O cidadão, compreendendo melhor seus limites de atuação, é reconhecido como igual e sujeito de direitos. É a real submissão do poder às razões²⁷³.

Pelo contrário, o modelo unitário facilita a atividade da autoridade jurisdicional. Isso seria até legítimo se os prejudicados não fossem justamente o instituto pelo qual o Estado orienta o particular (a norma penal), a garantia de limitação do atuar punitivo estatal (o princípio da legalidade), e o fim último de tutela de um Estado de Direito (o cidadão).

da determinação judicial da pena; c) a sufocadora *impossibilidade de distinguir entre atos preparatórios e tentativa punível*, já que todas as contribuições causais (entregar a arma ao autor, cf. acima) são consideradas, de maneira equivalente, como “típicas”;”. GRECO. LEITE. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. P. 177/178.

²⁷¹ Em que pese o modelo unitário alargar um pouco os limites da atuação repressiva.

²⁷² Conforme destaca Roxin, não é porque um método é errado que determinada solução dada por ele será consequentemente equivocada, é dizer, “un mismo punto de partida metodológico a menudo conduce a resultados contrapuestos o una solución igual en cuanto a los efectos prácticos puede obtenerse a partir de fundamentos absolutamente distintos”. ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 49.

²⁷³ GRECO, Luís. Dogmática e ciência. P. 25.

Ademais, ainda em solo constitucional, a tese da possibilidade de adoção de um modelo restritivo é reforçada porque o constituinte originário, no artigo 5º, XLIII, CF²⁷⁴, oportunidade na qual impôs maior rigor aos crimes hediondos e os a eles equiparados, determinou expressamente a responsabilidade dos mandantes, executores e dos omissos. Muito embora, o termo “mandante” não seja técnico²⁷⁵, o valioso aqui é o reconhecimento constitucional da diferenciação dos aportes²⁷⁶ enquanto unidade de sentido *per si*, porque tratado sem considerações sobre o merecimento de pena.

Superadas as observações constitucionais, as atenções devem ser voltadas para o Código Penal e seu “microsistema” de autoria (e participação?). Não obstante, destaca-se as aspas porque um sistema usual pressupõe uma coerência interna, o que não se localiza no Código Penal. Há na verdade um sincretismo metodológico²⁷⁷. Veja-se:

Em um primeiro momento, o *caput* do artigo 29, CP, consagra a equivalência das contribuições causais. Mas, posteriormente, autoriza o juiz a diferenciar os aportes. Em seguida, o §1º do art. 29, CP, apresenta a obscura figura da participação de menor importância²⁷⁸, indicando um intento diferenciador²⁷⁹, embora ainda vinculado a questões de merecimento de pena.

O artigo 30, CP, que cuida das circunstâncias incommunicáveis, é condizente com um sistema unitário na medida em que iguala as condições entre *extraneus e intraneus*²⁸⁰. Por fim, o artigo 31, CP²⁸¹, ao positivizar o princípio da acessoriedade, não só reconhece o instituto da participação, mas também a dependência dela com a autoria, o que é partidário de um sistema diferenciador. Dessa forma, parece ser autoevidente que o referido “microsistema” não se posiciona como deveria, senão serve a ambos os intuitos.

²⁷⁴ XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

²⁷⁵ Conforme observam Luís Greco e Alaor Leite ao que parece Damásio de Jesus foi quem introduziu o termo “mandante” no vocábulo jurídico brasileiro ao mencioná-lo em sua obra: JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. São Paulo: Saraiva, 2002. Vide: GRECO; LEITE. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. P.21/22.

²⁷⁶ Destaque-se também que o artigo 6º da Lei 4729/65, de modo até mais técnico que CF, reconhece a diferença entre as contribuições, veja-se: “Quando se trata de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta Lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal.”

²⁷⁷ GRECO. **Autoria como domínio do fato... Passim.**

²⁷⁸ § 1º, do art. 29, CP, - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

²⁷⁹ O §2 do art. 29, CP, apresenta questões afetas ao elemento subjetivo no concurso - irrelevantes para a investigação.

²⁸⁰ GRECO. TEIXEIRA. **Autoria como realização do tipo**. P. 78.

²⁸¹ Art. 31, CP - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

De fato, o quadro normativo brasileiro é lamentável. Mas, até que se reforme o tratamento legal do concurso de pessoas²⁸², a doutrina deve assumir o ônus de (tentar) sistematizar este “microsistema”. Entretanto, poucos foram os autores que se debruçaram com afinco sobre este problema em particular, senão a maioria se reservou a dar a notícia da possibilidade de aplicação sem, contudo, expor seus fundamentos²⁸³.

Com efeito, um autor que enfrentou a temática foi Nilo Batista. Em uma análise comparativa entre os artigos 13 e 29 do Código Penal²⁸⁴, o professor observa que tendo em vista que o primeiro dispositivo legal prescreve que só é imputável quem der causa ao resultado de que depende o crime, o segundo seria “menos do que dispensável”²⁸⁵. Afinal, a primeira parte do artigo 13, CP “teria força de expansão lógica suficiente para impedir que contribuições não-causais pudessem envolver responsabilidade criminal em hipóteses de execução coletiva de um crime de resultado”²⁸⁶.

Já na segunda parte do dispositivo, onde se adota a teoria da equivalência dos antecedentes, “se consagra uma forma peculiar de conceber a causalidade, que deverá ser empregada sempre – e apenas – nos estritos limites em que o princípio causal funciona.”²⁸⁷

A partir disso, Nilo Batista argumenta que em uma interpretação, conforme o princípio da legalidade, a expressão “de qualquer modo” do artigo 29, CP, não pode ir além do tipo penal e “não deve ser concebida como sinônima de “qualquer que seja o nível da eficiência causal”, porque estaria ou contrariando o postulado básico da teoria da equivalência dos antecedentes, ou reduzindo-se a inútil redundância”²⁸⁸.

Nilo Batista, então, propõe a reconstrução do artigo 29 do CP “em conjunto com os tipos da parte especial e os demais dispositivos que prevejam formas de participação”²⁸⁹. Isso

²⁸² Recomenda-se a leitura da proposta de: GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. **Parte Geral do Código Penal**: uma proposta alternativa para debate. Versão revisada e ampliada. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

²⁸³ Por exemplo, Juarez Cirino dos Santos se limita a dizer que: “A lei penal brasileira adota, ainda, a teoria unitária de autor, mas a introdução legal de critérios de distinção entre autor e partícipe transforma, na prática judicial, o paradigma monístico da teoria unitária em paradigma diferenciador, admitindo o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, como, por exemplo, a teoria do domínio do fato, cujos postulados são inteiramente compatíveis com a disciplina legal de autoria e participação no Código Penal – aliás, a Exposição de Motivos reconhece que o legislador decidiu “optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação”, reclamada pela doutrina por causa de decisões injustas.” CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba, ICPC Cursos e Edições, 2014. P. 342.

²⁸⁴ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

²⁸⁵ BATISTA. **Concurso de agentes**. P. 43.

²⁸⁶ BATISTA. **Concurso de agentes**. P. 43.

²⁸⁷ BATISTA. **Concurso de agentes**. P. 43/44.

²⁸⁸ BATISTA. **Concurso de agentes**. P. 44.

²⁸⁹ BATISTA. **Concurso de agentes**. P. 44.

significa que “qualquer modo” vai até os limites dogmáticos dos institutos da autoria imediata, mediata, coautoria, instigação ou cumplicidade²⁹⁰.

Greco e Teixeira apresentam uma interpretação alternativa segundo a qual o artigo 29 do CP teria natureza dúplice. Em relação à autoria, se trataria de um dispositivo meramente declaratório. É dizer, a fórmula “concorrer de qualquer modo” “repetiria o que já dizem os tipos da parte especial: quem mata, lesiona, subtrai é autor, uma vez que autoria é realização do tipo”²⁹¹.

No caso da participação, o artigo 29 seria uma norma de extensão da punibilidade, ou seja, constitutiva da responsabilização penal da participação. Deste modo, confere-se sentido e limites à imprecisa fórmula “de qualquer modo” e resolve suas contendas com o princípio da legalidade²⁹².

Mas, sem desconsiderar os significativos avanços realizados por Batista, Greco e Teixeira, “não é porque o Direito Penal permite a modificação de uma regra de maneira favorável ao réu, que a sua utilização se impõe sem maiores dificuldades”²⁹³. Muito embora a defesa do princípio da legalidade seja uma motivação nobre e idônea, se faz necessária uma reflexão ainda mais profunda. Conforme argumenta Beatriz Corrêa Camargo, a interpretação proposta “atinge não apenas a esfera de liberdade do réu, mas igualmente, diminui, por consequência, a esfera de proteção da vítima”²⁹⁴, o que não seria um óbice se a restrição partisse da própria lei.

Segundo Beatriz Corrêa Camargo, este dispositivo é o artigo 31 do Código Penal. Mais do que condicionar a punibilidade da participação ao início da execução do crime pelo autor, o legislador enumerou as espécies de participação, a saber, ajuste, determinação, instigação e auxílio. A verdade é que “a lei poderia resguardar a acessoriedade estabelecendo simplesmente que “quaisquer formas de concorrer para o crime somente serão puníveis se o crime chegar, pelo menos, a ser tentado”²⁹⁵. Isso significa que “foi estabelecido pelo direito positivo um número fechado das formas possíveis de participação e de autoria”²⁹⁶. Vale complementar ainda:

Que essa seleção de condutas se imponha como decorrência da própria previsão legal é algo que se percebe facilmente mediante o absurdo que significaria a interpretação

²⁹⁰ BATISTA. **Concurso de agentes**. P. 45.

²⁹¹ GRECO. TEIXEIRA. **Autoria como realização do tipo**. P. 70.

²⁹² GRECO. TEIXEIRA. **Autoria como realização do tipo**. P. 70.

²⁹³ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. p. 225/226.

²⁹⁴ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. p. 226.

²⁹⁵ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. p. 227.

²⁹⁶ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. p. 227.

em sentido contrário, a saber, a ideia de que todas as contribuições causais seriam puníveis desde sua criação, mas apenas o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio teriam sua punibilidade condicionada ao início da execução do fato principal. Nessa interpretação hipotética, o legislador teria se visto não apenas diante da necessidade de justificar a antecipação da punibilidade das formas de contribuição causal não mencionadas pelo art. 31, CP, a um estágio até mesmo anterior ao planejamento criminoso, como também teria que oferecer alguma razão que explicasse tal diferenciação, isto é, por que as figuras do art. 31, CP, seriam especialmente menos perigosas ou reprováveis que outros modos de contribuir causalmente para o resultado.²⁹⁷

Isto significa que malgrado o *caput* do artigo 29 do CP prescreva a responsabilidade de quem contribuir com o delito “de qualquer modo”, o artigo 31 restringe o alcance da repressão estatal à medida que descreve e limita as formas de participação penalmente relevantes. Sobretudo, ao condicionar sua punibilidade à conduta tentada do autor.

Trata-se, portanto, de uma interpretação sistemática do Código Penal em que um dispositivo abarca todas as contribuições possíveis e o outro impõe limites vinculados ao mínimo de reprovação penalmente relevante. Se fosse um contrato cível, a cláusula 29 autorizaria o adimplemento de qualquer modo, já a de número 31, prescreveria que além das usuais formas de pagamento, só seriam aceitos determinados títulos de crédito, desde que condicionadas a uma garantia fiduciária, por exemplo.

Diante disto, Beatriz Correa Camargo observa que “o legislador optou, segundo a expressão utilizada por Bloy, por um “mecanismo de seleção” no intuito de delimitar a responsabilidade penal aos casos que são efetivamente merecedores de punição”²⁹⁸.

Com efeito, essa parece ser a leitura mais compatível com o princípio da legalidade, porque autoriza a aplicação de um sistema diferenciador e um conceito restritivo de autor, a partir de uma interpretação sistemática dos dispositivos 29 e 31 do CP.

Os problemas, entretanto, não param por aí. Assim delimitado, o artigo 29, CP, abarca perfeitamente a autoria imediata e a coautoria, mas não muito bem a autoria mediata. O ponto central é que a autoria imediata decorre exclusivamente dos tipos penais²⁹⁹. A coautoria, em uma certa medida, depende dos tipos penais e do artigo 29, CP (norma de imputação genérica).

Ambos os institutos, diferente da autoria mediata, adentram nos atos de execução do delito, ou seja, durante a cogitação ou os atos preparatórios as duas figuras podem receber um ajuste, a determinação, instigação ou auxílio. Resta evidente um potencial vínculo entre as duas

²⁹⁷ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. p. 228.

²⁹⁸ CAMARGO, Beatriz Corrêa. **In: Código Penal Comentado [livro eletrônico]**. Luciano Anderson de Souza, coordenador. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

²⁹⁹ GRECO. TEIXEIRA. Autoria como realização do tipo. *Passim*. RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação. P. 106.

espécies de autoria e as formas de participação. De modo que, naturalmente, há uma hierarquia conceitual entre a primeira e a segunda. Basta ver a positivação do princípio da acessoriedade.

Então, se a autoria imediata e a coautoria são as formas de concurso mais evidentes do artigo 29 do CP e as espécies de participação do artigo 31 do CP são as “menos perigosas ou reprováveis”, embora penalmente relevantes, é de se questionar: onde se localiza o dispositivo legal ou a norma de imputação responsável não só por autorizar a punição da autoria mediata, mas também por indicar sua existência e acolhimento? Além disso, o fato de que a instigação e a autoria mediata sejam bastante parecidas³⁰⁰ torna o quadro ainda mais nebuloso³⁰¹.

É indiscutível que a autoria mediata é penalmente relevante, mas como sincronizar essa premissa com o artigo 29, do CP? Uma leitura conjunta dos artigos 29 e 31 do Código Penal não auxilia em nada na resolução de tais indagações. O instituto da autoria mediata não é um conceito autoevidente, ou *per si* compreensível a partir da leitura dos tipos penais. Tampouco o CP é igual ao StGB, no qual está expresso que o autor mediato realiza o tipo por meio de outrem.

Em jurisdição brasileira, em respeito ao princípio da legalidade, para se punir o autor mediato são necessárias normas que estabeleçam critérios de imputação penal ao homem de trás, ou seja, normas constitutivas de punibilidade. Em efeito, isto é imprescindível sobretudo porque o autor mediato não viola diretamente (senão só indiretamente) a norma de orientação de comportamento prevista na parte especial³⁰².

De tudo isto, há de se concluir que para se aplicar a autoria mediata no caso concreto é insuficiente a menção aos artigos 29 e 31, CP, senão se carece de um fundamento legal a mais. Tal quadro teórico normativo constitui um real desafio à adequada aplicação da autoria mediata pelo domínio por organização pela jurisdição brasileira.

2.3.2 *O regramento normativo da autoria mediata no Código Penal Brasileiro*

Conforme mencionado no tópico anterior, a autoria imediata decorre dos próprios tipos penais, a coautoria em parte dos tipos penais e do artigo 29 do Código Penal, as espécies de participação dos artigos 29 e 31 do Código Penal. A autoria mediata, entretanto, não pode ser

³⁰⁰ CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. *Passim*.

³⁰¹ O quadro é tão confuso que a professora Beatriz Corrêa Camargo defende que “a punição do autor mediato é regulamentada de modo bastante amplo, assim como as demais figuras de participação e autoria, nos termos do art. 31 do CP, sob o conceito de “determinação”. CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 180. Entretanto, caso se siga este posicionamento, autoria mediata e instigação se confundem em todos os planos, não faz sentido sua diferenciação.

³⁰² CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 179/180.

aplicada apenas recorrendo aos tipos penais e aos artigos 29 e 31 do CP, senão são necessárias normas constitutivas de punibilidade com critérios de imputação. Diante disso, neste tópico pretende-se indicar os dispositivos do Código Penal Brasileiro responsáveis por fundamentar as espécies de autoria mediata.

Usualmente, a doutrina nacional indica alguns artigos do Código Penal que dispõem, direta ou indiretamente, sobre a autoria mediata³⁰³. Apesar de parecer paradoxal, trata-se de dispositivos que não cuidam de questões afetas ao concurso de pessoas, senão ilicitude/ culpabilidade.

O primeiro instituto é a coação moral irresistível (*vis compulsiva*) (art. 22, CP)³⁰⁴. Nesse dispositivo legal, no entanto, não há menção ao termo “moral”, pois a coação também pode ser física (*vis absoluta*).

A coação física se refere a casos em que o “coagido não realiza uma verdadeira ação ou omissão, apresentando-se como simples objeto ou instrumento de violência”³⁰⁵, ou seja, inexistente conduta. O homem da frente é um instrumento por excelência, não tem autonomia, não tem responsabilidade pela própria organização³⁰⁶.

A coação moral irresistível configura-se se “o coagido tem suas possibilidades de opção bastante restringidas pelo temor de sofrer algum mal, não obstante age ou se omite, impelido pelo medo, valendo-se de suas próprias forças.”³⁰⁷ Isto é, há uma situação de autoria mediata porque o homem de trás tem sob seu poder a decisão de uma situação lesiva ao homem da frente e a utiliza como trunfo para pressioná-lo a direcionar sua conduta ao fim desejado pelo coator.

Segundo Roxin, afirma-se a autoria mediata porque quem coage domina só o coagido, que, por sua vez, tem em suas mãos o curso do fato. Assim, o homem de trás domina

³⁰³ BATISTA. **Concurso de agentes**. P.127/154; CAMARGO. **A teoria do concurso de pessoas**. P. 181; RAMOS. **Do concurso de pessoas**. P. 45. PACELLI. CALLEGARI. **Manual de direito penal**: P. 365/367. BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral, 19º. Ed. rev, ampl e atual. – São Paulo: Saraiva. 2013. P. 483/487. GALVÃO. **Direito Penal**: P. 556/562. GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. 17º Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. P. 490. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010. P. 462. JESUS. Damásio de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 3. Ed. São Paulo, 2002. P. 20. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. P. 351/354. BUSATO, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 713/715.

³⁰⁴ Coação irresistível e obediência hierárquica. Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

³⁰⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Ed. São Paulo, Saraiva. P. 338.

³⁰⁶ “El poder de decisión se vincula a la posibilidad de elegir conscientemente entre varias alternativas de actuación. Cuantas más alternativas, mayor poder de decisión. La influencia de la persona de detrás en el ejecutor material puede ser más o menos intensa, incluso llegar a provocar la resolución de este último, utilizando como medio la coacción, pero no eliminará la existencia de una decisión propia y autónoma del ejecutor inmediato, a menos que anule por completo sus posibilidades de elegir, empleando, por ejemplo, vis absoluta.” BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 116.

³⁰⁷ TOLEDO. **Princípios Básicos de Direito Penal**. P. 338.

indiretamente o próprio fato. Mas, não se trata de uma autoria compartilhada, senão de uma dupla autoria³⁰⁸, na qual apenas o autor mediato é penalmente responsável, tendo em vista a ausência de culpabilidade do homem da frente, por inexigibilidade de conduta diversa³⁰⁹.

Ademais, nos termos dos artigos 22 e 65, III, c, do Código Penal, se a coação moral não for irresistível, o coagido é punido, ou seja, não há exclusão da culpabilidade, mas mera atenuação. A questão que fica é sob qual título deve ser punido o homem de trás? Sobretudo, considerando que não há autoria mediata via coação moral resistível. Afinal, neste caso, até a teoria do domínio do fato defende que o fundamento material é a ausência de responsabilidade penal do autor imediato³¹⁰. A resposta mais razoável, no entanto, parece ser que quem coage, de modo resistível, deve ser responsabilizado como instigador, salvo se estiver presente outra espécie de autoria mediata.

A autoria mediata também pode ser configurada nos casos de erro³¹¹. O artigo 20, § 2º do CP³¹² prescreve que o terceiro que determina o agente a erro responde pelo crime.

As abundantes hipóteses de erro e suas diferenças não foram esquecidas pela teoria do domínio do fato. O professor Roxin desenvolveu um elaborado cotejo das espécies de erro responsáveis por fundamentar a autoria mediata³¹³, no qual indica tanto os casos em que só o homem de trás é penalmente responsável (autoria mediata em sentido estrito) como os casos em que homem da frente e homem de trás (autor por trás do autor) são responsáveis.

³⁰⁸ Roxin afirma que “Y es que el que coacciona domina directamente solo al coaccionado. Solo porque el coaccionado, a su vez, merced a su actuar, tiene en sus manos el curso del hecho, domina el sujeto de detrás el propio hecho. [...] Esta no es una autoría compartida, como la que entrana la coautoria, sino una plena autoría doble.” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 149.

³⁰⁹ O sistema jurídico penal alemão trabalha este grupo de casos sob uma perspectiva mais restritiva e no âmbito do estado de necessidade exculpante. Nesse sentido, Hilgendorf e Valerius: “§35 do StGB - Estado de necessidade exculpante. (1) Aquele que comete um ato antijurídico para afastar de si, de um parente ou de uma outra pessoa próxima um perigo atual para a vida, o corpo ou a liberdade, que não seja evitável de outra maneira, atua sem culpabilidade. Isso não se aplica caso, dadas as circunstâncias, pudesse ser exigido do autor que suportasse o perigo, especialmente porque ele próprio criou o perigo ou porque ele se encontrava em uma relação jurídica especial; no entanto, a pena pode ser atenuada com base no § 49 Abs. 1, caso o autor tenha que suportar o perigo por outra razão que não seja uma especial relação jurídica. [...] Segundo a opinião majoritária, um caso essencial de aplicação do §35 do StGB é o do chamado *estado de necessidade por coação*. Nesse caso, o autor atua porque ele próprio é coagido; ou seja, ele é compelido, por meio de violência ou ameaça – que criem um perigo para a vida, o corpo ou a liberdade – a praticar um tipo penal.” HILGENDORF, Eric. VALERIUS, Brian. **Direito Penal: parte geral**. Trad. Orlandino Gleizeir. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2019. P. 187/189.

³¹⁰ Vide tópico 2.2.2.

³¹¹ Para aprofundamento: TOLEDO, Francisco de Assis. **Erro de tipo e erro de proibição no projeto de reforma penal**. RT. São Paulo, v. 578, 1983.; LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.; HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo**: Da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

³¹² Erro determinado por terceiro Art. 20 [...] § 2º, CP - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

³¹³ GRECO; LEITE. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. P. 26.

Com efeito, isso é possível porque o artigo 20, § 2º, do CP não veda a possibilidade da hipótese “autor por trás do autor” na medida em que não exclui a responsabilização penal do autor imediato, senão a estende ao autor mediato.

Nessa lógica, a responsabilidade penal do autor imediato é regida pelo próprio regramento do erro. Logo, nos casos de erro de tipo se exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei³¹⁴.

Do mesmo modo, o erro de proibição segue o artigo 21 do Código Penal³¹⁵. Nos casos de erro de proibição inevitável, o autor imediato não ostenta culpabilidade por ausência de consciência da ilicitude³¹⁶, sendo punível só o autor mediato. Se o erro de proibição for evitável então são puníveis tanto autor mediato como imediato, este com pena reduzida de um sexto a um terço.

Nesse grupo de casos também se inclui o erro quanto a pessoa (art. 21, §3º do CP³¹⁷) e o erro quanto a medida de injusto.

O erro quanto à medida de injusto, pode ser interpretado a partir do artigo 29, §2º do CP³¹⁸ - a figura da participação dolosamente distinta. Embora não seja uma interpretação usual da doutrina, não há nenhum óbice a sua aplicação neste grupo de casos. O artigo se refere a “concorrentes”, não restringe espécie. Logo, passível de aplicação também nas outras espécies de autoria. Indo mais além, a estrutura do dispositivo *per si* trata da situação descrita pelo erro quanto a medida de injusto, vez que um dos agentes pratica crime mais grave, querendo concorrer com outro de menor gravidade. Só se adiciona, nos casos de autoria mediata, a existência do homem de trás que tinha um conhecimento superior ao do homem da frente.

Superados o erro e a coação moral irresistível, segue-se para a análise da autoria mediata pelo domínio por organização no Código Penal Brasileiro. Roland Hefendehl afirma que o

³¹⁴ Erro sobre elementos do tipo Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

³¹⁵ Erro sobre a ilicitude do fato Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

³¹⁶ Segundo Brodt: “Inovando o ordenamento jurídico nacional, ainda na primeira parte do art. 21, atribuiu-se, expressamente, relevância ao erro sobre a ilicitude, conferindo-lhe a eficácia de excluir a culpabilidade, quando inevitável, e de atenuar a pena, se evitável. [...] Assim, no mesmo dispositivo, nossa lei declara inescusável a ignorância da lei e atribui relevância à falta de consciência da ilicitude. Não há nesse procedimento incompatibilidade alguma. Como já vimos, não se confundem ignorância da lei e falta de consciência da ilicitude;” BRODT. Luís Augusto Sanzo. **Novo estudo sobre a consciência da ilicitude**. P. 95.

³¹⁷ Erro sobre a pessoa § 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

³¹⁸ § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

domínio por organização é um complemento necessário das outras espécies de autoria mediata³¹⁹. A assertiva do professor alemão adquire bastante relevância quando se investiga o quadro normativo brasileiro, especialmente, o instituto jurídico penal da obediência hierárquica, previsto no art. 22, CP, cuja redação é a seguinte “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

Deixando de lado as questões envolvendo a coação, uma análise superficial afirmaria que o dispositivo é dispensável. Se o agente cumpriu a ordem não manifestamente ilegal, supondo que lícita fosse, atuou em erro, pronto. Mas, não há na lei palavras inúteis, o que significa que o mais prudente é analisar o dispositivo de forma global. O motivo disso é que sua redação é apinhada de termos condicionais, descrevendo diferentes cenários, cuja solução jurídica exige um maior esforço interpretativo-sistemático.

Veja-se, Nilo Batista, valendo-se das lições de Heleno Fragoso, descreve três possíveis cenários para o instituto jurídico da obediência hierárquica. O primeiro caso é do “executor que conhece a ilegalidade da ordem, mas não pode a ela se opor, “dadas as conseqüências, que podem advir, no sistema de hierarquia e disciplina a que está submetido””³²⁰. No segundo, o executor acredita que a ordem é lícita. O terceiro caso é do agente que sabe que a ordem é ilícita, poderia se opor, mas ainda assim a executa³²¹.

De um modo geral, os dois primeiros casos são muito bem resolvidos pela doutrina nacional. Se o agente cumpre a ordem não manifestamente ilegal, supondo ser lícita, há erro. Na primeira hipótese, há coação moral irresistível, afastando a exigibilidade de conduta diversa e, portanto, a culpabilidade³²².

No primeiro caso, embora indique acertadamente a solução defendida pela doutrina, Galvão equivocou-se ao explicar que “em tal situação, ocorre o “domínio da vontade em virtude de um aparato organizado de poder””³²³. Ao que tudo indica, o professor carioca confundiu as duas espécies de autoria mediata (coação moral irresistível e domínio por organização). De certo modo, se compreende o equívoco a partir do momento em que se conhece que no domínio por organização não é impossível que exista também uma coação moral, embora em medida

³¹⁹ HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. **Derecho Penal y Criminología**, ISSN 0121-0483, ISSN-e 2346-2108, Vol. 25, N°. 75, 2004. P. 56. (tradução livre).

³²⁰ FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal. Pg. S. Paulo, 1977. P. 277-234. Apud BATISTA. **Concurso de agentes**. P. 137.

³²¹ BATISTA. **Concurso de agentes**. P. 137.

³²² BATISTA. **Concurso de agentes**. P. 137. GALVÃO. **Direito Penal**: P. 561/562. PACHELLI. CALLEGARI. **Manual de direito penal**: P. 357/358. BITENCOURT. **Tratado de Direito Penal**: P. 487/488.

³²³ GALVÃO. **Direito Penal**: P. 561.

insuficiente para se dizer irresistível. Basta ver que um dos requisitos do domínio por organização é justamente a fungibilidade do executor - elemento responsável por tornar indiferente à produção do resultado típico o fato de que um dos subordinados tenha se recusado a praticar o crime. Isso não aconteceria se a coação fosse realmente irresistível.

Na terceira hipótese, em que o agente sabe que a ordem é ilícita e poderia se opor, mas ainda assim a executa, a doutrina não oferta uma resposta mais bem desenvolvida. Muito pelo contrário, afirma-se que há concurso de pessoas, sem, entretanto, tecer maiores comentários³²⁴.

Galvão acerta ao defender que o executor deve responder por autoria imediata. Além disso, entende não existir autoria mediata, o que dá a entender que defende a solução da instigação³²⁵. Frágoso acredita que existem razões de conveniência administrativa para isentar a pena do executor³²⁶. Nilo Batista entende que há ou coautoria ou participação, ou seja, tanto quem deu a ordem como quem a executou são puníveis³²⁷. Luís Augusto Sanzo Brodt argumenta que “se o inferior hierárquico atua, não obstante o caráter manifestamente ilegal da ordem recebida, tem a mesma responsabilidade criminal que o superior.”³²⁸ Além disso, acrescenta que o inferior hierárquico poderá se beneficiar de uma circunstância atenuante (art. 65, III, c, do CP)³²⁹.

É verdade que a doutrina acerta ao afirmar que ambos os agentes são puníveis por estarem em concurso de pessoas. Mas, se o agente só deu a ordem, há de se rechaçar a solução da coautoria.

A pergunta a ser feita é: quem dá a ordem manifestadamente ilícita ao inferior hierárquico é instigador ou autor mediato? A resposta é que o artigo 22 do Código Penal aceita tanto a solução da instigação como da autoria mediata, a depender das circunstâncias fáticas do caso concreto.

No terceiro caso, a figura da instigação, por ser mais simples, pode ser aplicada com maior facilidade. Entretanto, em algumas situações mais complexas, a instigação não representa o que ocorreu no plano dos fatos. Muitas vezes, malgrado estar distante do local do delito, o homem de trás tem mais domínio da situação do que o próprio executor. Sobretudo, quando a sua frente tem não um só homem, senão um número respeitável de agentes submissos, de modo

³²⁴ PACELLI. CALLEGARI. **Manual de direito penal**: P. 357. BITENCOURT. **Tratado de Direito Penal**: P. 488.

³²⁵ GALVÃO. **Direito Penal**: P. 562.

³²⁶ FRÁGOSO. **Lições de Direito Penal**. P. 277-234. Apud BATISTA. **Concurso de agentes**. P. 138.

³²⁷ BATISTA. **Concurso de agentes**. P. 138.

³²⁸ BRODT, Luiz Augusto Sanzo. **Do estrito cumprimento do dever legal**. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor. 2005. P. 305.

³²⁹ BRODT. **Do estrito cumprimento do dever legal**. P. 305.

que a recusa de um agente em executar o fato típico é irrelevante em termos globais. São nestes casos que ganham relevância prática a ideia de autoria mediata pelo domínio por organização.

Em suma, defende-se a aplicação da autoria mediata pelo domínio por organização no Brasil a partir de uma visão sistemática do instituto da obediência hierárquica. Em cada uma das três hipóteses descritas acima é possível aplicar uma espécie diferente de autoria mediata. Assim, se verifica a correção do argumento de Roland Hefendehl, para quem a teoria do domínio por organização é um complemento necessário às hipóteses de coação e erro.

Não se deve olvidar, que a sistemática normativa brasileira exige para o domínio por organização que os subordinados saibam que a ordem é ilegal e possam a ela se opor, mas, mesmo assim, a executam.

Antes de findar o tópico, poderia se objetar contra a solução recém proposta que o instituto da obediência hierárquica se aplica somente as relações de direito público³³⁰. Brodt afirma que os requisitos do instituto da obediência hierárquica são a relação hierárquica de direito público, a competência do superior para determinar a ordem e do inferior para a cumprir e a observância das formalidades legais³³¹. No mesmo sentido, para Tavares “a relação de subordinação entre superior e inferior decorre da estrutura administrativa do respectivo órgão do Estado. Não há obediência hierárquica entre particulares. A relação entre particulares é regulada pelas leis trabalhistas”³³².

Entretanto, em um posicionamento mais recente, Bittencourt revê sua posição anterior e entende ser aplicável a obediência hierárquica a relações entre particulares. Segundo argumenta, é difícil de negar que “a *desobediência a ordem superior*, no plano da iniciativa privada, está sujeita a consequências mais drásticas e imediatas que o seu descumprimento no âmbito-administrativo.”³³³ Além disso, aponta que “não há nenhum fundamento legal (constitucional) para limitar a consequência jurídico-penal à *desobediência* de ordem superior na relação hierárquica de direito público, na medida em que o texto legal não faz essa restrição.”³³⁴

Independentemente do acerto de uma posição ou de outra, em um modelo constitucional de direito penal, parece ser mais adequado entender o instituto jurídico da obediência

³³⁰ Os seguintes autores defendem que a obediência hierárquica se restringe as relações de direito público: TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1. Ed. – Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. P. 497. BRANDÃO. **Teoria jurídica do crime**. P. 149. BRODT. **Do estrito cumprimento do dever legal**. P. 310. PACELLI. CALLEGARI. **Manual de direito penal**: P. 357. GRECO, Rogerio. **Código Penal Comentado**. 5 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2011. P. 69. TOLEDO. **Princípios Básicos de Direito Penal**. P. 343.

³³¹ BRODT. **Do estrito cumprimento do dever legal**. P. 310.

³³² TAVARES. **Fundamentos de Teoria do Delito**. P. 497.

³³³ BITENCOURT. **Tratado de Direito Penal**: P. 486.

³³⁴ BITENCOURT. **Tratado de Direito Penal**: P. 487.

hierárquica em sua concepção substancial, deixando de lado questões meramente formais³³⁵. Isto significa que seja em uma relação de direito público ou privado, o óbice a responsabilização penal do agente que cumpre a ordem não manifestamente ilícita, supondo que lícita fosse, é o erro. Da mesma forma, se o agente não pode se opor à ordem que sabe ser ilícita, há a coação moral irresistível, negando-se a exigibilidade de conduta diversa e, portanto, a culpabilidade. Já na última hipótese, há espaço para a instigação e a autoria mediata pelo domínio por organização, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Por fim, apresentados os elementos dogmáticos e legais que antecedem a aplicação da autoria mediata pelo domínio por organização, o próximo capítulo discorrerá exclusivamente sobre esse modelo teórico.

2.4 Conclusões parciais

A primeira parte da investigação, introduzida com uma breve relação entre as noções de dignidade humana, autonomia, princípio da autorresponsabilidade, autoria e responsabilidade penal, divide-se em três partes.

Inicialmente, tratou-se do conceito de autor como um elemento fundamental à teoria do delito. Nessa oportunidade, para além das insuficiências e contradições do domínio final do fato de Welzel, melhor se compreendeu a noção de autoria como a figura central do acontecer típico desenvolvida por Claus Roxin. Inclusive, entendendo sua natureza ontológica e teleológica, sobretudo, o fato de que se trata de uma noção dialética concreta, na qual nada se elimina, senão se amolda à medida que toca os distintos conteúdos jurídicos.

Importante destacar que também não se olvidou das inúmeras objeções ao domínio do fato de Roxin, principalmente, a circunstância de que pressupõe um conceito extensivo de fato; assim, tornando-se frágil a críticas de violação do princípio da legalidade. Nessa linha, foram apresentadas as alternativas de Jakobs (extensiva-normativa) e Kindhäuser (restritiva-normativa), as quais carecem de ser destacadas pela importância conferida ao critério da autoria como a violação de um dever.

³³⁵ Em sentido similar, Cervini e Adriasola: “La obediencia jerárquica es un instituto que se disuelve en causas de atipicidad, de justificación o de inculpabilidad. Siendo así, es tomando en cuenta estos institutos de la teoría general del delito como deberá analizarse la mayor o menor libertad del ejecutor directo, prescindiendo de un instituto como la obediencia jerárquica que, en verdad, complica el análisis, especialmente en el campo del Derecho penal empresarial, en cuanto su existencia aparente conduce a regímenes diferentes si la empresa es estatal o privada.” CERVINI, Raul. ADRIASOLA, Gabriel. **El derecho penal de la empresa**: Desde una visión garantista. Buenos Aires/Montevideo: Ed. B de F. 2005. P. 156.

O primeiro tópico foi concluído com uma adoção do domínio do fato de Roxin e consequentemente, da figura central do acontecer típico, embora reconhecendo-se o acerto das objeções apresentadas. Por esse motivo, a observação da professora Beatriz Corrêa Camargo de que os institutos da coautoria e da autoria mediata pressupõem normas constitutivas de injusto foi recebida como um aperfeiçoamento e remodelamento da noção de domínio do fato de Roxin.

A segunda parte tratou especificamente do instituto da autoria mediata. Em breve síntese, visualizou-se que tal espécie de autoria pressupõe um sistema de concurso de pessoas objetivo e restritivo. Mais importante ainda é o destaque à noção de autoria mediata gênero e sua estrutura básica (a realização do tipo através de outro; a falta de execução do delito por sua própria mão; a intervenção em um fato próprio, responsabilidade autônoma, não dependente).

Relevante também é o vínculo do homem de trás com o da frente pelas razões operativas e auxiliares, pelo qual se demonstrou que, independentemente se a autoria mediata é em sentido estrito ou na modalidade “autor por trás do autor”, o relevante para a configuração do instituto é a presença do efetivo ato instrumentalizador do homem de trás. Sintoma disso é que *o instituto jurídico penal da autoria mediata requer uma norma constitutiva de punibilidade específica que indique os pressupostos da instrumentalização do agente que efetivamente executará o tipo penal.*

Na última parte, observou-se que no Código Penal Brasileiro há um sistema unitário e um conceito extensivo de autoria. Entretanto, uma análise principiológica e sistemática indica a possibilidade de aplicação de um sistema diferenciador e de um conceito restritivo de autoria. Isso porque malgrado o *caput* do artigo 29, CP, prescreva a responsabilidade de quem contribuir com o delito “de qualquer modo”, o artigo 31 restringe o alcance da repressão estatal à medida que descreve e limita as formas de participação penalmente relevantes. Sobretudo, ao condicionar sua punibilidade à conduta tentada do autor. Entretanto, isso não se mostrou suficiente para aplicar a autoria mediata ao caso concreto, ainda faltava um fundamento legal.

Finalmente, os dispositivos legais que fundamentam a punição pela autoria mediata encontram-se situados na parte geral do Código Penal, notadamente, próximo dos institutos afetos à ilicitude e culpabilidade. A espécie de autoria mediata coação moral irresistível se situa no artigo 22 do Código Penal e o erro no artigo 20, § 2º, do Código Penal. A autoria mediata pelo domínio por organização é um complemento necessário às outras espécies e dependendo das circunstâncias do caso fático, pode ser fundamentada no artigo 22 do Código Penal, via o instituto da obediência hierárquica.

3. DOS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO

Depois de trabalhar com algumas teorias que versam sobre os enclaves da autoria e participação, assim como analisar o quadro normativo brasileiro, inaugura-se o presente capítulo.

Sedimentadas todas as questões dogmáticas e legais inerentes aos elementos fundamentais da autoria mediata, naturalmente, as atenções se voltam ao domínio por organização.

Antes de mais nada, preliminarmente, oportuno se faz observar que a nomenclatura utilizada é necessariamente *domínio por organização* e não *domínio da organização*.

A opção por *domínio por organização* ocorre porque entende-se que o penalmente relevante é o domínio *do fato* por *meio* da organização. Assim, o termo *organização* é aproveitado tanto no sentido estrutural, sinônimo de aparato hierárquico de poder, como para descrever a ação de organizar, planejar, arquitetar, etc.

Não obstante o *domínio da organização* estar relativamente consagrado na doutrina nacional, seu uso pode dar a impressão de que o suficiente para a configuração da responsabilidade penal por autoria mediata é o mero controle da organização, sem que se vincule efetivamente a um fato concreto. Ademais, sintoma dessa distorção teórica é o que a doutrina nacional, mais precisamente Alaor Leite, com muito acerto, convencionou denominar de “domínio da posição”.

Dito isto, inicialmente, apresenta-se a teoria de modo mais simples e descritível o possível, para que sejam compreensíveis todas as pontuações realizadas adiante, quando se analisa de forma excessivamente criteriosa os elementos do modelo teórico, de modo a deixar evidentes seus acertos e equívocos.

Ao final do capítulo, o leitor terá um texto mais propositivo; com uma sugestão de aperfeiçoamento da teoria. A expectativa é de que, a partir de todo o exposto, a solução defendida reste simpática ao intelecto daquele que lê, sobretudo esteja bem fundamentada, cientificamente correta e compatível com um modelo constitucional de direito penal fundado sob o dogma da dignidade humana.

Além disso, o capítulo finda com um esboço dos pressupostos de punibilidade da autoria mediata pelo domínio por organização, visando a ofertar uma contribuição prática ao contexto jurisdicional brasileiro. Afinal, o critério do domínio por organização “como toda teoria

jurídica, direta ou indiretamente, o deve ser, é uma *resposta a um problema concreto*³³⁶, se assim não for, é um capricho acadêmico, estéril e inútil.

3.1 Aspectos gerais da teoria do domínio por organização

As inúmeras referências bibliográficas sobre o domínio por organização relatam que sua origem se remete ao procedimento jurisdicional de responsabilização penal da cúpula do “Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães” (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*). Mais conhecido por partido nazista³³⁷. O caso cuja influência foi predominante para o desenrolamento dessa espécie de autoria mediata é o do alemão Otto Adolf Eichmann, “tenente coronel” (*SS-Obersturmbannführer*) da “SS” (*Schutzstaffel*)³³⁸.

³³⁶ GRECO; LEITE. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. P. 22.

³³⁷ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 241/242. VOLI, Aphrodite. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft: Der Fall der Goldenen Morgenröte. **Goldammer's Archiv für Strafrecht**. ISSN 0017-1956, Vol. 166, N.º. 6, 2019, P. 385. AMBOS, Kai. Dominio por organización (“ORGANISATIONSHERRSCHAFT”). Estado de la discusión. **Dogmática actual de la Autoría y la participación criminal**. Peru: Editorial Moreno, 2007. MUÑOZ CONDE, Francisco. La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado. **Revista penal**, ISSN 1138-9168, N.º 31, 2013, págs. 171-189.; BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 338.; IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 11. GRECO; LEITE. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. P. 28. GUZMÁN. Marco Barreto. Responsable de escritorio y ejecutor material em la criminalidad organizada. **Dogmática actual de la Autoría y la participación criminal**. Peru: Editorial Moreno, 2007. P. 101. MONTOYA VACADÍEZ, Diego Mauricio. “Autoría y dominio del hecho en los delitos económicos”, en **Revista Derecho Penal y Criminología**, vol. 34, n.º 97, julio-diciembre de 2013, bogotá, universidad externado de colombia, 2013, pp. 85-112. BUSATO, Paulo. **Direito penal: parte geral** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. P. 713. SCALCON, Raquel Lima. Problemas especiales de autoría y de participación en el ámbito del derecho penal secundario: examen de la compatibilidad entre "dominio de la organización" (organisationsherrschaft) y criminalidad corporativa. **Revista de derecho Penal y Criminología**, ISSN 0034-7914, N.º. 3, 2016, P. 10. ALFLEN. Pablo Rodrigo. Responsabilidad penal dos sócios e administradores por crimes contra a ordem tributária. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**. V. 114, n. 1/2019. P. 16. Com bastante detalhes relata Romero Reyes. “Entre el 11 de abril y el 15 de diciembre de 1961 tuvo lugar, ante el tribunal de Jerusalén, el proceso contra Adolf Eichmann por crímenes durante la dictadura nacionalsocialista, caso que fue utilizado por Roxin en 1963 como ejemplo para la construcción de la figura del dominio de la organización (Rotsch, 2009: 549). El tribunal se concentró en la estructura del aparato de poder y señaló que, en contextos organizacionales suficientemente complejos, la distancia entre la comisión de propia mano del delito y el superior que ordenó el hecho no implicaba la exclusión de su responsabilidad, sino que, por el contrario, la incrementaba (Roxin, 1963: 202). Luego, la sentencia señala que los conceptos tradicionales de inducción y complicidad no son apropiados para valorar adecuadamente estos gravísimos crímenes (Roxin, 2015: 247). A pesar de la confusión terminológica en la justificación de la sentencia condenatoria, Roxin reconoce aquí las bases para una nueva forma de dominio del hecho, en especial la identificación de un aparato criminal que funciona de manera casi automática.” ROMERO REYES, Ítalo. Contra la autoría mediata por dominio de la organización: una breve aproximación desde la doctrina alemana. **Revista de estudios de la justicia**, ISSN 0118-0853, N.º. 28, 2018, P. 115.

³³⁸ O desenrolar da investigação permite destacar o seguinte enxerto de Hannah Arendt: “Ele não tinha tempo, e muito menos vontade de se informar adequadamente, jamais conheceu o programa do Partido, nunca leu *Mein Kampf*. Kaltenbrunner disse para ele: Por que não se filia à SS? E ele respondeu: Por que não? Foi assim que aconteceu, e isso parecia ser tudo. Evidentemente, isso não era tudo. O que Eichmann deixou de dizer ao juiz presidente durante seu interrogatório foi que ele havia sido um jovem ambicioso que não aguentava mais o emprego de vendedor viajante antes mesmo de a Companhia de Óleo a Vácuo não aguentá-lo mais. De uma vida rotineira, sem significado ou consequência, o vento o tinha soprado para a História, pelo que ele entendia, ou seja, para dentro de um Movimento sempre em marcha e no qual alguém como ele — já fracassado aos olhos de sua classe social, de sua família e, portanto, aos seus próprios olhos também — podia começar de novo e ainda

Relata-se que em meio a repugnante herança deixada no solo germânico pelo regime totalitário, Roxin foi o jurista responsável por abstrair em um nível teórico as características hierárquicas, estruturais e sistemáticas do nacional-socialismo para oferecer uma contribuição inédita à ciência penal, sobretudo, ao obscuro campo da autoria e participação.

A autoria mediata pelo domínio por organização explicou as circunstâncias dos resultados típicos produzidos a partir de um contexto organizativo em um nível de correção muito acima do que se conhecia à época.

Em breve digressão histórica, o professor Claus Roxin relata que não teve nenhum vínculo (trabalho ou relação acadêmica) nem colaborou de qualquer modo com o regime nacional-socialista. Portanto, diferente de outros juristas alemães, não se sentiu constrangido em criticar a integralidade dos fatos criminosos ocorridos sob o poder de Adolf Hitler³³⁹. Sobretudo o holocausto, o qual entende que “constituiu um evento que não é possível olvidar nem perdoar. Em minha opinião, um castigo destes fatos, que fosse adequado à culpabilidade constituía um requisito para o início de um novo Estado, no sentido de uma democracia humana”³⁴⁰.

O caso do Eichmann foi o gatilho de Roxin para se dedicar com maior afinco aos crimes do regime nacional-socialista³⁴¹. Ao se aprofundar neles, o professor alemão logo notou que

construir uma carreira. E se ele nem sempre gostava do que tinha de fazer (por exemplo, despachar multidões que iam de trem para a morte em vez de forçá-las a emigrar), se ele não adivinhou antes que a coisa toda iria acabar mal, com a Alemanha perdendo a guerra, se todos os seus planos mais caros deram em nada (a evacuação dos judeus europeus para Madagascar, o estabelecimento de um território judeu na região de Nisko, na Polônia, o experimento com instalações de defesa cuidadosamente construídas em torno de seu escritório de Berlim para repelir os tanques russos), e se, para sua grande “tristeza e sofrimento”, ele nunca passou do grau de *Obersturmbannführer* da SS (posto equivalente ao de tenente-coronel) — em resumo, se, com exceção do ano que passou em Viena, sua vida fora marcada por frustrações, ele jamais esqueceu qual seria a alternativa. Não só na Argentina, levando a triste existência de um refugiado, mas também na sala do tribunal de Jerusalém, com sua vida praticamente confiscada, ele ainda preferiria — se alguém lhe perguntasse — ser enforcado como *Obersturmbannführer* a. D. (da reserva) do que viver a vida discreta e normal de vendedor viajante da Companhia de Óleo à Vácuo.” ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. Companhia das Letras. 1999. P. 24.

³³⁹ ROXIN, Claus. Desarrollo y recepción de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. **V. Escuela Alemana de Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. E-reader**. Setembro/ outubro. Gottingen. 2019. P. 1.

³⁴⁰ “De todos los crímenes del régimen, me pareció que el asesinato de millones de judíos inocentes era el peor de ellos, pues constituye un suceso que no es posible olvidar ni perdonar. En mi opinión, un castigo de esos hechos que fuese adecuado a la culpabilidad por ellos constituía un requisito para el nuevo inicio del Estado, en el sentido de una democracia humana.” (tradução livre). ROXIN. Desarrollo y recepción. P. 2.

³⁴¹ “Esto me llevó a ocuparme del proceso Eichmann en Jerusalén. Como director de la sección judía (Judenreferat) en la Oficina Central de Seguridad del Reich (Reichssicherheitshauptamt), Adolf Eichmann había organizado el traslado de los judíos a los campos de exterminio – sobre todo a Auschwitz –. Eichmann había huido a Argentina, pero fue llevado a Israel, secuestrado por el servicio secreto israelí, en mayo de 1960, donde fue condenado a muerte en 1961 y ejecutado en 1962. En Alemania se discutió – debido a ese secuestro – si Israel estaba autorizado para llevar a Eichmann ante los tribunales. En ese tiempo yo aún me desempeñaba como asistente en la Universidad de Hamburgo y publiqué en junio de 1960 en “Bremer Nachrichten” un artículo periodístico titulado “Israel puede condenar a Eichmann”. Esta fue mi primera publicación jurídica luego de mi tesis de doctorado.” ROXIN. Desarrollo y recepción. P. 2.

“os homens de trás, responsáveis pelos crimes julgados pelo Tribunal receberam, na maioria das vezes, penas notoriamente baixas ao serem condenados como meros cúmplices dos líderes estatais”³⁴².

No entanto, o equívoco não eram as brandas sanções, por si só. Em realidade, elas ecoavam a valoração ocorrida anteriormente. O Tribunal errou ao condenar os líderes estatais como cúmplices, porque a conexão deles com o fato típico se demonstrava mais intensa do que permitiam os limites dogmáticos desse instituto jurídico penal. Mas, também, não parecia cientificamente adequado imputá-los o crime a título de autoria imediata ou coautoria. A autoria mediata, logo, se tornou a alternativa mais atraente.

Entretanto, até então, o instituto da autoria mediata comportava apenas a coação e os casos de excludente de culpabilidade³⁴³. Também não havia relatos de que os agentes nazistas, mais próximos ao resultado típico, tinham sido coagidos ou estavam em erro, senão se encontravam plenamente conscientes de tudo o que realizavam³⁴⁴.

Deste modo, a autoria mediata convencional também não era suficiente para explicar, no âmbito da teoria da autoria e participação, a natureza da contribuição ao resultado típico dos homens de trás, que se limitavam a dar ou repassar ordens.

Ocorre que uma manifestação do Tribunal do Distrito de Jerusalém sobre organizações criminosas despertou o interesse de Roxin. Segundo a corte “a medida da responsabilidade cresce ..., quanto mais se afasta daquele que usa a arma mortal com suas próprias mãos e mais pertença aos níveis de maior hierarquia”³⁴⁵. O decisivo é que este foi um dos fundamentos que legitimou a condenação de Eichmann como autor. Outro motivo é o de que se tratava de “crimes de massas” (*Massenverbrechen*)³⁴⁶.

³⁴² “Allí noté que los hombres de atrás responsables de esos crímenes que alcanzaban a ser llevados ante los tribunales recibían la mayoría de las veces penas notoriamente bajas al ser condenados como meros cómplices de los líderes estatales.” (tradução livre). ROXIN. Desarrollo y recepción. P. 2.

³⁴³ ROXIN. Desarrollo y recepción. P. 2.

³⁴⁴ “Por lo que respecta a la coacción, se há averiguado, investigando la documentación de los procesos de Núremberg, que no se encontraba “ni um solo caso” en que alguien “hubiera sido fusilado por negarse a cumplir órdenes de fusilar. Lo máximo, una nota desfavorable en el expediente, una negación de ascensos o un traslado. No se han comprobado consecuencias más graves, ni siquiera amenazas de condenar a muerte o de internar en un campo de concentración”. [...] Análogamente ocurre com um hipotético dominio en virtud de error por parte del sujeto de detrás. Ciertamente no es impensable que alguien que mata de propria mano a personas inocentes no comprenda el injusto material de tal conducta debido a su ofuscación ideológica.” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 579.

³⁴⁵ “La medida de la responsabilidad crece ..., mientras más se aleje uno de aquel que utiliza com sus propias manos el arma mortal y más se pertenezca a los niveles de mayor jerarquía.” (tradução livre). ROXIN. Desarrollo y recepción. P. 2.

³⁴⁶ ROXIN. Desarrollo y recepción. P. 3. ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 241/242.

Envolvido nessa atmosfera, Roxin desenvolve uma terceira espécie de autoria mediata, a autoria por meio de aparatos organizados de poder³⁴⁷ ou, conforme convencionou-se utilizar nesse feito, *domínio (do fato) por organização*.

Segundo o critério da organização de poder, é autor mediato quem, situado na cúspide de um aparato apartado do direito, emite uma ordem ilícita para que seus órgãos submissos a executem, de modo que o resultado típico é produzido tendo em vista a fungibilidade dos executores³⁴⁸.

A primeira publicação de um ensaio do domínio por organização foi no ano de 1963, na revista *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA). As duas oportunidades anteriores, de apresentar a teoria, restaram frustradas por razões inerentes ao contexto histórico alemão à época. Depois da publicação, Roxin incluiu em sua tese de habilitação sobre domínio do fato tópicos dedicados à nova espécie de autoria mediata³⁴⁹.

Finalmente, o fato de que a teoria do domínio por organização tenha sido desenvolvida a partir dos casos do regime nacional-socialista talvez passe a impressão de que se trate de uma construção dogmática meramente *ad hoc*, ou seja, feita por encomenda. Assim, para usar a expressão de que Nelson Hungria nutria maior estima, o critério estaria “relegado ao museu do direito penal”. Astutamente, Roxin rechaça tais possíveis objeções:

Estes pontos de vista gerais devem ser brevemente lembrados, a fim de superar o mal-entendido de que "o domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder" consiste em uma construção *ad hoc* que só a duras penas se encaixa com as formas tradicionais de autoria. Certamente o que é apontado no processo de Eichmann está correto: que os “conceitos comuns” de autoria mediata e indução não se encaixam nessa suposição. Mas, considerar a autoria mediata não significa que, nesses casos, seja criado um tipo de "Direito de exceção" para crimes especialmente reprováveis. Pelo contrário, acontece que a forma estrutural do domínio da organização, na prática, dificilmente pode surgir dentro da estrutura de um Estado de Direito internamente consolidado. Esse tipo de domínio da vontade tem, portanto, uma existência mais ideal que real e pode deixar de ser considerada na doutrina da autoria. Mas, assim que os dados objetivos, de tal forma de domínio, ofereçam a

³⁴⁷ ROXIN. Desarrollo y recepción. P. 3.

³⁴⁸ ROXIN. Desarrollo y recepción. P. 3.

³⁴⁹ “Estas ideas sobre una tercera forma de autoría mediata fueron el objeto de mi clase inaugural (Antrittsvorlesung) realizada en Hamburgo en el otoño de 1962 bajo el título de Delitos en el marco de aparatos organizados de poder. Su objetivo no sólo era una innovación dogmática, sino también una cuestión político-criminal: yo quería ver que los hombres que se encontraban detrás de los violentos crímenes nacionalsocialistas (Hintermänner) fueran adecuadamente condenados como autores de los hechos que ellos habían ordenado y organizado. Esas implicancias de actualidad tuvieron consecuencias para el destino de mi texto. Algunos de mis colegas de Hamburgo (aunque solo internamente) consideraron que mi tema no era lo suficientemente adecuado para una clase inaugural. La revista *Juristenzeitung*, tras algunas idas y vueltas, rechazó en ese momento su publicación. La conferencia fue publicada entonces en la revista *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, a principios de 1963. Posteriormente incluí en mi libro sobre dominio del hecho una sección sobre El dominio de la voluntad por medio de aparatos organizados de poder.” ROXIN. Desarrollo y recepción. P. 3.

possibilidade de sua realização, torna-se tarefa da dogmática descrevê-lo em seus elementos e indicar seu devido lugar na doutrina da autoria.³⁵⁰

3.1.1. *O domínio por organização na Alemanha e no mundo*

É verdade que por um longo período temporal a teoria do domínio por organização foi esquecida pela jurisprudência alemã. Roxin relata que desde sua publicação na *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, em 1963, até a primeira vez em que foi meramente mencionada pelo BGH passaram-se, mais ou menos, 25 anos³⁵¹.

Na oportunidade, em 15 de setembro de 1988, estava sendo julgado o caso do Rei Felino. Mas, a corte alemã somente menciona o domínio por organização para legitimar a flexibilização do princípio da responsabilidade³⁵² e, por consequência, utilizar a figura do “autor por trás do autor”, uma vez que se tratava de uma autoria mediata por erro de proibição vencível.

Em 26 de julho de 1994, seis anos mais tarde, o BGH voltaria a lembrar do domínio por organização. Nessa ocasião, entretanto, o tribunal não só citou o critério mas também o aplicou ao caso dos atiradores do muro³⁵³.

A corte alemã considerou os membros da cúpula do “Conselho de Defesa Nacional da República Alemã” (*Nationalen Verteidigungsrates der DDR*) como autores mediatos das mortes de quem tentava passar do lado oriental para o ocidental. Conforme o registro de Roxin, o BGH argumentou que a “organização desenvolve uma vida independente da existência mutável de seus membros. Funciona de maneira praticamente "automática", à margem dos indivíduos que são seus membros”³⁵⁴. Ademais, “existem grupos de casos em que, apesar de a pessoa envolvida agir de maneira totalmente responsável, a contribuição do homem de trás leva

³⁵⁰ “Estos puntos de vista generales hay que recordarlos brevemente para salir al paso al malentendido de que el “dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado” consista en una construcción *ad hoc* que solo a duras penas quepa armonizar con las formas tradicionales de la autoría. Ciertamente es correcto lo que se señala en el proceso Eichmann: que los “conceptos comunes” de autoría mediata e inducción no se ajustan a ese supuesto. Pero estimar autoría mediata no significa que en estos casos se cree una especie de “Derecho de excepción” para crímenes especialmente reprobables. Más bien ocurre que la forma estructural del dominio de la organización en la práctica difícilmente puede surgir en el marco de un Estado de Derecho internamente consolidado. Este género de dominio de la voluntad tiene, pues, una existencia más ideal que real y puede quedar sin considerar en la doctrina de la autoría. Pero tan pronto como los datos objetivos de tal forma de dominio ofrezcan la posibilidad de realización, se convierte en tarea de la dogmática describirla en sus elementos y asignarle el lugar que le corresponde en la doctrina de la autoría.” (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 246.

³⁵¹ ROXIN. **Desarrollo y recepción**. P. 4.

³⁵² ““Que con auxilio del principio de responsabilidad por sí solo no siempre es posible un trazado nítido de límites lo admiten hasta lo representantes de esta teoría, al reconocer la “autoría detrás del autor” en los casos de delitos organizados a través de maquinarias de poder, sin tener en cuenta la plena responsabilidad del sujeto agente”” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 573.

³⁵³ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 579.

³⁵⁴ ““Una organización así despliega una vida independiente de la cambiante existencia de sus miembros. Funciona de manera prácticamente “automática”, al margen de los individuos que son sus miembros.” (tradução livre) ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 579.

quase automaticamente à realização do tipo pretendido por esta”³⁵⁵. Isso pode acontecer “quando o homem de trás tira proveito das condições circunstanciais determinadas por estruturas organizadas, dentro das quais sua contribuição para o fato desencadeia resultados regulares”³⁵⁶. Assim, o homem de trás é “autor na espécie de autoria mediata. Tem o domínio do fato”³⁵⁷.

Após a paradigmática decisão do caso dos atiradores do muro, em 13 de setembro de 1994, o BGH voltou a usar o domínio por organização “no caso da interrupção do tratamento” (*Behandlungsabbruchs-Fall*). O tribunal alemão parece considerar como autores mediatos o médico e o filho de uma anciã com graves problemas cerebrais, incapaz de andar, manter-se em pé, sem qualquer perspectiva de recuperação e dependente de alimentação parenteral³⁵⁸.

Segundo relatado, os dois agentes ordenaram que os enfermeiros mudassem a alimentação da paciente, de modo que ela tivesse uma morte indolor, inclusive, acreditando que tal conduta era permitida³⁵⁹.

O BGH, em um primeiro momento, aplicaria a autoria mediata por erro de proibição vencível, mas isso não foi possível porque eram justamente “os homens de trás” que estavam em erro sobre a licitude da conduta. Finalmente, a corte alemã decidiu pela solução do domínio por organização, argumentando que o médico e o filho tinham competência para dar as ordens e os enfermeiros deviam obedecer às instruções³⁶⁰.

Roxin entende existir nesse caso uma indevida ampliação da teoria. O decisivo é que um hospital não é um aparato organizado de poder apartado da ordem jurídica, assim como a ordem não era de nenhuma maneira adequada para desencadear resultados típicos regulares³⁶¹.

Posteriormente, o BGH avaliou a presença do domínio por organização em diversos julgamentos, adotando ou rechaçando de acordo com seus precedentes e entendimentos. Ressalve-se que os parâmetros estabelecidos por Roxin não deixaram de ser uma inspiração, mas tampouco foram seguidos de forma rígida.

³⁵⁵ “Hay [...] grupos de casos en los que, a pesar de que la persona interpuesta obra de modo completamente responsable, la aportación de la persona detrás conduce de manera casi automática a la realización del tipo pretendida por esta.” (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 579.

³⁵⁶ “Lo cual puede darse cuando la persona de detrás se aprovecha de condiciones circundantes determinadas por estructuras organizadas en el marco de las cuales su aportación al hecho desencadena resultados regulares”. (tradução livre) ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 579.

³⁵⁷ “Es “autor en la manifestación de autoría mediata. Tiene el dominio del hecho”.” (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 579.

³⁵⁸ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 580/581.

³⁵⁹ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 580/581.

³⁶⁰ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 580/581.

³⁶¹ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 581.

Para além da terra de Goethe, o domínio por organização também ecoou na jurisprudência e doutrina internacional³⁶². Além da previsão legal no art. 25, III, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional³⁶³, o critério foi aplicado na Espanha, apesar de certa resistência³⁶⁴.

A sentença de 02 de julho de 1994 se refere ao caso dos danos à comunidade cigana, no qual o chefe de uma vila convocou uma manifestação de vizinhos contra o grupo. O ato resultou em inúmeros danos ao acampamento. O Supremo Tribunal Espanhol decidiu que o líder dos protestos era penalmente responsável pelos resultados típicos sob o título de autoria mediata. A razão disso é o fato de que seus atos somados a sua autoridade fomentaram o clima de hostilidade dos vizinhos com aquele povo, o que se ele não controlava, ao menos, tinha a possibilidade de fazer cessar, impedindo os danos³⁶⁵.

³⁶² Ver para aprofundamento: SANTOS, M. O. C.; BRODT, L. A. S. O domínio por organização no direito comparado. **Revista de Direito**, [S. l.], v. 13, n. 01, p. 01-34, 2021. DOI: 10.32361/2021130111301. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11301>. Acesso em: 21 mar. 2021.

³⁶³ Art. 25, III, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: “3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso: i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime; e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática; f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso. Ver para aprofundamento: WERLE. BURGHARDT. La co-autoría mediata. P. 279/294.

³⁶⁴ “Los tribunales de justicia españoles, si bien por épocas han expresamente remitido en sus sentencias a los argumentos que apoyan el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, han preferido basar sistemáticamente sus decisiones en las figuras de la inducción o instigación, o complicidad o cooperacion necesaria, figuras que tanto en el Código Penal de 1973 como en el de 1995 tienen asignadas el mismo marco penal que la autoría propiamente dicha, y, por tanto, que la autoría mediata.” MUÑOZ CONDE, Francisco. OLASOLO, Hector. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados poder en América Latina y España. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 19. N. 88. Jan.– Fev./ 2011. P. 88/89.

³⁶⁵ “En este sentido, cabe destacar la comentada sentencia de 2 de julio de 1994 (A. 6416, Ponente: Bacigalupo Zapater), que fundamenta la responsabilidad como autor mediato de un delito de daños del Alcalde de un pueblo que convocó y encabezó una manifestación ilegal de vecinos, en el transcurso de la cual algunos vecinos produjeron daños en viviendas de familias de raza gitana. En su Fundamento Jurídico Octavo reconoce la sentencia que “es claro que no es posible saber si el Alcalde creó el dolo de los manifestantes y, por lo tanto, no resulta posible considerarlo inductor; sin embargo, dado que el Alcalde tuvo una auténtica preponderancia del dominio de la decisión que condujo a los hechos, se le debe considerar como autor mediato de los daños. (...) la utilización en forma contraria al deber de su autoridad, para lanzar proclamas que aprobaban la acción contra determinados vecinos, al tiempo que postulaban la responsabilidad de un grupo étnico respecto de un hecho individual, constituye en las circunstancias del caso un verdadero superdominio del hecho de los autores inmediatos, fundado en la posición de autoridad del Alcalde. En estos supuestos una parte muy significativa de la doctrina ha considerado la posibilidad de la autoría mediata sobre la base de la figura del “autor detrás del autor”, caracterizada por la posibilidad de la autoría en ciertos casos en los que el autor inmediato de la acción típica es también plenamente responsable. En este caso ello es consecuencia de que el Alcalde, con el apoyo de su autoridad a la

Em solo grego, atualmente, há um potencial caso de domínio por organização³⁶⁶. Trata-se de fatos que são objeto de um processo criminal, instaurado no Tribunal de Atenas, contra 69 membros do partido político Aurora Dourada³⁶⁷.

Voli relata que há fortes indícios de que a organização tem inspiração nazista³⁶⁸. Isso é reforçado pelas informações de testemunhas anônimas. Segundo suas declarações, os militantes do Aurora Dourada são obrigados a ler livros de inspiração nazista e antissionista, como “Minha luta” (*Mein Kampf*) de Adolf Hitler, o diário de Joseph Goebbels e os *Protocolos de Sião*, para consolidar a ideia de que os judeus são inimigos³⁶⁹.

Outra circunstância de notável gravidade é o fato de que o líder da organização, Nikolaos Michaloliakos, é venerado pelos membros do grupo. Conforme demonstrado pela investigação realizada, há um estatuto extraoficial do partido, no qual é descrito uma espécie de “princípio do líder” (*Das “Führerprinzip”*). Em efeito, para entender o que isso significa, basta visualizar que o Deputado, também acusado no processo de Atenas, Eustathios Boukouras, declarou que o partido não tem um presidente, senão um líder com soldados de verdade, que seguem todas as suas ordens cegamente³⁷⁰.

Ademais, o alto escalão da organização se orgulha da existência de uma estrutura hierárquica obediente, sustentada, sobretudo, por dogmas e disciplinas de caráter militar³⁷¹.

Superado o contexto fático do grupo Aurora Dourada. São inúmeros os crimes descritos no procedimento jurisdicional do Tribunal de Atenas. Em princípio, há o delito de liderar e

actitud vengativa de los vecinos que componían la muchedumbre, contribuyó de una manera decisiva a crear un clima de permisividad de venganza entre los manifestantes, lo que le otorgaba una posición directiva superior de los hechos”.” IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 37.

³⁶⁶ VOLI. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. P. 385.

³⁶⁷ VOLI. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. P. 399.

³⁶⁸ Relata Voli que “Die Goldene Morgenröte wurde Anfang der 1980er Jahre als kleine Gruppe zum Zweck der nationalsozialistischen Schulung gegründet. Sie entwickelte sich anschließend zu einer politischen Gruppe entsprechend den nationalsozialistischen Vorbildern mit Nikolaos Michaloliakos als ihrem Generalsekretär.” VOLI. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. P. 394.

³⁶⁹ JN. **Juízes gregos pedem levantamento da imunidade de mais três deputados neonazis**. 2013. Disponível em: <https://www.jn.pt/mundo/juizes-gregos-pedem-levantamento-da-imunidade-de-mais-tres-deputados-neonazis-3463615.html>. Acesso em 17 de junho de 2020.

³⁷⁰ Nesse sentido: “Als oberster Führer fällt er die endgültigen Entscheidungen. Seine absolute, unantastbare, unbestreitbare Herrschaft belegen die Äußerungen von Parteifunktionären. Der Abgeordnete der Partei und Angeklagte Eustathios Boukouras betonte: “Wir haben keinen Präsidenten. Wir haben einen Führer, wir folgen ihm treu, als echte Soldaten und wir geben nie auf. Wir folgen blindlings seinen Anordnungen und wir führen sie aus.”“ VOLI. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. P. 394.

³⁷¹ “Als deutliches Beispiel sei hier auch das Rundschreiben des angeklagten Abgeordneten Christos Pappas zu erwähnen: “Wir werden durch die Parteiorgane als eine politische Volksbefreiungsarmee des Nationalsozialismus funktionieren und den gefestigten Wert des militärischen Dogmas durchsetzen, welches unumstößlicher Glaube an die und Gehorsam gegenüber der Hierarchie heißt. Es lebe der Sieg. Es lebe der Führer.”“ VOLI. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. P. 394.

integrar uma organização criminosa e incontáveis homicídios/agressões a sindicalistas e imigrantes³⁷².

Voli relata que dos 69 processados, 18 fazem parte do alto escalão do partido, incluindo o líder Nikolaos Michaloliakos. A imputação contra a cúpula é de pertencer e/ou liderar a organização criminosa. Não obstante, os mandatários se defenderam no sentido de que não tinham sangue em suas mãos, tampouco tinham dado qualquer ordem de ataque. Aos processados de hierarquia inferior no aparato de poder foram imputados homicídios e agressões³⁷³.

Em que pese as objeções da cúpula do Partido Aurora Dourada, a investigação demonstrou que os crimes cometidos tiveram motivação nacional-socialista. Também foi apresentado um robusto conjunto probatório, no qual há gravações de conversas telefônicas de autores e testemunhas, comprovando o vínculo dos executores com a liderança do Partido Aurora Dourada, o qual parece ser um real aparato organizado de poder.

Em suma, as atividades criminosas foram arquitetadas pela camada hierárquica mais alta e realizada pelos membros treinados justamente para tal desiderato (autores por trás de autores). Assim, o esforço do topo da organização para se distanciar dos níveis hierárquicos inferiores e, por consequência, de seus atos executórios, foi em vão. Sobretudo, considerando que os atos da organização são pautados pelo "princípio do líder"³⁷⁴.

³⁷²“Zu den Hauptanklagepunkten gehören der Beitritt und die Leitung bezüglich einer kriminellen Vereinigung, Mordanschläge und Übergriffe auf Migranten und Gewerkschafter.“ VOLI. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft: P. 393.

³⁷³ “Electra Alexandropoulou und Eirini Vlachou schildern die Struktur des Prozesses: “Interessanterweise beinhaltet diese Strafsache keine Anklage wegen Anstiftung zur Tat. 18 der Angeklagten, inklusive des Parteivorsitzenden und weiterer Abgeordnete, werden wegen der Mitgliedschaft und der Leitung in einer kriminellen Organisation angeklagt, aber nicht wegen der Gründung einer kriminellen Vereinigung, da die Prüfung der Strafsache erst 2008 beginnt, die Organisation aber schon 1980 gegründet worden war. Diesen 18 Angeklagten wird strafrechtlich nicht anderes vorgeworfen”. Der “zweiten Gruppe” der Angeklagten werden allerdings zusätzlich strafrechtlich relevante Straftatbestände vorgeworfen. “Daher wird eine Trennlinie zwischen ›oberen‹ und ›unteren‹ Angeklagten geschaffen – die Führung der Organisation sollte kein Blut an den Händen haben und weist Anklagepunkte zurück, nach denen sie Aufträge für die Angriffe erteilt habe. Deswegen erscheint diese Gruppe bisher auch nicht vor Gericht – sie argumentiert, dass sie nichts mit den Mitgliedern von niederem Rang zu tun hat, die die ›Drecksarbeit‹ gemacht haben.” Alexandropoulou/Vlachou, Zum Prozess gegen die “Goldene Morgenröte” in Griechenland. Rechtliche und politische Herausforderungen. In: RAV InfoBrief 7 (112), URL: <https://www.rav.de/publikationen/infobriefe/infobrief-112-2016/zum-prozess-gegen-die-goldene-morgenroete-in-griechenland/> Apud in: VOLI, Aphrodite. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. P. 404.

³⁷⁴ “In der Hauptverhandlung wurde bewiesen, dass der Nationalsozialismus der ideologische Kern der Organisation ist und die Grundlage für die Zielsetzung für die begangenen Verbrechen darstellt. Aus dem reichhaltigen Beweismaterial, wie etwa Mitschnitten von Telefongesprächen der Täter und Zeugenaussagen, geht weiterhin hervor, dass ein Bericht an die nächsthöhere Instanz der Organisation gegeben wurde. Es wurde bewiesen, dass die behandelten Verbrechen im Rahmen einer hierarchisch strukturierten Organisation begangen wurden, die die Mission der Partei verwirklichte. Jedes kriminelle Handeln war hierarchisch geplant, es wurde von zu diesem Zweck geschulten Parteimitgliedern ausgeführt und setzte durch eine militärische Struktur das ideologische Programm der Goldenen Morgenröte um. Das Bestreben der Organisations Spitze, sich von den Verbrechen der niedrigen Hierarchiestufen zu distanzieren, ist also sinnlos: Die Organisation ist im Gegenteil nach

Ademais, tampouco o domínio por organização se restringiu ao velho continente. Muito pelo contrário, foi na América Latina onde teve maior acolhida, inclusive, sendo aplicada antes que na Alemanha³⁷⁵.

Na sentença datada de 09 de dezembro de 1985 a Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccional Federal da Argentina aplicou o domínio por organização e condenou, como autores mediatos, os membros das Juntas Militares responsáveis pela ditadura ocorrida no País durante os anos de 1976 a 1983³⁷⁶.

Entretanto, em 20 de dezembro de 1986, a Corte Suprema de Justiça argentina reformou a decisão da Câmara Nacional. Muito embora a aplicação da teoria do domínio da organização tenha recebido dois votos em seu favor, a tese majoritária afastou a aplicação da construção de Roxin baseando-se em argumentos compatíveis com a teoria formal-objetiva³⁷⁷.

dem “Führerprinzip”” VOLI. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft: Der Fall der Goldenen Morgenröte. P. 405.

³⁷⁵ ROXIN. Desarrollo y recepción. P. 6.

³⁷⁶ Nesse sentido relata MUÑOZ CONDE e OLASOLO: “De acuerdo con la Cámara Federal de Buenos Aires, a partir del derrocamiento de las autoridades constitucionales y la toma del poder en 1976, las Juntas Militares concibieron e implementaron una estrategia global con el objetivo de luchar contra la subversión mediante el establecimiento de una compleja red de centros de detención clandestina, donde los secuestrados fueron sometidos a interrogatorio y tortura. El país estaba dividido en numerosas zonas militares, dentro de las cuales los jefes regionales recibieron completa autonomía sobre las operaciones clandestinas. Dentro de cada zona, los oficiales intermedios en la cadena de mando de las tres fuerzas armadas cooperaban en el secuestro de subversivos sospechosos. En el punto más álgido de la campaña contra la subversión, la Corte Suprema, cuyos miembros habían sido designados por los militares en el poder, repetidamente instó a los comandantes militares a esclarecer el destino de las personas desaparecidas en una acción colectiva de 400 peticiones de *habeas corpus*. A pesar de los muchos civiles que habían sido secuestrados, torturados y/o asesinados (de acuerdo a fuentes oficiales, hubo en total alrededor de 18.000 víctimas, y según otras fuentes, 30.000), ninguna persona fue procesada penalmente de modo satisfactorio ni por los Tribunales de justicia militares, ni por los civiles. El Gobierno militar de ese entonces negó constantemente que esos crímenes hubieran tenido nunca lugar. A la vista de estas circunstancias, la Cámara Federal de Buenos Aires en la sentencia en la que se ocupó por primera vez estos hechos, una vez terminada la Dictadura, afirmó que la determinación de quién realmente había perpetrado los delitos, no era lo más importante. En efecto, de acuerdo con esta sentencia, los ejecutores materiales no conformaban en verdad cuadros tan significativos, dado que éstos cumplieron un rol secundario en la perpetración de los crímenes, puestos que el sujeto de detrás que controlaba el sistema, dominaba la voluntad de esos hombres que eran parte de la organización. Como el dominio de los comandantes militares condenados en esta sentencia era absoluto – incluso si un subordinado se rehusaba a obedecer, era reemplazado automáticamente por otro que cumpliera con las directivas, el plan concebido por los comandantes militares condenados no podría hacer fracasado por la voluntad de los ejecutores materiales del delito, quienes simplemente cumplían una función menor dentro de una maquinaria gigantesca.” MUÑOZ CONDE. OLASOLO. La aplicación del concepto de autoría mediata. P. 66/68.

³⁷⁷ MUÑOZ CONDE. OLASOLO. La aplicación del concepto de autoría mediata. P. 69.

Por fim, menciona-se que a teoria também não é estranha à jurisprudência chilena e à colombiana³⁷⁸. Sobretudo, à peruana, no caso Fujimori – aplicação, inclusive, bastante elogiada por Roxin³⁷⁹.

3.1.2 *Elementos estruturantes*

Em um primeiro contato com os elementos estruturantes da teoria é conveniente que eles sejam apresentados de modo extremamente simples e sem qualquer pretensão de problematização. De toda forma, independentemente do que será debatido no decorrer da investigação, parece ser de bom desde já sublinhar que há uma divergência sobre quais são os critérios da teoria do domínio por organização.

Nas usuais manifestações de Roxin, sempre estão presentes três requisitos: (a) o poder de mando em uma organização hierarquicamente estruturada; (b) uma organização, total ou parcialmente, afastada da ordem jurídica e a (c) a fungibilidade dos executores³⁸⁰.

A existência de um quarto requisito, a disposição incondicionada ao fato delitivo, entretanto, é objeto de constante reflexão. Em algumas oportunidades, Roxin a reconhece como um requisito³⁸¹, em outras, assinala que “não é um critério autónomo do domínio da organização, senão a consequência dos três requisitos desta figura, antes indicada”³⁸².

Nesta investigação, não obstante, o estudo do critério da “disposição incondicionada” não será renunciado. Isto não só porque se trata de um pressuposto reconhecido pelo BGH, mas sobretudo porque parece ofertar uma relevante contribuição ao grupo de casos aqui tratado.

Dito isto, sem mais delongas, o primeiro requisito é o poder de mando em uma organização hierarquicamente estruturada. Segundo Roxin, somente pode ser autor mediato

³⁷⁸ Para maior aprofundamento: MUÑOZ CONDE, Francisco. OLASOLO, Hector. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados poder en América Latina y España. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 19. N. 88. Jan.– Fev./ 2011. SUÁREZ, Hermencia Sabogal. **Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**. El nuevo paradigma de la Justicia penal em Colombia. En el Marco de Los Derechos Humanos. Tesis de grado para optar el título em Magister em Derecho Penal, Universidade Libre. Bogotá, 2014. MARTÍNEZ, Custodia Jiménez. **Domínio del hecho y autoría mediata em aparatos organizadas de poder**. Tesis doctoral dirigida por Mariano Melendo Pardos (dir. tes.). UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). 2015. DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da organização**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

³⁷⁹ ROXIN, Claus. Observações sobre a decisão da corte suprema peruana no caso Fujimori. Trad.: Alaor Leite. São Paulo. **Revista Brasileira de ciências criminais**. 2011.

³⁸⁰ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 692.

³⁸¹ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoría mediata. Trad. Alflen da Silva. **Revista Panóptica**. Ano 3. Volume 17. 2009. P. 84/85.

³⁸² “no es un criterio autónomo del dominio de la organización, sino la consecuencia de los tres requisitos de esta figura, antes indicados.” (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 693.

quem tem o poder de mando na organização e o exerce para produzir resultados típicos³⁸³. Além disso, “como organização, no sentido desta teoria, não só se deve considerar o Estado, cujos dirigentes, em casos de crimes do sistema, podem ser responsáveis como autores mediatos dos crimes que tenham ordenado perpetrar”³⁸⁴, mas também “as estruturas de poder informais, como as que operam em muitas manifestações da delinquência organizada, as milícias terroristas, os bandos em guerras civis, conflitos tribais ou “depurações tribais””³⁸⁵.

Roxin nega que exista uma organização quando os inúmeros criminosos só estão vinculados por razões pessoais, como uma máfia familiar ou quando dependam incondicionalmente de determinados agentes. Senão, a organização deve ser estruturada de modo a alcançar uma forma e transcendência que independa da vontade dos indivíduos em concreto³⁸⁶.

O segundo requisito é que a organização esteja desvinculada do direito. O aparato “não precisa ter se desvinculado do direito em todos os aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele. As medidas tomadas pela DDR e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se muitos setores dentro do direito vigente”³⁸⁷. Roxin complementa “a desvinculação do direito também se dá quando os dirigentes, [...] consideraram seguramente legal sua conduta. Pois o que é “justo e legal” [“*Recht*” *sein*] é o tribunal que decide, não as ideias dos dirigentes, com frequência desumanas”³⁸⁸. Não obstante, para elidir as dúvidas, o professor alemão assinala que “para a desvinculação do direito não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica atual”³⁸⁹.

A fungibilidade ou intercambialidade do executor direto é o fator decisivo para fundamentar o domínio por organização³⁹⁰. Trata-se da possibilidade de substituição do homem que executará materialmente o delito. O Tribunal de Justiça do Peru, ao julgar o caso Fujimori, diferenciou entre fungibilidade negativa e positiva. A negativa, correspondente ao critério

³⁸³ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 84/86.

³⁸⁴ “Como organización em el sentido de esta teoría no solo há de considerarse al Estado, a cuyos dirigentes, en caso de crímenes de sistema, se les puede hacer responsables como autores mediatos de los crímenes que há ordenado perpetrar.” (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 692.

³⁸⁵ “Bastan las estructuras de poder informales, como las que operan en muchas manifestaciones de la delincuencia organizada, las milicias terroristas, los bandos en guerras civiles, conflictos tribales o “depuraciones étnicas”.” (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 692.

³⁸⁶ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 692.

³⁸⁷ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 81.

³⁸⁸ “La desvinculación del Derecho también se da cuando los dirigentes, en su caso respectivo (p. ej. En el abatir a tiros a los fugitivos), seguramente consideraron legal su conducta. Pues lo que es “justo y legal” [“*Recht*” *sein*] lo decide el tribunal, no las ideas de los dirigentes, com frecuencia inhumanas” (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 692.

³⁸⁹ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 81.

³⁹⁰ Em: ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 240.; ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 82.

idealizado por Roxin, significa que pouco importa para o resultado típico que um subordinado não cumpra a ordem por recusa, já que outro cumprirá. A positiva significa que há uma pluralidade de autores para o delito, portanto, pode se escolher o melhor para o cumprimento da ordem³⁹¹.

Por fim, há o requisito da disposição incondicionada ao fato delitivo. Roxin destaca que o critério se assemelha com o de Schroeder e Heinrich, inclusive, também foi recepcionado pelo BGH³⁹².

Roxin esclarece que a disposição incondicionada *per si* não fundamenta autoria alguma, senão deve se entender de modo distinto. A atitude disposta ao fato delitivo é compreendida como uma constante em razão da forma específica de atuação de uma organização³⁹³. O fato é que “aquele que em um aparato organizado de poder desvinculado do direito executa o último ato de preenchimento do tipo é diferente de um autor isolado em si mesmo”³⁹⁴. Afinal, “ele está sujeito a numerosas influências específicas da organização, que na verdade não excluem de modo algum a sua responsabilidade, mas o tornam “mais disposto ao fato” que outro potencial delinquente”³⁹⁵.

3.1.3 *Objecções à teoria do domínio por organização*

A maioria das objeções à teoria do domínio por organização é baseada na resistência ao “autor por trás do autor”³⁹⁶ - temática trabalhada no tópico 2.2.5, ao que se remete. Superada essa questão, as demais objeções se referem aos questionamentos sobre a existência de seus critérios, sobretudo, a capacidade de fundamentarem a autoria mediata do homem de trás.

Lembre-se que, para Roxin, a fungibilidade é o fator decisivo para o domínio por organização. Em polo oposto, Herzberg contesta a correção dessa premissa ao questionar a própria fungibilidade. Segundo sua objeção, o encarregado de executar o fato delitivo pode se decidir contra a prática do crime, ou seja, o agente atrapalha o cumprimento da ordem. Para ilustrar, Herzberg faz alusão ao caso dos atiradores do muro: um guarda da fronteira não só se recusa a atirar contra fugitivos, mas também erra conscientemente o disparo e deixa a evasão ocorrer, em contrariedade à ordem de atirar contra potenciais fugitivos³⁹⁷.

³⁹¹ ROXIN. Observações sobre a decisão da corte suprema peruana no caso Fujimori. P. 17.

³⁹² ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 85.

³⁹³ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 85.

³⁹⁴ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 85.

³⁹⁵ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 85/86.

³⁹⁶ ROXIN. *Autoría y dominio*. P.693.

³⁹⁷ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 695.

Renzikowski entende que a fungibilidade não é um critério hábil para fundamentar a responsabilidade penal sob o título de autoria. Segundo o professor “se o autor “sentado à escrivania” deve ser responsabilizado como homem de trás por um homem da frente ter cumprido sua ordem, o cumprimento da ordem deve ser possível, vale dizer, provável”³⁹⁸.

Mas, para Renzikowski “da probabilidade do cumprimento da ordem não decorre, contudo, absolutamente nada, e, por conta disto, de resto também não se confere importância ao grau de chance de realização do resultado para diferenciar autoria de participação”³⁹⁹. O professor exemplifica que nenhum defensor da teoria do domínio do fato questionaria que quem contrata um assassino profissional tem mais chances de alcançar o resultado típico do que quem utiliza um incapaz ou alguém em erro, e nem por isso o primeiro deixaria de ser instigador e o segundo autor mediato⁴⁰⁰.

Sintomático disso é que se as ações hipotéticas de terceiros não são relevantes para o direito penal⁴⁰¹, então a fungibilidade (e a alta probabilidade de ocorrência do resultado) não fundamenta a autoria. Por fim, para Renzikowski o domínio da organização, na verdade, apoia-se no “poder de guiar” do homem de trás⁴⁰².

Naturalmente, Roxin não confere razão às objeções apresentadas. Ele alega que em uma organização de poder hierarquicamente estruturada a fungibilidade dos executores é uma realidade, não uma hipótese⁴⁰³. Não há nenhuma ação hipotética de terceiros considerando que “o funcionamento do aparato se baseia na existência de numerosos órgãos executores e que quem obra diretamente, portanto, (diferente do autor potencial, na indução) carece do poder de fazer fracassar o fato”⁴⁰⁴. Dito isso, é possível visualizar com maior clareza o equívoco da objeção de Renzikowski.

³⁹⁸ RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação. P. 97.

³⁹⁹ RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação. P. 98/99.

⁴⁰⁰ RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação. P. 98/99. No mesmo sentido, é o argumento de Rotsch. Conforme relata Roxin: “No caminho oposto à legitimação de uma mera instigação do emissor da ordem, no marco do aparato organizado de poder, segue Rotsch, uma vez que ele apresenta a tese de que um habitual instigador tem o resultado nas mãos, com a mesma segurança que aquele que ordena os fatos puníveis no marco de uma organização criminosa. O homem de trás no marco do aparato organizado de poder, portanto, não se distingue de outros instigadores e por isso pode ser tratado como tal. Ele procura comprovar isto através da construção de um exemplo e afirma: “se o... político P, em uma manifestação diante de 500 de seus – não vinculados a uma organização – fanáticos partidários, desafia a matar o malquisto concorrente X e para isso promete uma recompensa de 1 Milhão de Dólares, ele pode estar certo da execução do seu ato, da mesma forma que aquele que confia no cometimento de um ato no <curso regular> de um aparato organizado.”” In ROTSCH. *Neues zur Organisationsherrschaft*. NStZ. 2005. P. 13 e ss. Apud: ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 75/76.

⁴⁰¹ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 695.

⁴⁰² RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação. P. 98.

⁴⁰³ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 695.

⁴⁰⁴ “el funcionamiento de la maquinaria se basa en la existencia de numerosos órganos ejecutores y que quien obra directamente, por tanto (a diferencia del autor potencial, en la inducción) carece de poder de hacer fracasar el hecho.” (tradução livre). ROXIN. *Autoría y dominio*. P.695.

É verdade que um aparato organizado de poder se sustenta pelo poder de mando da cúpula, mas esse é um ponto secundário. Veja bem: uma vez que os executores materiais estão em uma posição de subordinação em relação ao homem de trás, é concreta a possibilidade de interferência na realização do delito, inclusive, o mandando suspender. Por essas razões, de fato, não há muita diferença entre o instigador que contratou um assassino profissional e o comandante da organização. É dizer, ambos, arrependidos da ordem, podem cancelar, enquanto exista tempo, o ataque ao bem jurídico, de modo que se o homem da frente ainda assim prosseguir nos atos executórios, obrará por conta própria.

Mas, não é porque os resultados são semelhantes que os fundamentos são equivalentes, carece de se considerar outras variáveis, por ora, ocultas. Isto é, atrás do mercenário há um agente instigador, que mesmo plenamente convencido de toda a *expertise* de seu “prestador de serviço”, não passa de um indivíduo. Na outra situação, atrás do executor direto, há uma organização estruturada: (a) de modo vertical, ou seja, subordinação; (b) horizontal, o que significa baixíssimo poder de decisão sobre o “como”; sem esquecer que o “se” já é a ordem.

Por isso é que não se pode desconsiderar a fungibilidade dos executores. É dizer, malgrado seja o assassino contratado um profissional no ofício de ceifar vidas, não é impossível que se arrependa e desista voluntariamente do adimplemento de seu obscuro contrato, o que causará significativos embaraços aos planos do instigador. Por outro lado, a organização por si só está mais bem preparada para lidar com esses “imprevistos”, uma vez que, em caso de recusa, a fungibilidade vai garantir o imediato soldado de reserva. Razão pela qual não se trata de uma hipotética ação de terceiros, senão uma alta e concreta probabilidade de cumprimento da ordem.

Aliás, a alta probabilidade do cumprimento da ordem parece ser uma condição necessária ao domínio por organização, mas não suficiente para o domínio na medida em que outras hipóteses de autoria mediata não pressupõem tal circunstância. Nesse sentido, segundo o BGH, “o emprego de instrumentos sob erro ou inimputáveis são frequentes configurações de casos em que o autor mediato tem em suas mãos a produção do resultado em medida muito menor do que em casos” de domínio por organização⁴⁰⁵.

De toda forma, mesmo nos aparatos de poder, ainda que mínima, há uma margem de dúvida sobre a execução da ordem emanada, ou seja, *é plenamente possível a existência de falhas na organização*.

⁴⁰⁵ “en el empleo de instrumentos bajo error o inimputables son frecuentes configuraciones de casos en que el autor mediato tiene en sus manos la producción del resultado en mucha menor medida en que en casos del género descrito”. BGH, 40, P. 236. Apud in: ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 696.

É nesse ponto que as objeções de Herzberg perdem força. Por mais que a organização não seja à prova de falhas, não se pode conferir ao homem da frente mais poder de decisão sobre o fato do que ele realmente o tem. Sua capacidade de evitar o delito é reduzidíssima, para não dizer que não existe, como o faz Roxin⁴⁰⁶. Principalmente, em razão do fato de que uma organização de poder pressupõe um sistema de vigilância recíproca, de modo que dificilmente um subordinado deixaria de cumprir a ordem⁴⁰⁷.

Soma-se a isso que “a autoria mediata não pressupõe que sempre, sem exceção, se tenha o êxito”⁴⁰⁸ na produção do resultado típico. Não é impossível que, malgrado a situação de autoria mediata esteja plenamente configurada, a consumação do delito não ocorra por circunstâncias externas à vontade do homem de trás.

Com efeito, a única objeção ao domínio por organização que se sustenta é a formulada por Schroeder. Mas, a crítica parece ser muito mais uma limitação da teoria do que propriamente um questionamento de seus fundamentos e/ou critérios. Segundo ele não há fungibilidade se o fato deve ser feito por um agente especialista, não substituível, cuja execução é essencial para o resultado típico⁴⁰⁹. Entretanto, isso é autoevidente igual ao fato que o domínio por organização “tampouco foi feito a medida de tais acontecimentos ou casos singulares, senão de fatos que se fundamentem em circunstâncias similares, recorrentes e que são executáveis por pessoas fungíveis”⁴¹⁰.

Ressalte-se, por fim, que a teoria do domínio por organização tem pretensão de cientificidade, não se trata de um mero artifício para facilitar a condenação de agentes de destaque em uma organização. Senão quando Roxin a idealizou tinha em mente raros e graves casos, cuja solução da dogmática clássica não se apresentava satisfatória à culpabilidade. Ademais, é possível vislumbrar a cautela do professor alemão no desenvolvimento da teoria ao se analisar o rigor de seus elementos estruturantes, os quais, já apresentados no tópico 3.1.2, serão analisados a seguir de forma pormenorizada e analítica.

⁴⁰⁶ Roxin afirma que simplesmente não existe, prefere-se, por prudência, defender que seja reduzidíssimo. “el poder de evitación del ejecutor directo sencillamente no existe.” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 695.

⁴⁰⁷ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 696.

⁴⁰⁸ “La autoría mediata no presupone que siempre, sin excepción, haya de tener éxito.” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 696.

⁴⁰⁹ ROXIN. **Derecho Penal**, Parte General: Tomo II. P. 116.

⁴¹⁰ “el dominio por (o de) organización tampoco está hecho a medida de tales acontecimientos o supuestos singulares, sino de hechos que se basan en circunstancias similares recurrentes y que son ejecutables por personas fungibles”. (tradução livre). ROXIN. **Derecho Penal**, Parte General: Tomo II. P. 117.

3.2 Poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente

3.2.1 Aspectos gerais

O poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente é um dos elementos estruturantes do domínio por organização. Aparentemente, não se trata de um critério de difícil compreensão, nem se apresenta permeado de polêmicas. A doutrina tampouco gastou rios de tinta para o objetar ou problematizar⁴¹¹. Não raramente, seu conteúdo semântico é brevemente descrito e explicado, depois adentra-se nos demais requisitos, os quais podem se apresentar de modo mais nebuloso e complexo.

O fato é que uma vez que se reconhece a correção do domínio por organização se torna difícil objetar o critério, porque uma crítica a ele afeta diretamente a estrutura mínima da teoria. Cuida-se da espinha dorsal dessa espécie excepcional de autoria mediata. É dizer, não existindo uma estrutura organizada hierarquicamente não deve sequer ser cogitada a hipótese de sua aplicação.

Igualmente, deve se afastar o domínio por organização se, existindo a estrutura, o fato delituoso não for reconduzido a uma ordem de alguém com poder de mando, sob pena de se incorrer em um indesejável domínio da posição.

Conclui-se, assim, que essas duas partes do requisito se apresentam, em verdade, como uma condição necessária desse grupo de casos. É o que possibilita alguns homens de trás e muitos homens da frente.

A partir da concepção de que o poder de mando de uma estrutura organizada de poder é uma condição necessária de existência do domínio por organização parece ser imprescindível expor de modo pormenorizado todas as suas eventuais questões problemáticas. Sobretudo, porque a verificação da possibilidade de aplicar a teoria na criminalidade de empresa depende também da compreensão das controvérsias ao redor do poder de mando e da estrutura hierárquica organizada de poder.

Um primeiro ponto é que o poder de mando significa mais do que ostentar uma posição no topo da organização. Além disso, não se trata só da possibilidade teórica de mandar e desmandar, o que parece ser de suma relevância no âmbito dos delitos omissivos na criminalidade empresarial, mas não tanto especificamente aqui. Senão que, somado a tudo isso,

⁴¹¹ Verdade seja dita, há uma exceção descrita por Voli. O professor grego Charalambakis entende que o domínio por organização é um conceito vago na medida em que Roxin não indica quais são as características configuradoras de um aparato organizado de poder. VOLI. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft: Der Fall der Goldenen Morgenröte. P. 391.

deve existir, necessariamente, uma ordem ilícita direcionada aos níveis inferiores, cuja realização é o fim último do homem da frente.

A doutrina, não obstante, não conferiu a devida atenção aos contornos dessa ordem ilícita⁴¹²; parece ser um tópico inexistente nos diversos artigos e pesquisas sobre o tema. O quadro dogmático não seria tão grave se os requisitos e limites da ordem não fossem só uma interrogação, senão um ponto significativamente nebuloso do modelo teórico de Roxin.

A omissão doutrinária sobre isso não significa que se trata de um problema secundário. Pelo contrário, o ponto é especialmente relevante porque a ordem do superior hierárquico é a responsável por desencadear a marcha causal lesiva ao bem jurídico. Sobretudo, porque é só a partir dela que se identifica efetivamente o homem de trás.

Deste modo, um desenvolvimento dessa problemática - realizada adiante, no tópico 3.7.3.1 - é de extrema importância para conferir maior racionalidade e previsibilidade a aplicação pelos tribunais do domínio por organização. Isso é necessário, sobretudo, no conturbado horizonte jurisprudencial brasileiro no qual teorias jurídicas desenvolvidas sob distinto contexto social-normativo são importadas de forma quase sempre desastrada v.g. a cegueira deliberada⁴¹³ e o próprio domínio por organização.

No que tange ao poder de mando, a doutrina amiúde a associa com a ideia de subordinação⁴¹⁴. Só há alguém que manda e desmanda, porque há outros agentes, em situação hierárquica inferior, que obedecem. A relevância desse elemento para a autoria mediata pelo domínio por organização está na existência de uma estrutura hierárquica de poder cuja divisão de tarefas e funções seja substancialmente clara no que tange a quem determina e quem executa.

Nesse sentido, à medida que se refere a uma estrutura hierárquica de poder deve se ter em mente a existência não só de uma mera divisão de tarefas, senão de uma concreta cadeia de comando, na qual poucos decidem e determinam, alguns organizam e direcionam o cumprimento da ordem e muitos são os disponíveis para a efetiva execução.

Nesse modelo de organização, nos níveis mais altos estão os responsáveis pelas questões políticas e estratégicas; amiúde, é aqui que se decide “se” haverá ou não a prática delitiva. A título de ilustração, é neste grupo que se encontram, os CEO’s dos dois primeiros casos, CFO e CCO do caso da instituição financeira, bem como o proprietário do hospital veterinário no

⁴¹² Conforme observado pelo Professor Doutor Frederico Horta, na banca de qualificação realizada na Faculdade de Direito da UFMG no dia 10/02/2020, quando avaliava o projeto de pesquisa que originou a presente dissertação.

⁴¹³ Ver para aprofundamento: LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo. Marcial Pons, 2018. PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo. 2019.

⁴¹⁴ Assim, por exemplo, Eva Fernández Ibáñez quando expõe sobre a temática, o faz sob o título “Subordinación y Estructura Jerárquica del Aparato”. IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 155.

terceiro caso. Em igual situação, estava Hitler, Himmler e Heydrich em relação ao aparato nazista, bem como está Nikolaos Michaloliakos em relação ao partido político grego Aurora Dourada.

Em um nível intermediário da estrutura hierárquica estão os agentes responsáveis por receber as ordens de seus superiores, organizar a operação e eventualmente, supervisionar os executores. Logo, esses agentes determinam boa parte do “como” da prática delitativa, deixando aos níveis inferiores baixíssimo poder decisório. Com efeito, estão nesse nível intermediário todos os agentes que, inobstante não tenham o mesmo poder de decisão da cúpula, ostentam um importante papel na realização do delito ao preparar e dar suporte àqueles que estão no nível mais baixo da cadeia de comando. Aqui estão o chefe do setor de propina do caso da empreiteira (n. 2) e o médico veterinário chefe na variante do caso 3.

Muito embora seu nome seja bastante conhecido e repercutido no âmbito da teoria do domínio por organização, o tenente coronel da SS, Adolf Eichmann, estava em um nível intermediário no aparato nazista. Ele não tinha praticamente nenhuma influência nas decisões da cúpula. Basta ver que o nazista afirmou, no Tribunal de Jerusalém, que se tratava de um mero cumpridor de ordens e prescindível ao regime⁴¹⁵.

Finalmente, no nível mais baixo da organização estão os inúmeros agentes responsáveis pela execução das ordens. Naturalmente, estão nesse grupo os nazistas que executaram os judeus e os integrantes do grupo Aurora Dourada responsáveis pelos ataques e agressões aos imigrantes e sindicalistas. Nos hipotéticos casos apresentados, estão nesse grupo os gerentes bancários, os membros do setor de propina e os médicos veterinários.

⁴¹⁵ A assertiva fica nítida em diversas passagens de: ARENDT. **Eichmann em Jerusalém**. P.18/19. “A atitude de Eichmann era diferente. Em primeiro lugar, a acusação de assassinato estava errada: “Com o assassinato dos judeus não tive nada a ver. Nunca matei um judeu, nem um não-judeu — nunca matei nenhum ser humano. Nunca dei uma ordem para matar fosse um judeu fosse um não judeu; simplesmente não fiz isso”, ou, conforme confirmaria depois: “Acontece [...] que nenhuma vez eu fiz isso” — pois não deixou nenhuma dúvida de que teria matado o próprio pai se houvesse recebido ordem nesse sentido. Por isso ele repetia incessantemente (algo que já declarara nos assim chamados documentos Sassen, entrevistas dadas por ele em 1955 ao jornalista holandês Sassen, antigo homem da SS e também fugitivo da justiça, que depois da captura de Eichmann foram publicadas em parte pela revista Life, nos Estados Unidos, e pela Stern, na Alemanha) que só podia ser acusado de “ajudar e assistir” à aniquilação dos judeus, a qual, declarara ele em Jerusalém, fora “um dos maiores crimes da história da Humanidade””; P. 53. “Aconteceu num momento em que, conforme admitiu aberta e espontaneamente em outro contexto, ele já havia sido informado da ordem do *Führer* para a Solução Final.”; P. 54. “Heydrich iniciou a reunião com Eichmann fazendo “um pequeno discurso sobre emigração” (que havia praticamente cessado, embora uma ordem formal de Himmler proibindo toda emigração de judeus exceto em casos especiais, a serem examinados pessoalmente por ele, só tenha sido emitida alguns meses depois), e disse: “O *Führer* ordenou que os judeus sejam exterminados fisicamente””. No mesmo sentido o advogado de defesa de Eichmann: “Así, el defensor de Eichmann señalaba, en favor de su cliente, que “de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas.” Servatius, *Verteidigung Adolf Eichmann, Plädoyer* (alegato en defensa de A. E.). 1961. P. 77-78. Apud: ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 241.

Diante dessa estrutura, parece ser manifesto que, a partir do domínio por organização, os membros da cúpula, responsáveis pela ordem, respondem pelo fato a título de autoria mediata. Na mesma linha lógica, os executores são autores imediatos. Mas, a classificação jurídica pela qual os membros intermediários devem ser responsabilizados não é de modo algum evidente. A questão é que esses agentes se encontram em um meio termo, não são os “senhores da ordem criminosa” nem executam materialmente o delito. Noutra perspectiva, auxiliam tanto os seus superiores como comandam seus subordinados. Deste modo, conforme se verá adiante, não faltam argumentos para os responsabilizar como autores mediatos, coautores ou até cúmplices.

3.2.2 *Domínio escalonado. Responsabilidade dos intermediários*

A partir do paradigma da teoria do domínio por organização, a proposta deste tópico é apresentar as diferentes soluções que versam sobre o problema da natureza jurídica da contribuição ao resultado típico dos agentes situados no nível intermediário da estrutura hierárquica. Não obstante, a compreensão das razões apresentadas será ainda maior se for trabalhada em conjunto dos casos a seguir:

1. De 1925 até 1945, na Alemanha, existia a organização denominada *Schutzstaffel*, popularmente conhecida como SS. Tratava-se da agência de inteligência e estratégia oficial do regime nazista. A estrutura da SS se parecia muito com as organizações militares, mas não se confundia com o exército alemão, senão era paralela. Na prática, funcionava como uma organização de execução particular do *Führer*; se curvava aos desígnios obscuros de Adolf Hitler. O cargo máximo da SS era o de *Reichsführer-SS*, sendo ocupado por Julius Schreck (1925–1926), Joseph Berchtold (1926–1927), Erhard Heiden (1927–1929), Heinrich Himmler (1929–1945) e por fim, Karl Hanke (1945). A partir das graduações maiores para as menores assim era a lista de patentes da SS: *Reichsführer-SS*; *Oberstgruppenführer*, *Obergruppenführer*, *Gruppenführer*, *Brigadeführer*, *Oberführer*, *Standartenführer*, ***Obersturmbannführer***, *Sturmbannführer*, *Hauptsturmführer*, *Obersturmführer*, *Untersturmführer*, *Sturmscharführer*, *Hauptscharführer*, *Oberscharführer*, *Scharführer*, *Unterscharführer*, *Rottenführer*, *Sturmmann*, *Oberschütze* *Obermann* e *Schütze Mann*. Aproximadamente no ano de 1941, Hitler decide que os judeus devem ser exterminados e confere a SS tal tarefa. A “solução final”

(*Endlösung*), não objetada por Himmler⁴¹⁶, se tornou ônus de Heydrich, um *Oberstgruppenführer*. A missão foi direcionada para o setor IV-B do “Escritório Central de Segurança do Estado” *Reichsicherheitshauptamt* (RSHA)⁴¹⁷, cuja função principal se tornou organizar, planejar, coordenar e direcionar o extermínio do povo judeu⁴¹⁸. Na subdivisão IV-B-4 do RSHA, o poder de mando era de Eichmann, um dos *SS-Obersturmbannführer*⁴¹⁹. Nesta

⁴¹⁶ “Para Himmler, é de suma importância que essa “horrrível tarefa” seja executada sem prazer. Esta é uma constante de seu discurso sobre o genocídio, constante que encontramos, por exemplo, no célebre discurso pronunciado em Posen em outubro de 1943. Nele, com efeito, Himmler decidiu abordar a questão da Solução Final diante de uma plateia restrita de dignitários nazistas: “A frase “Os judeus devem ser exterminados” comporta poucas palavras, é rapidamente dita, senhores. Mas o que ela necessita da parte daquele que a põe em prática é o que há de mais duro e difícil no mundo.... Peço-lhes encarecidamente que apenas ouçam o que digo aqui, sem comentários. A seguinte pergunta foi feita: “O que fazemos com as mulheres e crianças?” Estou determinado e encontrei uma resposta evidente. Eu não me sentia efetivamente no direito de exterminá-los – ou, se preferirem, de matá-los ou mandá-los matar – e deixar seus descendentes crescer, para depois se vingar em nossos filhos e descendentes. Foi preciso tomar a decisão de eliminar este povo da Terra. Para a organização que teve de realizar essa tarefa, foi a coisa mais dura do mundo. Julgo poder dizer que isso foi realizado sem que nossos homens tenham sofrido em seu coração ou alma. O perigo, contudo, era real ...” INGRAO, Christian. **Crer e destruir:** os intelectuais na máquina de guerra da SS nazista. Trad. André Telles. Ed. Zahar. P. 175.

⁴¹⁷ “Em 22 de junho de 1941, Hitler deu início a seu ataque à União Soviética, e seis ou oito semanas depois Eichmann foi chamado ao escritório de Heydrich em Berlim. Em 31 de julho, Heydrich recebeu uma carta do Reichsmarschall Hermann Göring, comandante-em-chefe da Força Aérea, primeiro-ministro da Prússia, plenipotenciário do Plano Quadrienal, e, por último, mas não menos importante, vice de Hitler na hierarquia do Estado (diferente da hierarquia do Partido). A carta determinava que Heydrich preparasse “a solução geral (*Gesamtlösung*) da questão judaica dentro da área de influência da Alemanha na Europa” e apresentasse “uma proposta geral [...] para a implementação da desejada solução final [*Endlösung*] da questão judaica”. No momento que Heydrich recebeu essas instruções, conforme iria explicar ao Alto Comando do Exército numa carta datada de 6 de novembro de 1941, ele já estava “há anos encarregado da tarefa de preparar a solução final para o problema judaico” (Reitlinger)” ARENDT. **Eichmann em Jerusalém**. P. 55.

⁴¹⁸ “Cada um dos Escritórios Centrais da SS, em sua organização de guerra, era dividido em seções e subseções, e o RSHA acabou tendo sete seções principais. A Seção IV era o departamento da Gestapo, chefiado pelo *Gruppenführer* (major-general) Heinrich Müller, cuja patente era a mesma que tinha na polícia bávara. Sua tarefa era combater “opponentes hostis ao Estado”, que eram divididos em duas categorias, tratadas por duas seções: a Subseção IV-A cuidava dos “opponentes” acusados de comunismo, sabotagem, liberalismo e assassinato, e a Subseção IV-B cuidava das “seitas”, isto é, católicos, protestantes, maçons (o posto continuava vazio) e judeus. Cada categoria dessas seções tinha um escritório próprio, designado por um numeral arábico, de forma que Eichmann acabou sendo nomeado, em 1941, para a mesa IV-B-4 no RSHA. Como o seu superior imediato, o chefe da IV-B acabou sendo uma nulidade, seu superior real era sempre Müller. O superior de Müller era Heydrich e, mais tarde, Kaltenbrunner, cada qual, por sua vez, sob o comando de Himmler, que recebia as ordens diretamente de Hitler. Além de seus doze Escritórios Centrais, Himmler presidia um quadro organizacional inteiramente diverso, que também desempenhou um enorme papel na execução da Solução Final. Tratava-se da rede de comandantes superiores da SS e da polícia que estavam no comando das organizações regionais; sua cadeia de comando não os ligava ao RSHA, respondiam diretamente a Himmler, e sempre superaram em hierarquia a Eichmann e aos homens à disposição dele. Os *Einsatzgruppen*, por outro lado, estavam sob o comando de Heydrich e do RSHA — o que, evidentemente, não quer dizer que Eichmann tivesse necessariamente algo a ver com eles. Os comandantes dos *Einsatzgruppen* tinham também, invariavelmente, uma patente superior à de Eichmann. Técnica e organizacionalmente, a posição de Eichmann não era muito elevada”. ARENDT. **Eichmann em Jerusalém**. P. 45.

⁴¹⁹ Ibáñez observa “Aunque la sentencia emitida y el estudio que procedo a realizar se centren únicamente en la responsabilidad de Eichmann, tal y como la misma sentencia matiza, hay que reconocer el hecho de que él no constituyó una excepción en el régimen nacionalsocialista del que era parte, sino que muchos ministerios, autoridades y puestos de partido colaboraron junto con él en el exterminio judío. Tal y como gráficamente señala Baumann, puede afirmarse la existencia de “*muchos Eichmanns*”, que invocaban desde su función subordinada estar cumpliendo una orden, pero a quienes les constaba, igual que a Eichmann, su culpabilidad. Por ello, toda conclusión a la que se llegue en referencia a Eichmann será extrapolable a todo aquel que en aparato de poder

posição, foi responsável por localizar judeus espalhados pela Europa, detê-los e transportá-los aos campos de concentração⁴²⁰, onde, inevitavelmente, vários vieram a falecer.

2. Agora, relembre-se do caso 1 deste trabalho. Trata-se do relato da instituição financeira Münze S.A, cujo valor mobiliário de suas ações negociadas na bolsa nacional aumentou significativamente após a abertura fraudulenta de contas bancárias pelos mais de cinco mil gerentes. Nesta oportunidade, acrescente-se que as mais de quinhentas agências locais eram administrativamente divididas em cinco regiões, as quais, cada uma delas, se subdividiam em dez sub-regiões. Logo, cada sub-região supervisionava dez agências. Cada uma das agências tinham dez gerentes e um supervisor, este se reportava ao diretor geral sub-regional que, por sua vez, prestava contas ao respectivo conselho interdisciplinar regional, composto por um subdiretor operacional, um subdiretor financeiro e um subdiretor de *compliance*. Os cinco conselhos interdisciplinares reportavam e direcionavam as informações relevantes para o CEO, CFO e CCO, mas tinham autonomia para realizar mudanças operacionais que visassem ao cumprimento das metas estabelecidas. Os conselhos também podiam substituir ou demitir diretores sub-regionais e supervisores que não promovessem com rigor a “política de recuperação financeira” ou deixassem de advertir os subordinados que estivessem com rendimento abaixo da expectativa. Tudo isso foi realizado com excelência pelos cinco conselhos interdisciplinares, os quais prontamente solucionavam as deficiências específicas com treinamentos e/ou procedimentos disciplinares em face dos insubordinados. Por fim, os gerentes com os melhores rendimentos semestrais e anuais recebiam bônus e indicação para eventuais promoções.

Embora o corpo jurisdicional do Tribunal de Jerusalém não estivesse, no todo, preocupado com a qualidade da contribuição ao resultado típico dos agentes intermediários, sua decisão sobre o caso de Adolf Eichmann, naturalmente, é o ponto de partida por excelência da problemática.

A corte de Jerusalém classificou o aporte de Eichmann ao holocausto como autoria porque se tratava de “crimes de massa”⁴²¹, os quais envolvem uma produção regular de

ocupara una posición intermedia en la escala jerárquica de mando.” IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P.160/161.

⁴²⁰ ARENDT. **Eichmann em Jerusalém**. P. 57/60. BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 341.

⁴²¹ ROXIN. Desarrollo y recepción. P. 3. Em outra oportunidade, Roxin observa que “El tribunal, que subraya expresamente que hay que “considerar al acusado, personalmente, en todo caso como autor de la acción punible”, advierte con toda razón que “en estos crímenes de proporciones gigantescas y múltiples ramificaciones [...], en los

resultados típicos desencadeada por um significativo número de agentes em um contexto organizacional. Eva Fernández Ibáñez detalha que:

A sentença proferida é de especial interesse em relação à questão de se a participação do acusado no planejamento da "solução final" devia ou não ser considerada também como autoria e se houve ou não uma conspiração, concluindo o Tribunal que o mero planejamento e acordo para a prática de um delito não eram suficientes para fundamentar a responsabilidade de autor pelo fato cometido. No entanto, ele considerou todas as ações executadas tendo em vista a "solução final" como uma unidade, de modo que, independentemente do seu lugar na hierarquia de comando, ele equiparou seu comportamento ao dos demais membros da escala e o puniu como coautor. Expressamente disse o Tribunal que toda pessoa individual que conhecia o plano da "solução final" e colaborou com o extermínio judeu devia ser considerado como autor (coautor) principal.⁴²²

Nos crimes de massa, o Tribunal de Jerusalém renuncia ao sistema diferenciador para acolher o unitário e o conceito extensivo de autoria⁴²³ à medida que classifica como autores todos que conheciam e colaboraram com a "solução final".

Não obstante a equivalência conceitual da classificação jurídica no plano da teoria da autoria e participação, o Tribunal não desconhece a imprescindibilidade de se reconhecer que, tendo o resultado típico como referência analítica, a conduta última do executor não se equipara em reprovabilidade a típica do homem de trás responsável por desencadear as lesões ao bem jurídico. É dizer, a responsabilidade aumenta quanto mais se distancia do executor e mais se aproxima do comando⁴²⁴.

A título de ilustração, se se utilizasse o mesmo critério ao caso da Instituição Financeira Münze S.A deveria se afirmar a autoria dos gerentes, supervisores, membros do conselho interdisciplinar, CEO, CFO e CCO. Posteriormente, entretanto, seria assinalado que o grau de

que han ticipado muchas personas en distintos puestos de la escala de mando (planificadores, organizadores y órganos ejecutores de distinto rango) no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes del inductor y del cómplice". Los jueces aluden a la especial dificultad de "definir, en términos técnicos, quién ha auxiliado a quién" y, para estimar autoría, invocan en definitiva el carácter de estos delitos de "crímenes en masa", que excluye la aplicación de las categorías normales de la participación." ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 241/242.

⁴²² "La sentencia dictada es de especial interés con relación a la cuestión de si la participación del acusado en la planificación de la "solución final" debía o no ser considerada también como autoría y si había existido o no conspiración, concluyendo el Tribunal que la mera planificación y acuerdo para la comisión de un delito no eran suficientes para fundamentar la responsabilidad como autor por el hecho cometido. No obstante, consideró todas las acciones efectuadas con vistas a la "solución final" como una unidad, de manera que, independientemente del lugar que ocupaba en la jerarquía de mando, equiparaba su conducta al del resto de los miembros de la escala y lo castigaba como coautor. Expresamente decía el Tribunal conoció el plan de la "solución final" y colaboró en el exterminio judío debía ser considerado como autor (coautor)". (tradução livre). IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P.160/161.

⁴²³ AMBOS, Kai. Algumas considerações sobre o caso Eichmann. In: AMBOS, Kai (org.). **Eichmann em Jerusalém: 50 anos depois**. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017. P. 180.

⁴²⁴ "La medida de la responsabilidad crece ..., mientras más se aleje uno de aquel que utiliza com sus propias manos el arma mortal y más se pertenezca a los niveles de mayor jerarquía." (tradução livre). ROXIN. **Desarrollo y recepción**. P. 2.

responsabilidade penal dos integrantes de cada camada da instituição financeira não é igual, senão é menor naqueles que executam o tipo penal com as próprias mãos (os gerentes) e aumenta à medida que o poder de mando do agente também cresce.

Sem mencionar este ponto, Kai Ambos entende ser irretocável a decisão do Tribunal de Jerusalém de condenar Eichmann como autor. Mas, considera que a espécie de autoria seja objeto de um profícuo debate⁴²⁵.

Ambos reconhece “a possibilidade de *um domínio por organização de vários níveis e que este domínio se condensa e acumula ao ir aumentando o poder de decisão e a disponibilidade de recursos pessoais*”⁴²⁶. Posteriormente, indica ser necessário diferenciar o escalão superior do intermediário porque só quem está no vértice da organização “pode exercer um domínio absoluto *por meio e sobre* o aparato organizado de poder que dele depende”⁴²⁷.

O domínio por organização poderá fundamentar-se sem dúvida alguma só a respeito dos homens de atrás do Estado, cujo poder de mando e cujas ordens não podem sem mais serem retiradas ou anuladas, é dizer, a respeito daqueles que neste sentido dominam e governam “*sem perturbação alguma*”. Segundo o dito, isto é assim só a respeito do próprio vértice (cúspide) da organização.⁴²⁸

Ambos afirma que os agentes que integram o escalão intermediário dominam só uma parte da organização. O domínio deles restringe-se aos seus subordinados e não alcança a totalidade da organização⁴²⁹. Tanto é que entende que o domínio parcial só justificaria a imputação dos agentes intermediários a título de autoria mediata dos delitos praticados por seus subordinados⁴³⁰.

Neste sentido, no caso 2, os membros do conselho interdisciplinar da região n. 1 só poderiam ser considerados autores mediatos dos delitos praticados pelos gerentes de igual região, sendo lhes estranhos os ilícitos praticados pelos gerentes das regiões 2, 3, 4 e 5, ainda que valendo-se do mesmo *modus operandi*.

⁴²⁵AMBOS. Dominio por organización. P. 83.

⁴²⁶“la posibilidad de *um domínio por organización de varios niveles y que este dominio se condensa y acumula al ir aumentando el poder de decisión y la disponibilidad de los recursos personales.*” (tradução livre). AMBOS. Dominio por organización. P. 83.

⁴²⁷ “puede ejercitar un dominio absoluto *por medio de y sobre* el aparato organizado de poder que de él depende.” (tradução livre). AMBOS. Dominio por organización. P. 84.

⁴²⁸ “Se debe decir, por tanto, que el dominio por organización podrá fundamentarse sin duda alguna sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquellos que en este sentido dominan y gobiernan “*sin perturbación alguna*”. Según lo dicho, esto es así solo respecto del próprio vértice de la organización” (tradução livre) AMBOS. Dominio por organización. P. 85.

⁴²⁹ AMBOS. Dominio por organización. P. 85.

⁴³⁰ AMBOS. Dominio por organización. P. 85.

No entanto, Ambos entende que a dependência do escalão intermediário para com o superior é um argumento responsável não só por enfraquecer a solução da autoria mediata, mas, sobretudo, por reforçar a hipótese da coautoria, desde que baseada em uma divisão funcional do trabalho⁴³¹ - elemento presente no holocausto⁴³².

Ambos, entretanto, nega substituir o critério da resolução comum para cometer o fato pelo da “mera decisão de inserção” (*Einpassungsentschluss*), como propõe Jakobs⁴³³, segundo o qual a adesão unilateral de um dos agentes ao fato delitivo é suficiente para fundamentar a coautoria⁴³⁴. Senão, Ambos parte da noção de um acordo de vontades informal oriundo dos indivíduos envolvidos com a produção do resultado típico⁴³⁵.

Este acordo de vontades informal, todavia, não se vê abatido pelo fato de que o sujeito responsável pela ordem não conhece nem decidiu algo em conjunto com os membros de hierarquia inferior. No final das contas, o decisivo é que há um acordo tácito de vontades se o executor cumpriu a determinação⁴³⁶.

Diferente de Ambos, para Roxin os agentes intermediários são autores mediatos. O argumento é que não prejudica a fungibilidade o fato de que o domínio deles não recai sobre toda a organização, mas só uma parcela⁴³⁷. É dizer, ainda que não sejam o “*Führer*”, os intermediários “têm em suas mãos a maquinaria que lhe está subordinada do mesmo modo que quem ocupa a cúpula. Nada obsta a isso que o poder de mando se derive “de cima””⁴³⁸. No mesmo sentido foi o entendimento do Tribunal Peruano no julgamento de Fujimori, segundo o qual “qualquer que por sua posição hierárquica pode por em marcha o mecanismo do aparato organizado de poder tem que responder como autor mediato”⁴³⁹.

⁴³¹ “dominio funcional del hecho no significa otra cosa que um actuar conjunto de los intervinientes fundado en la división del trabajo”. AMBOS. Dominio por organización. P. 85/86.

⁴³² “Sin tal división del trabajo de ningún modo se hubiera podido realizar la “solución final”. Tampouco hubiera podido funcionar tan eficientemente la maquinaria de exterminio de um campo de concentración como Auschwitz, en particular bajo la orden y supervisión del comandante de campo Höß.” AMBOS. Dominio por organización. P. 85.

⁴³³ AMBOS. Dominio por organización. P. 85.

⁴³⁴ JAKOBS. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. Ed. Berlim/New York, 1991, §21, nm. 40 e ss (43). Apud: GRECO, Luís. ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís (org.). **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 94.

⁴³⁵ AMBOS. Dominio por organización. P. 85.

⁴³⁶ AMBOS. Dominio por organización. P. 86.

⁴³⁷ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 696.

⁴³⁸ “tienen en sus manos la maquinaria que les está subordinada igual que quien ocupa la cúspide. Nada obsta a ello que el poder de mando se derive “de arriba”.” (tradução livre) ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 696.

⁴³⁹ “cualquiera que por su posición jerárquica puede poner en marcha el mecanismo de la maquinaria organizada de poder tiene que responder como autor mediato”. (tradução livre) ZIS, 2009, p. 636. Apud: ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 696.

Em posição semelhante está a professora Ibáñez. Ao comentar o julgamento de Eichmann, ela afirma que o nazista não deveria ter sido condenado como coautor, mas como autor mediato⁴⁴⁰. Segundo a professora espanhola, a decisão descreve detalhadamente o regime nacional-socialista e a SS⁴⁴¹. Mas, em nenhum momento a sentença indica elementos próprios da coautoria, como a estrutura horizontal, senão o que é apontado é a verticalização da organização, o que remete ao instituto da autoria mediata⁴⁴².

O critério estrutural apresentado não é bem-quisto por Kai Ambos, para quem, embora não seja inútil, não indica uma delimitação segura nos casos limites, porque

em nosso contexto ele é idóneo como argumento em favor de uma autoria mediata só nos casos aos quais a relação vertical entre o homem de trás (intermediário) e o executor não se sobreponha ou perturbe com outra relação de dependência do homem de trás. No fundo, o problema de delimitação entre autoria mediata e coautoria no caso dos níveis hierárquicos médios e baixos se centra na decisão de se se está disposto a aceitar um *déficit de dominio* do superior ou, melhor, um déficit de equiparação entre os intervenientes. Posto que o domínio é o único critério determinante da autoria mediata, não se pode tolerar a seu respeito defeitos ou dúvidas; pelo contrário, o critério da equiparabilidade e simultaneidade da coautoria não deve ser entendido de modo demasiadamente estrito. Precisamente o caso do chefe da organização mostra que também na coautoria pode existir uma relação hierárquica entre os intervenientes.⁴⁴³

Não obstante, Gimbernat Ordeig⁴⁴⁴, Hernández Plasencia⁴⁴⁵ e Pérez Cepeda⁴⁴⁶ discordam da solução da autoria e entendem que os membros dos níveis intermediários devem ser punidos a título de participação.

O decisivo para Gimbernat Ordeig é o critério do *quantum* de “energia criminal”, razão pela qual só os executores são autores. O professor entende que quem pratica materialmente os

⁴⁴⁰ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 162.

⁴⁴¹ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 162.

⁴⁴² IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 162 /163.

⁴⁴³ “en nuestro contexto, ella es idónea como argumento en favor de una autoría mediata sólo en los casos en los cuales la relación vertical entre el hombre de atrás y el ejecutor no se superponga o perturbe con otra relación de dependencia del hombre de atrás. En el fondo, el problema de la delimitación entre autoría mediata y coautoria en el caso de los niveles jerárquicos medios y bajos se centra en la decisión de si se está dispuesto a aceptar un *déficit de dominio* del superior o, más bien, un déficit de equiparación entre los intervenientes. Puesto que el dominio es el único criterio determinante de la autoría mediata, no se pueden tolerar al respecto defectos o dudas; por el contrario, el criterio de la equiparabilidad y simultaneidad de la coautoría no debe ser entendido de modo demasiado estricto. Precisamente el caso del jefe de la banda muestra que también en la coautoría puede existir una relación jerárquica entre los intervenientes.” (tradução livre) AMBOS. *Domínio por organización*. P. 86/87.

⁴⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice del Derecho Penal*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de publicaciones e intercambio, Madrid, 1966. P. 187/189.

⁴⁴⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho Penal*. Comares. Granada. 1996. P. 276. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 167. Igualmente em: *La codelinquencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época. N. 17. 2006. P. 45/80.

⁴⁴⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación*. RP, *La Ley*. 2002, núm. 9, P. 120.

atos executivos do tipo penal ostenta energia criminal superior a de quem somente transmite a ordem⁴⁴⁷. Nessa lógica, os intermediários só não são cúmplices, mas instigadores, se desviarem a determinação superior⁴⁴⁸.

Finalmente, é verdade o fato de que Gimbernat Ordeig não reconhece a correção do critério do domínio por organização, senão entende que os líderes do regime nazista são indutores/instigadores do holocausto⁴⁴⁹.

José Ulises Hernández Plasencia não concorda com Gimbernat no que tange a espécie de participação. Segundo o professor, indutor ou instigador é só o último homem antes do executor, ou seja, somente o responsável por conectar todo o planejamento, organização e direcionamento com a efetiva execução da determinação⁴⁵⁰. A título de exemplo, no caso da instituição financeira, só é instigador o supervisor de cada agência. Já os outros membros do escalão intermediário, inclusive, do superior são classificados por Plasencia como cúmplices ou cooperadores necessários⁴⁵¹.

Ana Isabel Pérez Cepeda nega tanto a solução da autoria mediata como da coautoria. Segundo seus argumentos “quando o empresário ou membros do Conselho ordenam a um subordinado a execução de um fato delitivo, considero que não pode imputar-se a título de coautoria”, senão indução⁴⁵².

⁴⁴⁷ GIMBERNAT ORDEIG. **Autor y cómplice del Derecho Penal**. P. 187/189.

⁴⁴⁸ GIMBERNAT ORDEIG. **Autor y cómplice del Derecho Penal**. P. 191/193.

⁴⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG. **Autor y cómplice del Derecho Penal**. P. 187/189.

⁴⁵⁰ “Por todo lo dicho, no sólo es descartable la autoría mediata sino también la coautoría, principalmente por ausencia de decisión conjunta y de actuación en fase de ejecución, pues los supuestos excepcionales no pueden derogar los presupuestos básicos de una categoría dogmática; ni tampoco la inducción, por resultar incompatible con nuestro ordenamiento jurídico que no admite la inducción en cadena. Dada la descripción del funcionamiento de estas organizaciones criminales, articuladas en varios eslabones, sólo el eslabón final que da la orden al ejecutor es el único que podría alcanzar la calificación de inductor, porque determina directamente al ejecutor a cometer libremente el delito” HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La codelinquencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada*. P. 78. No mesmo sentido, López Peregrin: “Defender que su conducta es de coautoría, es desconocer la necesaria vinculación de ésta al tipo; y sostener que se trata de autoría mediata, es olvidar que quien comete el delito es outro sujeto que, además, es plenamente responsable, o bien degradarle, a pesar de que es totalmente consciente de lo que hace, a um mero autómata en manos del verdadero delincuente.” LÓPEZ PEREGRÍN. **La complicidad en el Delito**. Valencia. Tirant, 1997. P. 405.

⁴⁵¹ “los dirigentes de la organización quedarían como cómplices – mandos intermedios- o cooperadores necesarios – los que están en la cúpula – función de la aportación que realicen al delito”. HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La codelinquencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada*. P. 78.

⁴⁵² Segundo Cepeda “cuando el empresario o miembros del Consejo ordenan a un subordinado la ejecución de um hecho delictivo, considero que no puede imputarse a título de coautoría”. (tradução livre) PÉREZ CEPEDA. *Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación*. P. 120. Além disso, a autora acrescenta que “porque, aunque estime que sea suficiente con la existencia de un co-dominio del delito en la fase preparatoria, no se dan el resto de presupuestos necesarios como el acuerdo conjunto. No puede obviarse que, el Derecho positivo exige la realización conjunta del hecho, por ello, pese a sus inconvenientes, sigue siendo necesario la decisión conjunta entre todos los coautores y no cualquier clase de coordinación de aportaciones al hecho, porque precisamente, este requisito también fundamenta en la coautoría la imputación recíproca de todas las aportaciones y no exclusivamente el dominio funcional del hecho. Además se trata de una relación que se mueve en el plano vertical, no horizontal como exige la coautoría. La no-diferenciación entre ambos planos, conlleva una dificultad intrínseca a la hora de delimitar entre la autoría mediata y la coautoría. Por todo ello, cabe inferir que, reducir los

Pérez Cepeda indica três razões para negar a autoria e defender a instigação/indução. A primeira é o fato de que há “uma simples realização de fatos por parte de outro e a relação que une a ambos se estrutura no plano vertical”⁴⁵³. A segunda é que não é correto afirmar que a estrutura hierárquica de uma empresa garante o cumprimento automático das ordens. Assim, os dirigentes de uma empresa não confiam que seus funcionários vão praticar delitos, mesmo que um agente, eventualmente, se mostre pré-disposto⁴⁵⁴. A terceira razão é que o “co-domínio positivo dos membros do Conselho se limita a fase preparatória, tendo só um domínio negativo na fase de execução”⁴⁵⁵. Isso se contrapõe ao domínio negativo e positivo do subordinado, ainda que ele não apresente nenhuma objeção ao cumprimento⁴⁵⁶.

A situação é diversa se existe um nível intermediário entre o superior e o inferior. A professora entende que a ausência de relação direta entre o membro do escalão superior com o inferior inviabiliza desde logo a instigação, o que abre espaço para o instituto da cooperação necessária. Igual classificação jurídica a professora espanhola indica aos membros intermediários, salvo no caso de estar se referindo àquele que transmite a ordem diretamente ao subordinado, quando haverá instigação⁴⁵⁷.

Além disso, a professora espanhola indica dois significativos elementos ontológicos: a faculdade de poder revogar ou interromper temporalmente a transmissão da ordem. A possibilidade de revogação fundamentaria uma cooperação necessária e a interrupção temporária só uma mera cumplicidade ou cooperação não necessária⁴⁵⁸.

requisitos necesarios para la existencia de coautoría a la constatación de un co-dominio en la fase preparatoria encierra el peligro de una ampliación excesiva de la coautoría. En consecuencia, estimo que en este caso, nos encontramos ante una inducción”

⁴⁵³ “primero, existe una simple realización de hechos por parte de otro y la relación que une a ambos se estructura en el plano vertical.”. (tradução livre). PÉREZ CEPEDA. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. P. 120.

⁴⁵⁴ PÉREZ CEPEDA. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. P. 120.

⁴⁵⁵ “el co-dominio positivo de los miembros del Consejo se limita a la fase preparatoria, teniendo sólo un dominio negativo en la fase de ejecución” (tradução livre). PÉREZ CEPEDA. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. P. 120.

⁴⁵⁶ PÉREZ CEPEDA. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. P. 120.

⁴⁵⁷ PÉREZ CEPEDA. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. P. 120.

⁴⁵⁸ “Por último, en relación con los casos en que haya intermediarios entre el superior y el subordinado, que se limiten a transmitir las órdenes. Al no existir una relación directa entre el empresario o miembros del Consejo y el subordinado, como ya he indicado, impide que se les pueda imputar el delito a título de inducción, por lo que son calificados como cooperadores necesarios, que como sabemos tiene una pena igual que los autores. Respecto a los intermediarios, exclusivamente aquel que transmite la orden directamente al subordinado será inductor, el resto cuando tienen la facultad de poder revocar las órdenes, considero más conveniente calificarlos como cooperadores necesarios. Ahora bien, si se comprueba que, por el contrario, los intermediarios, únicamente tienen capacidad para interrumpir temporalmente la transmisión de la orden, deben ser responsables a título de cooperadores no necesarios o cómplices.” PÉREZ CEPEDA. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. P. 120.

Finalmente, conforme a descrição de Gerhard Werle e Boris Burghardt, outras soluções menos usuais podem ser encontradas nas decisões da Corte Penal Internacional (CPI)⁴⁵⁹. Os professores relatam que a partir dos casos *Katanga y Ngudjolo Chui*⁴⁶⁰ e *Omar Al Bashir*⁴⁶¹ a Sala de Questões Preliminares da CPI opinou que as três formas tradicionais de autoria (art. 25.3.A do Estatuto da CPI⁴⁶²) não inviabilizavam um quarto modelo: o *indirect co-perpetration*⁴⁶³. Trata-se de uma espécie de autoria que combina a autoria mediata com a coautoria.

O elemento da coautoria consistiria em que duas ou mais pessoas acordem conjuntamente na comissão de um crime de direito internacional. Porém, o evento também apresentaria, ao mesmo tempo, características próprias da autoria mediata, na medida em que ao menos um dos coautores preveem que a implementação de sua contribuição para a realização do plano se produzirá através de um ou mais instrumentos. Estes aportes para o fato serão imputáveis aos outros coautores em razão de seu plano comum, na medida em que os demais pressupostos da coautoria também estão presentes⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ WERLE. BURGHARDT. La co-autoría mediata. P. 279/294.

⁴⁶⁰ “Según la acusación, en el proceso en contra de Katanga y Ngudjolo Chui, ambos acusados contaban, en su calidad de comandantes, con dominio por organización sobre diversas milicias en operación en la región de Ituri (República Democrática del Congo). El acusado Germain Katanga habría ejercido el mando sobre la Force de Résistance Patriotique en Ituri (FRPI), dominada por la etnia de los Ngiti, mientras que Mathieu Ngudjolo Chui habría sido líder del Front des Nationalistes et Intégrationnistes (FNI), un grupo miliciano atribuido a la etnia de los Lendu. Las estructuras de mando de estas dos milicias habrían estado estrictamente separadas, también debido a las diferencias basadas en causas étnicas. En febrero de 2003 la FRPI y el FNI habrían ejecutado conjuntamente un ataque al pueblo de Bogoro y perpetrado en ese contexto numerosos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluyendo, entre otros, homicidios dolosos, violaciones y sometimiento a esclavitud sexual, así como saqueos. Además, en el ataque se habría reclutado a niños soldados. El ataque se habría producido sobre la base de un plan común de Katanga y Ngudjolo Chui, con la finalidad de aniquilar el pueblo de Bogoro.” WERLE. BURGHARDT. La co-autoría mediata. P. 288.

⁴⁶¹ “ El objeto del proceso contra Al Bashir lo conforman los crímenes de la región de Darfur, que habrían sido perpetrados desde julio de 2003 a través del ejército sudanés, las fuerzas especiales de la policía y las milicias Janjaweed en contra de la población civil, especialmente la perteneciente a las etnias Fur, Masalit y Zaghawa. La Sala de Cuestiones Preliminares I fue de la opinión de que existía motivo razonable para creer que Al Bashir sería responsable por esos crímenes como “indirect co-perpetrator”. De acuerdo con una valoración provisoria del material probatorio presentado, él, en su calidad de Presidente, y en conjunto con otros miembros del gobierno sudanés, habría acordado un plan para reprimir y desbaratar a los grupos rebeldes sediciosos, que también habría incluido la destrucción sistemática de los asentamientos de las etnias insurrectas y su desplazamiento forzado. Los crímenes de Darfur habrían sido cometidos por las fuerzas armadas del gobierno sudanés en ejecución de este plan. El gobierno sudanés, a través de diversos organismos, especialmente el Consejo de Seguridad Nacional, y utilizando las respectivas cadenas de mando, habría ejercido control sobre las fuerzas armadas y sobre las milicias. Finalmente, existiría motivo razonable para creer que Al Bashir, en su calidad de Presidente y de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas habría jugado un rol fundamental en la elaboración e implementación del plan común. De ahí que viene al caso también, como alternativa, una autoría mediata individual.” WERLE. BURGHARDT. La co-autoría mediata. P. 289.

⁴⁶² “Artigo 25.3.A do Estatuto da CPI: a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;”

⁴⁶³ WERLE. BURGHARDT. La co-autoría mediata. P. 287.

⁴⁶⁴ “El elemento de co-autoría consistiría en que dos o más personas acuerden conjuntamente la comisión de un crimen de derecho internacional. Pero el suceso también presentaría, al mismo tiempo, rasgos propios de la autoría mediata, en la medida que a lo menos uno de los co-autores dispone que la ejecución de su contribución al logro del plan se produzca a través de uno o más instrumentos. Estas contribuciones al hecho realizadas de forma mediata serían imputables a los demás co-autores en razón de su plan común, en la medida que los demás presupuestos de la co-autoría también estén presentes.” (Tradução livre). WERLE. BURGHARDT. La co-autoría mediata. P. 287.

O elemento vanguardista da construção da Corte Penal Internacional é o fato de que sob a rubrica de *indirect co-perpetration* se trabalham duas situações distintas. A primeira é a “coautoria mediata *stricto sensu*” (*mittelbare Mittäterschaft*). A segunda é uma “autoria mediata em coautoria” (*mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft*) ou “autoria mediata a título de coautoria” (*mittäterschaftliche mittelbare Täterschaft*)⁴⁶⁵.

A coautoria mediata *stricto sensu* pressupõe que dois ou mais agentes se vinculem por intermédio de um planejamento que estabeleça uma “unidade de desígnios”. Por exemplo, os líderes das organizações A e B têm o mesmo objetivo, a saber, extinguir determinada raça.

Posteriormente, tendo em mente a finalidade estabelecida, cada qual, dentro de seu âmbito de possibilidades, exerce atos instrumentalizadores em face de terceiros, ou seja, embora os agentes se atrelem em prol de uma finalidade comum, não atuam juntos na instrumentalização. Se consumados os delitos, ambos alcançaram os resultados típicos vislumbrados anteriormente. Seguindo o exemplo anterior, neste momento, os dois líderes se associam para produzir os resultados típicos em conjunto – A e B se juntam para matarem o povo X - embora cada qual controle apenas sua organização.

A título de ilustração, no caso da instituição financeira, a ordem emanada pelo escalão superior estabelece o dever comum dos Conselhos para que organizem, supervisionem e orientem a execução das ordens em suas respectivas regionais. Nesse sentido, o instituto da coautoria mediata *stricto sensu* permite concluir que os membros dos cinco conselhos são responsáveis por todas as instrumentalizações realizadas no âmbito da instituição financeira, independentemente da regional em que cada agente esteja vinculado. Isso porque dado o completo sucesso da empreitada criminosa, a fundamentação dogmática pela responsabilidade penal, no nível em que se exige da autoria, só ocorre se forem invocados tanto os princípios básicos da coautoria (imputação recíproca das contribuições ao fato alheias)⁴⁶⁶ como o critério da autoria mediata pelo domínio por organização⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ “En primer lugar, hay que constatar que se dan significativas diferencias entre los dos casos que la Corte Penal Internacional ha tratado bajo la indirect co-perpetration. Solo para la constelación tratada en el proceso contra Katanga y Chui, la denominación “indirect co-perpetration”, traducida al alemán entonces como “mittelbare Mittäterschaft” (“co-autoría mediata”), es acertada (sobre ello, A)). La segunda constelación, que está en la base del caso Al Bashir, se puede designar de forma más apropiada como una autoría mediata en co-autoría (*mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft*) o autoría mediata a título de co-autores (*mittäterschaftliche mittelbare Täterschaft*)”. (tradução livre). WERLE. BURGHARDT. La co-autoría mediata. P. 290.

⁴⁶⁶ “La fundamentación de una responsabilidad por el suceso completo en calidad de autor, entonces, solo puede lograrse de conformidad con los principios básicos de la co-autoría, es decir, en caso de una recíproca imputación de las contribuciones al hecho ajenas”. WERLE. BURGHARDT. La co-autoría mediata. P. 290.

⁴⁶⁷ “Las contribuciones del co-autor abarcan no solo su propio comportamiento sino, justamente, también el que se le imputa por medio de una autoría mediata en virtud de dominio por organización.”. WERLE. BURGHARDT. La co-autoría mediata. P. 291.

O instituto da autoria mediata em coautoria é distinto à medida que pressupõe que na mesma instrumentalização duas ou mais pessoas atuem em conjunto. Segundo Gerhard Werle e Boris Burghardt o essencial é que quem domina a organização, no final das contas, não é o agente individual, senão o corpo coletivo⁴⁶⁸.

Na autoria mediata em virtude de domínio por organização o caso se apresenta cada vez em que na cúspide do aparato de poder não se encontra uma pessoa individual, senão um órgão colegiado e, com isso, uma pluralidade de pessoas. É possível falar de domínio por organização de um órgão colegiado quando as decisões adotadas conjuntamente são vinculantes ao interior do aparato de poder. O comportamento que fundamenta a autoria de cada membro do órgão diretivo consiste, então, em sua contribuição a adoção do acordo colegiado. Para a fundamentação de uma autoria mediata, não é necessário uma atividade posterior na implementação da decisão porque, de acordo com o modo de funcionamento do aparato de poder, o acordo colegiado já determina, em grande medida, a própria implementação.⁴⁶⁹

Por fim, apresentadas as soluções para o problema da classificação jurídica do aporte ao resultado típico dos agentes intermediários, é hora de acolher uma posição ou, pelo menos, indicar um caminho que considere os acertos e equívocos dos argumentos relatados.

3.2.3 *Tomada de posição*

Desde logo, rechaça-se a renúncia ao sistema diferenciador realizada pela corte de Jerusalém. Constitui a receita perfeita para o indesejado domínio por posição a aplicação de um modelo unitário numa estrutura organizacional com complexas camadas de responsabilidade⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ “Lo característico de los hechos relevantes es que el dominio del hecho o control sobre el o los ejecutores es ejercido por varias personas colaborando de forma asociada.”. WERLE. BURGHARDT. La co-autoría mediata. P. 292.

⁴⁶⁹ “En la autoría mediata en virtud de dominio por organización el caso se presenta cada vez que en la cúspide del aparato de poder no se encuentra una persona individual sino un órgano colegiado y, con ello, una pluralidad de personas. Es posible hablar de dominio por organización de un órgano colegiado cuando las decisiones adoptadas conjuntamente al interior del aparato de poder son vinculantes. El comportamiento que fundamenta la autoría de cada miembro del órgano directivo consiste, entonces, en su contribución a la adopción del acuerdo colegiado. Para la fundamentación de una autoría mediata, no es necesaria una ulterior actividad en la implementación de la decisión porque, de acuerdo con el modo de funcionamiento del aparato de poder, el acuerdo colegiado ya determina, en gran medida, la propia implementación.” (tradução livre). WERLE. BURGHARDT. La co-autoría mediata. P. 293.

⁴⁷⁰ Embora noutra contexto, as observações da professora Heloisa Estellita se amoldam perfeitamente a problemática em questão. “Têm razão as vozes críticas quando manifestam o temor de que uma imputação que tome por base o papel societário dentro de uma organização possa levar a uma renúncia aos pressupostos da responsabilidade penal. Uma ampla prática brasileira consubstanciada em dirigir denúncias diretamente à cúpula da sociedade empresária dá testemunho inequívoco de que o receio tem base concreta. Na maioria desses casos, a imputação se assenta na mera “posição” ocupada pelo sujeito, sem qualquer descrição da contribuição comissiva ou omissiva do agente. Em outros tantos casos, ademais, os executores diretos dos fatos puníveis, autorresponsáveis, nem mesmo são denunciados, sem que se ofereça fundamento ou justificativa para isso, ou seja, sem que se estabeleça a atipicidade (por erro, por exemplo), ou a justificação de sua conduta (por estado de necessidade, por exemplo), ou mesmo a incidência de fundamentos para o afastamento da culpabilidade (erro de

De toda forma, subjacente aos argumentos do Tribunal de Jerusalém há a premissa de que *a responsabilidade por um ato lesivo da organização é maior do escalão superior do que dos subordinados*. Por meio dessa lógica reconhece-se que “tanto sob o ponto de vista societário, como trabalhista e ainda sociológico, os processos e operações relativos à atividade econômica da empresa partem da instância mais alta”⁴⁷¹.

O decisivo é que a cúpula da organização tem o conhecimento das características de seu aparato e o papel decisório sobre o fato, o qual pode se materializar pela ordem de produção de resultados típicos. Dito de outra forma, o escalão superior é responsável por decidir e mandar fazer. Mas, também é verdade que são os membros dos escalões intermediários que articulam concretamente os fatos⁴⁷².

Isso significa que a partir do ato de dar a ordem, representativa do “se” sobre a prática do delito, o escalão superior delega ao nível intermediário a decisão do “como”, a qual não tem interesse de exercer um domínio que não seja remoto. É dizer, se os membros do escalão intermediário são os articuladores dos crimes praticados pelo aparato é em razão não só da prévia organização realizada pela cúpula, mas, sobretudo, da determinação fática e concreta de que assim deveria se realizar.

O escalão superior, então, ostenta uma alta carga de responsabilidade na medida em que decide o “se” e também pode intervir no “como” do delito. Entretanto, a depender da contribuição concreta do agente intermediário, não é errado afirmar que a qualidade do aporte pode vir a compensar a falta de responsabilidade pelo “se”. Sobretudo, quando ele tem em suas mãos significativa parcela da responsabilidade pelo eventual sucesso da empreitada delitiva.

Diante disso, se a atividade dos membros intermediários é indispensável aos crimes do aparato, parece ser correto entender que ela não pode ser classificada como participação.

Mas, não se deve considerar equivocados todos os argumentos levantados pelos juristas que indicam esta solução. Ana Isabel Pérez Cepeda, por exemplo, contribui ao tema ao indicar a necessidade de verificação *ex ante* a respeito de se o membro do escalão intermediário podia revogar ou interromper temporalmente as ordens. Outro aporte considerável é o de Gimbernat

proibição, por exemplo). A renúncia à apuração penal nestes casos evidencia o uso seletivo e arbitrário da resposta penal, que se contrapõe ao princípio da legalidade.” ESTELLITA. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. P. 59.

⁴⁷¹ SCHMIDT-SALZER, Joachim. **Produkthaftung – Band I: Strafrecht**. 2.ed., Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1988. P. 112. Apud: ESTELLITA. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. P. 56.

⁴⁷² ESTELLITA. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. P. 59. Em sentido parecido: SCHÜNEMANN. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. P. 533; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. Trad. Vânia Costa Ramos; rev. Augusto Silva Dias. **Revista Liberdades**. N. 9. Janeiro/abril. 2012. P. 34/35.

Ordeig, segundo o qual a classificação jurídica dos membros intermediários se altera na hipótese em que há desvio da determinação superior.

O critério da “energia criminal”, no entanto, não convence. No final das contas, parece ser uma nova roupagem da teoria formal-objetiva. Pelo menos, isso explica a resistência de classificar como autor quem não executa o tipo penal com as próprias mãos.

Embora diferente, igual crítica pode ser feita à solução de Plasencia. Defender que só o homem responsável pela ordem direta ao executor é indutor, enquanto os demais intermediários são cooperadores necessários ou cúmplices, constitui *data vênia* uma equivocada representação do funcionamento de uma organização, sobretudo, quando se tem agentes fungíveis. Em um contexto organizacional, o executor é quem tem menos domínio do fato, pois sua recusa pouco afeta o êxito do plano criminoso do escalão superior.

Noutro extremo, tampouco pode se considerar como autor só o escalão superior ou só o agente concreto de quem a ordem partiu. Segundo tal linha, o escalão intermediário e até o inferior teriam sua conduta classificadas como cumplicidade – formando um “autor por trás do cúmplice”⁴⁷³. A partir do caso Eichmann, Baumann, de forma correta embora exagerada, objeta essa solução sob o argumento de que, no final das contas, isso conduz a absurda conclusão de que todo o povo alemão foi cúmplice dos desumanos atos praticados pelo regime nazista, ou seja, “conduziria, em definitivo, a existência de “um só autor e sessenta milhões de cúmplices.”⁴⁷⁴ Além disso, complementa-se que subjaz em tal proposição uma concepção subjetiva de autoria, a qual mina a relevância prática da autoria mediata, conforme exposto no tópico 2.2.1.

Finalmente, superadas as razões que indicam a solução da participação, as atenções se voltam aos institutos clássicos da autoria mediata e coautoria, sem se esquecer da concepção de *indirect co-perpetration* (coautoria mediata e autoria mediata em coautoria).

O argumento apresentado por Roxin para defender que o membro do escalão intermediário é autor mediato parece estar correto. Entretanto, não se deve negar a consistência científica das objeções de Kai Ambos. De fato, não há maiores dificuldades de se indicar a autoria mediata se se analisa só a relação do agente intermediário com seus subordinados. Mas, em um aparato organizado de poder a situação deve ser analisada de forma integral, o que

⁴⁷³ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 167.

⁴⁷⁴ “No obstante, rechaza Baumann esta posibilidad desde el momento en que la apreciación de una única autoría en quien da la orden y de complicidad en aquellos que la transmiten, desembocaría en la absurda situación de caracterizar el pueblo alemán como un pueblo de cómplices y conduciría, en definitiva, a la existencia de “un solo autor y sesenta millones de cómplices”. BAUMANN, J. *Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung*. NJW (1963). P. 561. Apud IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 167.

significa partir do poder inerente ao escalão superior, passar pelos níveis intermediários e findar no executor.

Nesta lógica, o domínio do homem do meio da organização é condicionado a deliberações superiores, ou seja, não tem a decisão última, apesar de todo o poder operacional. É dizer, o domínio do membro do escalão intermediário vai até a página dois. A relação de domínio existente entre o homem de trás (intermediário) e o homem da frente (subordinado) é perturbada pela possibilidade de suspensão ou interrupção inerente ao poder de comando do escalão superior (homem de trás por excelência). Por este motivo, Ambos entende que o domínio exercido pelo intermediário não é afeto à autoria mediata, senão à coautoria.

Entretanto, se a crítica de Ambos aos argumentos de Roxin é correta, a solução indicada não parece ser a melhor. Afirmar uma coautoria de agentes que não executaram o delito com as próprias mãos (intermediários) com os que “se sujaram de sangue” (executores) parece abrir um perigoso precedente.

A coautoria, por excelência, é o concurso/união de autores imediatos. O instituto é configurado se duas pessoas, no mínimo, partem de uma decisão conjunta de praticar o fato e contribuem para o resultado típico com atos executórios relevantes⁴⁷⁵. Em outros termos, a coautoria representa uma situação de equiparabilidade entre aqueles que aportam à lesão do bem jurídico penalmente tutelado. E este é justamente o elemento fundamental para legitimar a punição de todos pela conduta do coletivo (imputação recíproca). Apesar disso, o destaque ao critério da divisão de tarefas não deve ser esquecido nem censurado.

A situação é diferente, todavia, em relação ao determinado critério do acordo informal de vontades, cuja pretensão de substituir o requisito da decisão conjunta não convence. Muito pelo contrário, parece tratar-se de um requisito mais afeto à autoria mediata do que à coautoria. Sobretudo, considerando a circunstância de que a autoria mediata se estrutura de modo vertical enquanto a coautoria é horizontal. Assim, entende-se que não deve ser considerada correta a solução da coautoria entre os agentes intermediários e os executores, conforme defendeu Kai Ambos.

Em suma, para resolver o problema da contribuição dos agentes intermediários existe a solução da autoria mediata, defendida por Roxin, e da coautoria, defendida por Ambos. Os dois entendimentos não estão imunes às vaias tampouco são indignos de palmas.

Em razão disso, a posição acolhida nessa investigação, ao mesmo tempo, reconhece os acertos e as falhas das duas concepções. No final das contas, não deixa de ser um ponto de

⁴⁷⁵ GRECO; LEITE. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. P. 30/31.

encontro do que se entende ser “o melhor dos dois mundos”. Apesar de que ela corre o risco de se tornar, em verdade, “o pior dos dois mundos”; mesmo assim parece ser a melhor solução.

Dito isso, concorda-se com Roxin e com Ambos (este somente em um primeiro momento) que a relação que os agentes intermediários têm com os executores é de autoria mediata. A razão é não só a verticalidade da estrutura da autoria mediata, mas o fato de que só os agentes executores são fungíveis, os medianos não. Isso significa que a ordem da cúpula só alcançará o nível inferior se existir o obrar próprio do membro intermediário.

Com efeito, ao contrário dos agentes fungíveis, os intermediários podem desviar ou interromper temporalmente a decisão superior. A organização, no entanto, não estará preparada para solucionar isso com a mesma agilidade e presteza que a recusa do executor. A título de ilustração, pode-se vislumbrar um episódio protagonizado pelo próprio Eichmann, no qual ele foi responsável por atrasar uma parcela da “solução final” ao desviar judeus para o campo de Lódz⁴⁷⁶.

Mas, sem o agir antecedente do escalão superior (a organização do aparato, a ordem ilícita, etc), os agentes intermediários pouco podem contribuir para o resultado típico. É dizer, assim como Roxin, o escalão intermediário “têm em suas mãos a maquinaria que lhe está subordinada do mesmo modo que quem ocupa o cuspide [...] (mas) *o poder de mando se deriva “de cima”*”⁴⁷⁷.

Assim, a divisão de tarefas a ser destacada é a existente entre os integrantes da cúpula e os membros intermediários da organização, uma vez que *a atuação dos dois grupos se complementam para efetivar o ato instrumentalizador*.

⁴⁷⁶ Arendt relata: “Em setembro de 1941, pouco depois de suas primeiras visitas oficiais aos centros de extermínio do Leste, Eichmann organizou suas primeiras deportações em massa da Alemanha e do Protetorado, de acordo com um “desejo” de Hitler, que pediu a Himmler que tornasse o *Reich judenrein* o mais depressa possível. O primeiro carregamento continha 20 mil judeus do vale do Reno e 5 mil ciganos, e uma coisa estranha aconteceu com esse primeiro transporte. Eichmann, que nunca havia tomado uma decisão própria, que tinha sempre extremo cuidado em estar “coberto” por ordens, que — como confirma o testemunho dado de livre vontade por todas as pessoas que trabalharam com ele — não gostava nem de fazer perguntas e sempre solicitava “diretivas”, agora, “pela primeira e última vez” tomava uma iniciativa contrária às ordens: em vez de mandar essa gente para território russo, Riga ou Minsk, onde os judeus teriam sido fuzilados imediatamente pelos *Einsatzgruppen*, ele dirigiu o transporte para o gueto de Lódz, onde sabia que ainda não havia sido feita nenhuma preparação para o extermínio — quando mais não fosse porque o homem encarregado do gueto, um certo *Regierungspräsident Uebelhör*, havia encontrado maneiras de obter um lucro considerável com “seus” judeus. (Lódz, na verdade foi o primeiro gueto a ser fundado e o último a ser liquidado; seus ocupantes que não morreram de doença e fome sobreviveram até o verão de 1944.) Essa decisão deixaria Eichmann numa posição bastante delicada. O gueto estava superlotado, e o sr. Uebelhör não estava disposto a receber mais gente, nem tinha condição de acomodá-las. E ficou tão zangado que chegou a reclamar com Himmler que Eichmann havia enganado a ele e seus homens com “truques de vendedor de cavalos, aprendidos com os ciganos”. Himmler, assim como Heydrich, protegia Eichmann e o incidente foi logo perdoado e esquecido.” ARENDT. **Eichmann em Jerusalém**. P. 60.

⁴⁷⁷ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 696. “tienen en sus manos la maquinaria que les está subordinada igual que quien ocupa la cúspide. [...] el poder de mando se derive “de arriba”.” (tradução livre) (destaque não original).

Concorda-se, em razão disso, com Kai Ambos em sua solução de coautoria, mas não entre agentes intermediários e inferiores, senão entre superiores e intermediários. Portanto, defende-se uma *coautoria de autoria mediata por domínio por organização*.

Entretanto, a figura proposta aqui não é igual aos desenvolvimentos dogmáticos da Corte Internacional (instituto da coautoria mediata *stricto sensu* e da autoria mediata em coautoria). Em síntese, recorde-se que na primeira há uma identidade de fins, mas cada qual utiliza de atos instrumentalizadores autônomos. Na segunda, uma pluralidade de indivíduos, em igualdade/paridade de condições, formam um colegiado que decide sobre o ato instrumentalizador, o qual considera-se obra de todos os participantes.

Não obstante, a coautoria de autoria mediata por domínio por organização pressupõe a divisão de tarefas entre os membros de dois níveis diferentes, com a qual o agir específico de um escalão é necessário e complementar à eficiência da conduta inerente ao outro. *O conjunto da obra é justamente a realização do ato instrumentalizador*.

Ademais, nesse grupo de casos, a imputação recíproca é fundamentada pela complementariedade das condutas - critério mais rigoroso do que o da equiparabilidade. Além disso, se se enlaça a autoria mediata (vertical) com a coautoria (horizontal) o critério estrutural das espécies de autoria resta superado. Sobretudo, porque não se trata mais de uma coautoria de agentes que atuam diretamente nos atos executórios. Senão o reconhecimento da importância da divisão de funções e tarefas para o desenvolvimento de condições adequadas para a instrumentalização da organização, de modo a aumentar significativamente a probabilidade de produção dos resultados típicos.

Conforme a modalidade aqui proposta, os agentes intermediários que não têm poder de desviar ou interromper temporalmente a execução da determinação superior não devem ser considerados autores. Isso porque o agir desses agentes não é complementar à ordem da cúpula. Outrossim, existindo o real e efetivo auxílio, seja material ou psíquico, resta configurada a participação por cumplicidade.

Por fim, em relação aos casos apresentados, é coerente com a solução apresentada afirmar que os agentes nazistas em condições semelhantes a de Eichmann devem ser juridicamente classificados como coautores em autoria mediata por domínio por organização. No mesmo sentido, considerando ser aplicável o domínio por organização na criminalidade de empresa, os membros de cada conselho regional, diretores sub-regionais e supervisores das agências devem ser rotulados como coautores em autoria mediata por domínio por organização. Além disso, o domínio se refere só aos fatos em que podem desviar ou interromper

temporalmente a execução, rechaçando-se a proposta de coautoria mediata *stricto sensu*, tal como desenvolvida pela Corte Penal Internacional.

3.3 Organização desvinculada da ordem jurídica

3.3.1 Aspectos gerais

Se anteriormente relatou-se que o poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente é um lugar comum entre os adeptos da autoria mediata em aparatos organizados de poder, não se pode afirmar o mesmo em relação ao requisito da organização desvinculada da ordem jurídica. Muito pelo contrário, indubitavelmente, são inúmeras suas objeções. Apesar disso, Roxin não renuncia ao critério, embora já tenha o flexibilizado, conforme será demonstrado adiante.

De toda forma, o decisivo sobre o requisito da desvinculação ao direito parece ser a questão de se ele, em alguma medida, tem razão de ser; fundamenta ou não a autoria mediata por aparatos organizados de poder⁴⁷⁸.

A questão não é de nenhuma forma simples. Bastante significativo é o fato de que a jurisprudência alemã contornou o critério, o substituindo por um aparentemente mais palpável. Assim, o BGH, em vez da desvinculação à ordem jurídica, exige uma produção automática de resultados típicos, pois parece dar como correta a premissa de que se as estruturas organizadas desencadeiam regularmente resultados típicos já estão elas divorciadas da ordem jurídica⁴⁷⁹.

Na Alemanha, de forma geral, juristas da envergadura de Kai Ambos, Herzberg Schild⁴⁸⁰, Hefendehl⁴⁸¹, Bosch⁴⁸², Knauer, Langneff⁴⁸³ e Rotsch entendem que o critério não fundamenta a autoria mediata.

⁴⁷⁸ Nesse sentido: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 200.

⁴⁷⁹ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 580.

⁴⁸⁰ SCHILD, W. *Täterschaft als Tatherrschaft*. Walter de Gruyter, Berlín, New York. 1994. P. 22. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 190.

⁴⁸¹ HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. P. 43-56.

⁴⁸² BOSCH, N. *Organisationsverschulden in Unternehmen*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 2002. P. 229/231. Apud In IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 190.

⁴⁸³ LANGNEFF, K. *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug*. Shaker Verlag, Aachen. 2000. P. 107, 115/116, 157 Apud In IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 190.

Igual opinião é repercutida em solo espanhol por Caruso Fontán⁴⁸⁴, Núñez Castaño⁴⁸⁵, Meini⁴⁸⁶ e Ibañez. Por fim, no Brasil, a crítica é compartilhada por Paulo Busato.

Uma linha dogmática liderada por Ambos⁴⁸⁷, entende que o critério da desvinculação à ordem jurídica é supérfluo para fundamentar a autoria mediata. No geral, Rotsch⁴⁸⁸, Knauer⁴⁸⁹ e Ibañez⁴⁹⁰ entendem que não tem diferença o fato de a organização estar ou não em desarmonia com o direito. Herzberg, em um primeiro momento, igualmente rechaça o critério; entendendo que o decisivo é a existência da fungibilidade, ainda que estritamente relacionada com a especificidade do delito⁴⁹¹.

Para Roxin, não obstante, parece ser muito claro o fato de que só há fungibilidade se a organização estiver desvinculada da ordem jurídica. É dizer, se a organização não estiver apartada do direito existe uma expectativa de que o agente fungível não vá cumprir uma ordem ilícita⁴⁹².

Entretanto, será que o fato de uma organização estar desvinculada da ordem jurídica é garantia *per se* de fungibilidade? Ou só significa que não está em conformidade com o direito? De modo que o paradigma roxiniano não seja mais do que uma especulação não passível de verificação empírica.

Ademais, todas estas indagações assumem especial notoriedade no debate sobre a possibilidade de aplicação do domínio por organização na criminalidade empresarial. Inclusive, é nesse sentido a objeção de Busato, para quem o requisito da desvinculação à ordem jurídica serve exclusivamente para não se aplicar nas empresas a teoria⁴⁹³.

Não obstante, nesse momento, o debate sobre o domínio por organização e a criminalidade de empresa é uma questão secundária. Afinal, para se alcançar uma resposta, com

⁴⁸⁴ CARUSO FONTÁN, V. **La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder como solución a determinados supuestos de imputación individual dentro del ámbito empresarial**. RDP. 2003. N. 9. P. 31/67. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 190.

⁴⁸⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, E. **Responsabilidad penal en la empresa**. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000. P. 182/184. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 190.

⁴⁸⁶ MEINI, I. **Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados**. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003. P. 175/180. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 190.

⁴⁸⁷ AMBOS. **Dominio por organización**. P. 87.

⁴⁸⁸ ROTSCHE. **Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?** ZStW (2000). N. 112. P. 518/562.

⁴⁸⁹ KNAUER, C. **Die Kollegialentscheidung im Strafrecht**. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft. Verlag C. H. Beck. München. 2001. P. 78/79, 216. Apud In IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 190.

⁴⁹⁰ IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 200/201.

⁴⁹¹ HERZBERG, Rolf Dietrich. **Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen**. En: Knut Amelung (ed.). **Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straften in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft**. Sinzheim. 2000. P. 36 e 57/59. Apud AMBOS. **Dominio por organización**. P. 88.

⁴⁹² ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 701.

⁴⁹³ BUSATO, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 715/716.

um mínimo de cientificidade, há de se compreender inicialmente o que é uma organização desvinculada do direito para Claus Roxin, bem como conhecer a discussão que daí se originou.

3.3.2 *O conceito de organização desvinculada da ordem jurídica em Roxin. Notas sobre a fórmula de Randbruch. A natureza da desvinculação jurídica da organização (estatal ou não estatal)*

Tomar a sério o critério da organização desvinculada da ordem jurídica pressupõe uma minuciosa análise sobre seus elementos estruturantes: (a) aparato organizado de poder; (b) divórcio da ordem jurídica.

Mas, os elementos mínimos de uma organização relevante ao instituto da autoria mediata já foram descritos no tópico 3.2.1, ao que se remete. É verdade, no entanto, que o estudo deve ser complementado com uma abordagem sobre as diferenças de uma organização estatal e uma não estatal. Sobretudo, como tudo isso repercute no requisito que agora se investiga. Dito isso, para facilitar a compreensão do estudo, apresenta-se os casos a seguir:

1. Em brevíssima síntese, conforme é de notório conhecimento, com o declínio da República de Weimar, o Partido Nazista assumiu grande relevância na vida pública alemã. De 12 cadeiras no *Reichstag*, em 1922-23, foi para 107, em 1930. Dois anos depois, em 1932, alcançou a marca de 230 cadeiras, se tornando o partido com o maior número de representantes no parlamento. Com tamanha influência e após articulações políticas, Hitler se tornou chanceler, em 30 de janeiro de 1933. Depois disto, a Alemanha, gradualmente, foi assumindo uma feição mais nacional-socialista. A prestigiada Constituição de Weimar, de 1919, conquanto não tenha sido formalmente abolida, deixou de ser considerada fonte do direito; perdeu prestígio para o que se convencionou denominar de grandes leis constitucionais do Terceiro Reich. Considerava-se que a Constituição era composta pela seguinte tríade normativa: 1. Leis formais do Reich; 2. Prática jurisdicional do Reich ou do Partido; e 3. As ordens do *Führer*⁴⁹⁴. Entrementes, uma verdadeira reforma jurídica foi realizada, na qual a fonte do direito não era mais o Estado, senão a *comunidade do povo*, ou seja, a raça ariana. Nessa linha, como apontava Hitler, o Estado era mero instrumento para um objetivo maior: a realização da própria comunidade do povo. Diante disso, cada ariano tinha o dever de ocupar uma determinada posição nessa comunidade (professor, médico etc.). De cada posição se derivava diferentes

⁴⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista**: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945 [livro eletrônico] Trad. Rodrigo Murad do Prado. – 1. Ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2019. P. 67.

deveres, ou, como expressa Zaffaroni, “papeis exigidos pela comunidade”, dos quais a violação constituía um ilícito. Aos juízes cabia a missão de examinar, em cada caso, se os deveres tinham sido cumpridos ou não. Nesse contexto, o papel do direito escrito não era mais do que oferecer orientações. Não obstante, entre um conflito entre o direito escrito e a ética pautada pela comunidade popular (justiça ariana), prevaleciam estas. Tudo isso era válido, inclusive, em matéria penal, razão pela qual o princípio da legalidade já não se apresentava necessário e plausível, senão foi derogado, em 1935, pela introdução da analogia no § 2º do Código Penal do Reich⁴⁹⁵, cujo teor era de que “Será punido todo aquele que cometa um fato que a lei declare punível ou que mereça uma pena segundo a ideia básica de uma lei penal ou segundo o *são sentimento do povo*”. Esta fórmula representava os valores éticos atribuídos à comunidade popular. Além disso, atribuía-se ao *são sentimento do povo* duas funções: de controle e constitutiva. Isto significa que era uma baliza interpretativa aos atos normativos escritos. Somente se considerava Direito aquilo que estivesse em conformidade com o *são sentimento do povo*. Decorrente disso, as decisões judiciais poderiam constituir novas regras, desde que pautadas no *são sentimento do povo*⁴⁹⁶. Diante desse contexto, quem não assumisse o papel exigido pela comunidade, seja por incapacidade, raça, ou outro motivo, constituía uma ameaça/um risco ao ideal nacional-socialista ariano, razão pela qual, segundo a legislação nazista então vigente, não era um crime perseguir e executar deficientes e judeus, muito pelo contrário, um dever.

2. O segundo caso trata dos atiradores do muro e do Conselho de Defesa Nacional da República Democrática Alemã. Em apertada síntese, é de notório conhecimento o fato de que ao final da 2ª Grande Guerra Mundial, a Alemanha foi dividida, basicamente, em duas partes, a República Federal da Alemanha (RFA) (ocidental, democrática e capitalista) e a República Democrática Alemã (RDA) (oriental e comunista). Segundo a Constituição da RDA, competia à Câmara do Povo legislar e executar a lei. A tarefa de organizar a defesa do território cabia ao Conselho de Estado, o qual se via auxiliado pelo Conselho de Defesa Nacional (CDN) nas questões afetas às medidas de defesa e segurança da RDA. Havia uma hierarquia de comando, mediante a qual as deliberações do CDN fundavam ordens anuais ao Ministério da Defesa, quem exercia poder e mandava no exército das fronteiras – agrupamento distinto do Exército

⁴⁹⁵ ZAFFARONI. **Doutrina penal nazista**. P. 60/62.

⁴⁹⁶ PETERS, Karl. **Das gesund Volksempfinden**. P. 343. Apud: FRAGOSO, Christiano. Código Criminal e Código Criminoso: subsídios e notas ao Código Penal nazista de 1936. In: **Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal - Homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista**. Editora Revan, Rio de Janeiro/RJ. 2014. P. 220.

Popular Nacional, desde o início dos anos 70⁴⁹⁷. De outro lado, as baixas condições de sobrevivência humana no lado oriental fizeram com que, de 1949 até meados de 1961, dois milhões e quinhentos mil alemães evadissem para a RFA. Para arrefecer a tendência fugitiva, decidiu-se encerrar o contato com a RFA. Disso resultou o fato de que na madrugada de 13 de agosto de 1961, as fronteiras de Berlim foram fechadas com barricadas e arame farpado, os quais posteriormente foram substituídos pelo famigerado *muro de Berlim*⁴⁹⁸. Além disso, o Conselho de Defesa Nacional equipou os exércitos de fronteira com armas de fogo e ordenou que as evasões fossem impedidas *em qualquer caso* e recorrendo *a qualquer meio*, ainda que isso resultasse na morte dos fugitivos. É dizer, “os violadores das fronteiras, em qualquer caso, são inimigos e, se necessário, devem ser liquidados”⁴⁹⁹. Ademais, para legitimar os disparos no muro pelos soldados, tipificou-se a ação de evasão ilegal da fronteira (§ 213 do CP da RDA)⁵⁰⁰ e editou-se a Lei da Fronteira da RDA, a qual, em seu § 27, II, autorizava o emprego de arma de fogo para evitar a iminente execução ou continuação de um fato punível que de acordo com as circunstâncias possa considerar-se como um delito grave, bem como para deter pessoas altamente suspeitas de terem cometido um delito grave⁵⁰¹.

3. Por fim, o último caso retrata o julgado da interrupção do tratamento em um Hospital. Conforme se expôs anteriormente, trata-se da imputação penal sob o título de autoria mediata pelo domínio por organização ao médico e ao filho de uma anciã com graves problemas cerebrais, incapaz de andar, manter-se em pé e sem qualquer perspectiva de recuperação; ela só se mantinha viva, a mais de dois anos, por meio de alimentação parenteral. Os dois agentes ordenaram que os enfermeiros mudassem a alimentação da paciente, de modo que ela tivesse uma morte indolor, inclusive, acreditando que tal conduta fosse permitida⁵⁰².

Os dois primeiros casos apresentam os exemplos mais conhecidos de domínio por organização. Mas, uma análise mais detida parece demonstrar o fato de que tanto os reprováveis

⁴⁹⁷ SERRA, Teresa. A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder. **RPCC**. 5. 1995. P. 305/306.

⁴⁹⁸ SERRA. A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder. P. 304.

⁴⁹⁹ SERRA. A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder. P. 305/306.

⁵⁰⁰ “§ 213 *Paso ilegal de fronteras*. (1) Quien atraviese ilegalmente las fronteras de la DDR o infrinja las normas de residencia temporal de la DDR o de tránsito a través de la DDR, será castigado con pena de prisión hasta de dos años o com suspensión condicional de la pena, arresto o multa.” AMBOS, Kai. *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro*. Trad.: Claudia López. **Criminalia**. v. 68. n. 2. 2002. P. 37.

⁵⁰¹ “§ 27, (2), El empleo de las armas de fuego será lícito para evitar la inminente ejecución o la continuación de un hecho punible que de acuerdo com las circunstancias pueda considerarse como um delito grave (Verbrechen). También es lícita para detener a las personas altamente sospechosas de haber cometido um delito grave.” AMBOS. *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro*. P. 36.

⁵⁰² ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 580/581.

atos praticados pelo regime nazista como os disparos no muro não estavam em desconformidade com o direito em vigência, pelo contrário, era por ele esperado. O mais paradoxal é que, independentemente dos demais critérios, o terceiro caso, da interrupção do tratamento, é o que mais se aproxima de cumprir o requisito da desconformidade com a ordem jurídica, conquanto não se tenha dúvida de que isso não ocorra. O ponto é que, rigorosamente, entre os três casos, só houve uma violação à norma penal no terceiro.

Mais do que algum incômodo, as premissas expostas no parágrafo anterior devem ser tomadas a sério. Isso porque indicam uma relevante circunstância pela qual há de se distinguir os dois primeiros casos do terceiro: *a natureza da organização*. O Regime Nazista e a República Democrática Alemã são organizações estatais, enquanto o hospital não o é.

A diferença fundamental disso é que a organização estatal tem a possibilidade de legitimar seus atos pela edição de leis, como o caso da RDA com a legislação da fronteira, ou pela subversão da lógica jurídica a uma espécie de cláusula geral v.g o “são sentimento do povo alemão” no nacional-socialismo. Desse modo, parece ser um contrassenso defender que tais aparatos estejam em desconformidade com a ordem jurídica, por mais contestáveis que sejam os atos normativos emanados por essas organizações.

Assim, deixando, por ora, suspenso o exame das organizações não estatais, há de se levantar a seguinte questão: *por quais razões Roxin considera o Regime Nazista e a RDA organizações desvinculadas do direito?* A resposta, entretanto, pressupõe um aprofundado estudo sobre o critério em tela.

Em suas primeiras manifestações, Roxin explica que a autoria mediata por aparatos organizados de poder só pode existir se *toda* a estrutura organizacional estiver desvinculada da ordem jurídica (desvinculação em sentido amplo)⁵⁰³.

O decisivo é que se o escalão superior, intermediário e os órgãos executores estão vinculados a um ordenamento jurídico independente da própria organização, “as ordens de cometer delitos não podem fundamentar domínio”⁵⁰⁴. Afinal, “as leis têm classificação superior e normalmente excluem o cumprimento de ordens ilícitas e com isso o poder do homem de trás sobre a vontade.”⁵⁰⁵

⁵⁰³ “De la estructura del dominio de la organización se deduce que este solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico”. (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 244.

⁵⁰⁴ “puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio.” (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 244.

⁵⁰⁵ “las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas y con ello el poder del sujeto de detrás sobre la voluntad.” (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 244.

Com efeito, o que está por trás dessa lógica é uma diferenciação procedida por Radbruch sobre Lei e Ordem. A premissa considerada cientificamente válida é que “Lei é Lei” (“*Gesetz ist Gesetz*”) e “Ordem é Ordem” (“*Befehl ist Befehl*”). Sintoma disso é que o dever de obediência a uma ordem é regulado por sua relação com o ordenamento jurídico, a obrigação só existirá se a determinação for lícita, se não for é negativa a resposta. Problemático, entretanto, é que, *a priori*, não existe essa distinção entre Lei lícita e ilícita, senão é a própria Lei quem delimita as fronteiras de licitude⁵⁰⁶.

Roxin ilustra que, em um Estado de Direito, se um membro das forças armadas ou uma outra autoridade dá uma ordem ilícita aos seus subordinados há, no máximo, indução, salvo se estiver presente outra situação de autoria mediata (erro ou coação). Se a organização se orienta pelo Direito, seu funcionamento está inteiramente em conformidade com a ordem jurídica, de modo que uma determinação ilícita não tem a competência para movimentar o aparato organizado de poder⁵⁰⁷.

Não obstante, conforme entende Roxin, no remoto caso de a ordem ser obedecida, não há propriamente uma ação da organização, senão particular e contra a própria estrutura. Assim, amiúde, trata-se de casos individuais, não replicáveis, motivo pelo qual não há fungibilidade⁵⁰⁸.

Em síntese, uma vez que a ordem ilícita foi cumprida: (a) se a organização está, em alguma medida, vinculada à ordem jurídica, não há domínio, mas instigação; (b) se estiver totalmente divorciada, *pode* existir autoria mediata.

Em relação ao sistema jurídico, Roxin pressupõe ser regular, conforme os fundamentos de um Estado de Direito⁵⁰⁹. Mas, conforme observa Ambos, podem existir aparatos organizados de poder desencadeando a ocorrência de condutas extremamente gravosas à sociedade (crimes) sem estarem desvinculados do direito positivo⁵¹⁰. Diante disso, Ambos questiona: “como se

⁵⁰⁶ IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 183.

⁵⁰⁷ “Así, cuando en un Estado de Derecho una autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos o cuando en las fuerzas armadas un mando imparte órdenes antijurídicas, ello há de valorarse simple, salvo que haya que afirmar la autoría mediata por otras razones, solo como inducción, pues si todo el aparato se mueve por los cauces del Derecho, “funciona” de la manera requerida por la estructura de dominio descrita únicamente al utilizar los cauces preestablecidos por el ordenamiento jurídico. Una instrucción antijurídica no puede poner aquí la organización en movimiento” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 244.

⁵⁰⁸ “si esta es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una “iniciativa particular” llevada a cabo eludiendo su modo de funcionar, cuya característica entonces suele se también la ocultación cuidadosa con respecto a los demás titulares de competencias de la organización. Así pues, en tales casos no se actúa *con* el aparato, sino contra él, quedando estos excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de organización. Faltan aquí también, con arreglo al suceso externo, todos los presupuestos de la autoría mediata, puesto que el individuo tiene que se enrolado para el plan delictivo en cada caso como interviniente individual y no cabe hablar de la intercambialidad discrecional.” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 244.

⁵⁰⁹ IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 183.

⁵¹⁰ AMBOS. **Dominio por organización**. P. 89.

pode afirmar que o Estado criminoso atua fora do Ordenamento Jurídico, quando as Leis que embasam a ordem no âmbito interno emanam do próprio Estado?”⁵¹¹

Radbruch defende a premissa de que se houver um conflito entre a justiça e a segurança jurídica (mantida por regras previamente estabelecidas), deve prevalecer a Lei positiva fundada no Poder e nas Instituições. Não obstante, Radbruch ressalva que mesmo a legislação injusta tem um limite, o qual é ultrapassado quando a justiça for aviltada de tal maneira que não exista mais, do ponto de vista material, um Direito, senão um não Direito⁵¹². Representativas desse axioma são as palavras de Alexy, para quem “a extrema injustiça não é direito”⁵¹³. Ademais,

Quem sustenta esta tese deixa de ser juspositivista. Se um positivista quer estabelecer o que é o Direito, só pergunta por legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, sendo estes os dois elementos do conceito positivista de Direito, como mostram as numerosas variedades do Positivismo Jurídico, suscetíveis de mui distintas interpretações e valorações. Porém, isto não seguirá sendo aqui tratado. O positivista só tem interesse no caráter jurídico ou na regularidade jurídica, o conteúdo da norma não é importante. O grande juspositivista Hans Kelsen expressou isto em sua frequentemente citada formulação “Portanto, qualquer conteúdo pode ser Direito”. Esta é a tese positivista da separação entre o Direito e a moral; em suma: a tese positivista da separação. Também o não positivista, se está em seu juízo, aplica a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social. A fórmula de Radbruch expressa isto com claridade. Sem embargo, para o não positivista seguidor desta fórmula existe um limite, o da extrema injustiça. Deste modo, se incorpora ao conceito de Direito a correção material como critério limitativo. O conceito de Direito não é inflado, senão limitado moralmente. Isto é só uma vinculação parcial entre Direito e Moral, porém é uma vinculação. Quem defenda a fórmula de Radbruch defende, por isso, a tese não positivista da vinculação⁵¹⁴.

⁵¹¹ “cómo puede afirmarse que o Estado criminal actúa fuera del Ordenamiento jurídico cuando las leyes que conforman dicho orden en el ámbito interno emanan del propio Estado?” (tradução livre). AMBOS, K. **Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate**. GA, 1998. P. 241-242. Apud: FARALDO CABANA, Patricia. La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata com aparatos organizados de poder. **AFUDUC**. 13. 2009. P. 154.

⁵¹² RADBRUCH, G., **Rechtsphilosophie**, 5. Aufl., Koehler, Stuttgart, 1956, p. 353. Apud: FARALDO CABANA. La fórmula de Radbruch P. 156.

⁵¹³ ALEXY, R. Una defensa de la fórmula de Radbruch. **Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña**. núm.5. 2001. P. 76.

⁵¹⁴ “Quien sustente esta tesis ha dejado de ser iuspositivista. Si un positivista quiere establecer qué es el Derecho, sólo pregunta por la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social, siendo estos dos elementos del concepto positivista de Derecho, como muestran las numerosas variedades del positivismo jurídico, susceptibles de muy distintas interpretaciones y valoraciones. Pero esto no seguirá siendo tratado aquí. En este lugar sólo resulta de interés que, para el positivista, desde la perspectiva del carácter jurídico o de la validez jurídica, el contenido de la norma no es importante. El gran iuspositivista Hans Kelsen ha expresado esto en la frecuentemente citada formulación: "Por tanto, cualquier contenido puede ser Derecho". Esta es la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral; en suma: la tesis positivista de la separación. También el no positivista, si está en su juicio, aplica la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social. La fórmula de Radbruch expresa esto con claridad. Sin embargo, para el no positivista seguidor de esta fórmula existe un límite: el de la extrema injusticia. De este modo se incorpora al concepto de Derecho la corrección material como criterio limitativo. El concepto de Derecho no es inflado pero sí limitado moralmente. Esto es sólo una vinculación parcial entre Derecho y moral, pero es una vinculación. Quien abogue por la fórmula de Radbruch defiende, por ello, la tesis no positivista de la vinculación.” (tradução livre). ALEXY. Una defensa de la fórmula de Radbruch. P. 76.

Portanto, segundo a fórmula de Radbruch una legislación criminosa no debe ser considerada como Derecho. Ent6n, desconsiderados los actos normativos producidos en la vigencia del Regime Nazi, hay espacio para ser considerado como desvinculado del derecho tal aparato.

No entanto, nesse contexto, questiona-se: qual o ordenamento jur6dico deve ser levado em considera76o?⁵¹⁵ Deve-se analisar o direito vigente 6 6poca, mas em outras soberanias? O anterior? Posterior? Ou os pactos internacionais de direitos humanos?

Para Roxin s3 existe a possibilidade de se considerar delitivas e pun6veis as condutas de 3rg6os superiores do Estado que violem os direitos humanos, porque existem certos valores fundamentais comuns a todos os povos civilizados⁵¹⁶. A professora Patr6cia Faraldo Cabana conclui que “a ordem jur6dica ao que se faz alus6o n6o 6 unicamente o ordenamento jur6dico interno de cada Estado, sen6o que 6 tamb6m, e muito particularmente, a ordem jur6dica internacional”⁵¹⁷. Logo, o professor alem6o parece enveredar em uma posi76o pautada por um direito supralegal: fundamentos de um Estado de Direito baseados no direito natural, princ6pios, costumes e conven76es internacionais de direitos humanos, sobretudo⁵¹⁸.

A concep76o inicial de organiza76o estatal desvinculada da ordem jur6dica, entendida junto das contribui76es de Radbruch, explica que o aparato nazista est6 *em sua totalidade* divorciado da ordem jur6dica, porque mais se parece com um bando de salteadores do que com um Estado de Direito, de forma que o seu Direito 6 a nega76o do Direito, sua “justi7a” presta

⁵¹⁵ IB6NEZ. **La autor6a mediata en aparatos organizados de poder**. P. 181.

⁵¹⁶ ROXIN. **Autor6a y dom6nio**. P. 244. Em sentido semelhante, Bottke: “Con car6cter previo, Bottke somet6o el criterio de la desvinculaci3n jur6dica a un ulterior desarrollo aunque, a diferencia de Ambos, no renunci3 a su exigibilidad. En su opini3n, hablar de un aparato desvinculado del Derecho supon6a tanto como considerarlo “fuera de la cultura jur6dica de las naciones civilizadas”. Es decir, desvinculaci3n no en funci3n del Derecho interno vigente en cada Estado en el que se llevan a cabo las conductas delictivas, sino enmarcada en su 6mbito internacional, de “valores propios de las naciones civilizadas por convencimiento general”. Quien los vulnera aparece caracterizado como un aparato injusto, a(anti)civil (“anticivil” *Unrechtsapparate*), con una ideolog6a criminal “ac6vica” y, por tanto, desvinculado. Esto es, afirma este autor, lo que ocurri3 durante el r6gimen nacionalsocialista en Alemania y en el r6gimen de Polpot en Camboya, donde la desvinculaci3n jur6dica quedaba ya fundamentada por la infracci3n de los principios fundamentales reconocidos por todas las naciones civilizadas. En consecuencia, las leyes nacionales ser6an punibles conforme al Derecho Internacional y se someter6an a los criterios de “relevancia” cualitativa del fundamento de la pena de la Comunidad Europea”. BOTTKE, W. **T6terschaft und Gestaltungsherrschaft**. C. F. M6ller Juristischer Verlag, Heidelberg. 1992. P. 72. Apud: IB6NEZ. **La autor6a mediata en aparatos organizados de poder**. P. 186. Ib6nez destaca que Bosch objeta Bottke argumentando que “la formulaci3n de Bottke muestra precisamente que el criterio de la desvinculaci3n jur6dica se apoya en la idea de que “todo sistema estatal se mide en relaci3n a valoraciones supralecales, naturales, en el sentido de la f3rmula de Radbruch”. Adem6s, advierte este autor del peligro de caer en una “justicia de vencedores” (“*Siegerjustiz*”) por la manifiesta dificultad que ello conlleva en la consideraci3n de un estado – prescindiendo de casos claros como el r6gimen nacionalsocialista – como desvinculado en su conjunto del ordenamiento jur6dico.” (**Organisationsverschulden in Unternehmen**. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 2002. P. 229.)

⁵¹⁷ “el orden jur6dico al que se hace alusi3n no es 6nicamente el Ordenamiento interno de cada Estado sino que es tamb6n, y muy particularmente, el orden jur6dico internacional.” (tradu76o livre). FARALDO CABANA. La f3rmula de Radbruch. P. 155.

⁵¹⁸ FARALDO CABANA. La f3rmula de Radbruch. P. 155.

homenagens à injustiça. Dito de outro modo, toda a sua estrutura e atos normativos se movimentam no sentido direto de violar e aviltar os direitos humanos e fundamentais.

Mas, essa primeira concepção de Roxin não abarca a RDA. A estrutura do governo alemão oriental não é *em seu todo* delitiva, senão ao que parece só a legislação de fronteira. Sobretudo, o mencionado dispositivo legal que, no final das contas, excluía a ilicitude dos disparos efetuados pelos sentinelas do muro (§27, II).

Em razão disso, Roxin flexibiliza o rigor do requisito. Se inicialmente precisava de uma desvinculação *total da ordem jurídica*, agora “apenas no marco dos tipos penais realizados por ele”⁵¹⁹ (desvinculação restrita). Em outras palavras, houve um deslocamento do requisito. Antes, a ilicitude exigida era da própria organização. Depois, meramente dos atos *por ela praticados*. Então, o aparato *per se* poderia ser lícito.

A partir dessa mudança de posição de Roxin, Ambos observa que deve se diferenciar se a desvinculação é do direito positivo ou do direito supralegal, bem como se a desvinculação é em sentido amplo (como no nazismo) ou em sentido restrito (como na RDA)⁵²⁰.

Conforme desenvolve Ambos, os efeitos da desvinculação do direito positivo do aparato organizado de poder é tornar, para seus membros, nulas as normas de proibição escritas. Deste modo, conquanto sua existência e orientação aos não integrantes da organização, não funcionam para os agentes fungíveis como “barreiras normativas” da execução concreta do fato. No caso da desvinculação do direito supralegal, amiúde é o direito positivo o responsável por não só permitir, mas ordenar a conduta criminosa. Há uma divergência de valores entre o positivo e o supralegal. Nessa situação, como visto, o decisivo é que a barreira normativa da execução do fato está pautada pelos fundamentos de um Estado de Direito, Convenções Internacionais de Direitos Humanos, Direito Natural, ou seja, direito supralegal⁵²¹.

Não obstante, Ambos observa que as barreiras normativas impostas pelo direito supralegal devem ser reconhecíveis para o executor do fato⁵²². A questão é decisiva considerando que para configurar a autoria mediata pelo domínio por organização carece de o agente fungível ter a possibilidade de conhecer a totalidade das circunstâncias fáticas e jurídicas a sua volta. Somente diante deste quadro, é possível afirmar que o indivíduo elege sua conduta de forma autônoma. De fato, não é impossível que isso resulte numa recusa à prática do fato. Mas, considerando a fungibilidade dos executores, tal circunstância não prejudicaria o funcionamento do aparato.

⁵¹⁹ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 81.

⁵²⁰ AMBOS. Dominio por organización. P. 89.

⁵²¹ AMBOS. Dominio por organización. P. 89.

⁵²² AMBOS. Dominio por organización. P. 89.

Posteriormente, Ambos rechaça a desvinculação ao direito supralegal porque entende que não faz nenhum sentido compreender o critério fora de um direito positivo. O decisivo é que as proibições do direito suprapositivo não são estritas, senão deveras nebulosas, imprecisas e incertas, o que é insuficiente para constituir uma barreira normativa à execução concreta do fato⁵²³. É dizer, é problemática a premissa de que o executor reconhece como válidas as determinações do direito supralegal.

Roxin objeta a isso que não se trata da questão se a desvinculação é concreta (no sentido do direito positivo) ou abstrata (no sentido de um direito supralegal), mas sim se se a determinação estatal é ou não um injusto punível. Em caso positivo, há a desvinculação ao direito⁵²⁴.

Ambos observa, no entanto, que o fundamental não é necessariamente se a organização está ou não divorciada do direito, mas a repercussão dessa circunstância. Isto é, se o aparato estiver apartado do direito as ordens criminosas provavelmente serão cumpridas com maior naturalidade, uma vez que a barreira normativa não é relevante àqueles agentes⁵²⁵.

Com efeito, isso se relaciona com a diferenciação entre desvinculação ampla ou restrita pelo fato de que a segunda é mais clara e palpável do que a primeira. É possível, no paradigma restritivo, visualizar com maior concretude e clareza qual a barreira normativa a ser efetivamente dispensada pela execução da ordem⁵²⁶, ou seja, é mais hábil para indicar qual a norma penal está sendo ou deverá ser desprezada.

Especificamente no que tange à indicação da norma penal violada, Ambos insiste no ponto de que se a lesão ao direito positivo é facilmente reconhecível ao agente executor, igual circunstância definitivamente não há no que tange ao direito supralegal⁵²⁷ e por consequência na desvinculação ampla.

A barreira normativa supralegal não confere o mesmo nível de orientação de conduta que a positiva. De modo mais concreto, a determinação de “não matar alguém”, interpretada a partir da imposição de pena disposta no artigo 121 do Código Penal, não abre margem à dúvida: se X matar alguém, de forma típica, ilícita, culpável e punível, deverá ser sancionado com pena privativa de liberdade de seis a vinte anos de reclusão, se o delito for simples. Mas, no hipotético

⁵²³ AMBOS. Dominio por organización. P. 90.

⁵²⁴ “Roxin opone agora que no se trataria de si la desvinculación del derecho es concreta o abstrata “sino únicamente de si una acción ordenada desde el Estado es o no un injusto punible. Si es un injusto punible, entonces existe una desvinculación del derecho sin que en ello nada se ‘desdibuje’”. (tradução livre). ROXIN. Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität. Samson *et alii* (coords.) **Festschrift für Grünwald**. Baden Baden. 1999. P. 558. Apud in: AMBOS. Dominio por organización. P. 90.

⁵²⁵ AMBOS. Dominio por organización. P. 90/91.

⁵²⁶ AMBOS. Dominio por organización. P. 91.

⁵²⁷ AMBOS. Dominio por organización. P. 91.

caso de revogação do dispositivo legal (art. 121 do CP) não se poderia afirmar que matar alguém é uma conduta proibida. Por mais que o direito supralegal indique boas razões para se tutelar a vida *não se trata de uma orientação normativa válida no terreno do direito penal*. Não obstante

quem se filia à doutrina de Roxin de “que as violações mais graves aos direitos humanos (...) são evidentes a todo sentimento jurídico mais ou menos intacto” e queira limitar a desvinculação do direito suprapositivo a tais violações aos direitos humanos, será naturalmente de esta opinião, é dizer, partirá de que também o direito suprapositivo (“não lesiones os direitos humanos fundamentais!”) representa para o receptor da ordem, que executa diretamente ao fato, uma barreira normativa e que, por consequência, pode ser eliminado por meio da desvinculação do direito⁵²⁸.

À medida que desenvolve sua tese a partir do caso dos atiradores do muro na RDA, as premissas de Roxin não parecem corretas para Ambos. Segundo argumenta, embora atualmente se reprove a RDA pelo crivo da desvinculação em sentido amplo, há de se ressaltar que tal desvalorização deveria se limitar aos homicídios praticados na fronteira, ou seja, o aparato de poder não estava desvinculado *como um todo* do direito suprapositivo, senão só uma parte; uma desvinculação restrita. Independente disso, mister é que a RDA atuou conforme o próprio entendimento de o que constituía ou não Direito. Assim, os guardas da fronteira não se viam como agentes desvinculados da ordem jurídica⁵²⁹, tampouco acreditavam que integravam um aparato organizado de poder apartado do direito. Entretanto, conquanto os agentes se enxergarem como cidadãos cumpridores da Lei, *ainda assim deram cabo às determinações*. Este quadro fático é a prova definitiva do fato de que a organização estar ou não conforme o direito não tem muito valor como critério distintivo entre a instigação e a autoria mediata, ao contrário do que defende Roxin⁵³⁰.

Ademais, o problema, colocado por Kai Ambos, da barreira normativa do direito suprapositivo repercute no princípio da legalidade. É dizer, a premissa de Roxin, no sentido de

⁵²⁸ “quien parte con Roxin de “que las violaciones más graves a los derechos humanos (...) son evidentes a todo sentimiento jurídico más o menos intacto” y quiera limitar la desvinculación del derecho suprapositivo a tales violaciones a los derechos humanos, será naturalmente de esa opinión, es decir, partirá de que también el derecho suprapositivo (“! no lesiones los derechos humanos fundamentales!”) representa para el receptor de la orden que ejecuta directamente el hecho una barrera normativa y que, por consecuencia, puede ser eliminado por medio de la desvinculación del derecho.” (tradução livre) ROXIN. Probleme von Täterschaft. P. 558. Apud in: AMBOS. Dominio por organización. P. 91.

⁵²⁹ AMBOS. Dominio por organización. P. 91/92.

⁵³⁰ “La importancia práctica del criterio de la desvinculación del derecho reside en que, junto a aquel de la fungibilidad, posibilita la delimitación de la autoría mediata de la inducción en el caso de órdenes en el ámbito de estructuras jerárquicas” ROXIN. Probleme von Täterschaft. P. 558. Apud in: AMBOS. Dominio por organización. P. 92. Na mesma linha de AMBOS, Knauer “niega toda influencia en el dominio del hecho del hombre de atrás al hecho de que los miembros del aparato se sientan o no vinculados “en su conjunto” al ordenamiento jurídico. Lo único decisivo será para este autor que el aparato esté configurado de tal forma que las órdenes en cada caso pasen de “de arriba abajo”.” KNAUER, C. *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*. P.78/79, 216. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 190.

que “para a desvinculação do direito não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica atual”⁵³¹ preocupa porque atentatória ao princípio da legalidade, o qual se trata de um dos fundamentos mais basilares de um Estado Democrático de Direito.

Ao comentar esse problema Jakobs destaca que injusto é ilegalidade. Mas, só há ilegalidade onde exista Direito, ou seja, quando a justiça supraestatal seja acolhida pela vontade estatal. Em caso contrário, há um “não-Direito” (*Unrechtstaat*), um Estado *per si* corrompido. Ademais, o professor de Bonn entende que o Direito Natural não só confere legitimidade ao ordenamento jurídico pautado pela justiça e os valores democráticos, mas, sobretudo, deslegitima o que com ele está em desarmonia. Todavia, isso não significa que o direito natural substitua o positivo, porque só este com sua precisão e previsibilidade legitima a coação estatal. Dito de outro modo, não obstante a importância da justiça supraestatal ou natural, as normas penais só são válidas se constituídas pela vontade estatal. É o que prescreve o princípio da legalidade, representado pelo axioma *nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta, certa*. Entendimento contrário não parece ser compatível com a vedação constitucional de penalizar sem leis positivas⁵³². É verdade que

O próprio Jakobs reconhece que sua posição nos vincula, mediante a proibição de retroatividade, à arbitrariedade do Ordenamento injusto vigente no momento dos fatos, precisamente ao evitar a fórmula de Radbruch, porém essa premissa contém “algo que é correto do ponto de vista material: se no momento do fato não existe punibilidade, ainda que seu fundamento seja um mal fundamento, o fato não pode ser caracterizado como expressão da maldade subjetiva, senão que em “este” ordenamento aparece como adequado, normal. Não conseguir escapar do espírito do ordenamento é diferente de, sem bons fundamentos, ir contra ele”. A compreensão do ordenamento jurídico dos Estados de Direito sob a qual se pune os atos cometidos na RDA é, em sua opinião, perigosa a longo prazo, pois “este ordenamento não é concebível como um edifício construído de forma inteligente, cuja estática há de ser constantemente assegurada, senão como uma construção correta de forma quase-natural e quase lógica, que vincula a todos o tempo todo, ou ao menos, em todo o lugar”.⁵³³

⁵³¹ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 81.

⁵³² JAKOBS, Gunther. Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?, *DOXA*. núms.17-18. 1995. P. 445/467.

⁵³³ “El propio JAKOBS reconoce que su posición nos vincula, mediante la prohibición de retroactividad, a la arbitrariedad del Ordenamiento injusto vigente en el momento de los hechos, precisamente la situación que trata de evitar la fórmula de RADBRUCH, pero esa sujeción contiene “algo que es correcto desde un punto de vista material: si en el momento del hecho no existe la punibilidad, aunque su fundamento sea un mal fundamento, el hecho no puede caracterizarse como expresión de la maldad subjetiva, sino que en “este” ordenamiento aparece como adecuado, como normal. El no haber podido escapar del espíritu del ordenamiento en el que uno vive es distinto a haberlo contradicho sin buenos fundamentos”. La comprensión del Ordenamiento jurídico de los Estados de Derecho a que ha llevado la punición de los hechos cometidos en la RDA es, a su juicio, peligrosa a largo plazo, pues “este ordenamiento no se concibe como un edificio construido de forma inteligente, cuya estática ha de ser constantemente asegurada, sino como una construcción correcta de forma cuasi-natural y cuasilógica, que todo lo vincula supratemporalmente o, cuando menos, supraespacialmente”. (tradução livre). Citou JAKOBS. Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado. P. 464/466. FARALDO CABANA. La fórmula de Radbruch. P. 159.

Nessa linha, um ponto decorrente da discussão sobre a legalidade que não pode ser olvidado, é o da irretroatividade da lei penal. Patrícia Faraldo Cabana, quem parece ser filiada ao paradigma de Roxin, questiona: “Como evitar a objeção baseada na violação do princípio da irretroatividade das disposições penais desfavoráveis?”⁵³⁴ Afinal, se uma Lei permitia o homicídio em alguma situação, qualquer ato normativo posterior revogando a autorização será desfavorável.

No caso dos atiradores do muro, o BGH afirmou não existir nenhuma violação ao princípio da irretroatividade. O argumento é que o dispositivo §27, II, da Lei de Fronteiras deveria ser interpretado de forma favorável aos direitos humanos. Não seria correta a conclusão de que o Estado teria tanto interesse em proteger a fronteira a ponto de autorizar e fomentar a morte de quem ousasse a transpor. Logo, um “direito escrito” cuja interpretação conduz à violação de direitos humanos não deveria ser pelos soldados fronteiriços digno de confiança. Dito isso, a corte conclui que a convicção na interpretação anterior não é digna da tutela do princípio da irretroatividade (103. 2 GG), porque o campo de atuação desta é só sobre o “direito legal escrito”. Alexy objeta que o BGH, com estes argumentos, viola o referido princípio por vias transversas, isto é, reinterpreta a Lei das Fronteiras com um entendimento não majoritário à época dos fatos e afasta do âmbito da norma a compreensão dominante na RDA⁵³⁵, a saber, as evasões deveriam ser impedidas *em qualquer caso* e recorrendo *a qualquer meio*, ainda que isso resultasse na morte dos fugitivos⁵³⁶.

Embora a fundamentação tenha sido distinta, a decisão do BGH foi posteriormente ratificada pelo “Tribunal Constitucional Federal” (BVerfG). Segundo a Corte Constitucional, o princípio da irretroatividade é absoluto, mas deve ser interpretado em um contexto de normalidade institucional, isto é, em um governo democrático, com divisão de poderes e respeito aos direitos humanos, sobretudo. Nos casos de governos de exceção, onde não há os pressupostos citados, há um conflito entre o mandato de justiça material do Estado de Direito e a proibição absoluta de retroatividade. Mas, segundo o Tribunal, o atrito é resolvido na medida em que o próprio Estado já transformou o Direito em um “não-Direito”. Não há mais o fundamento especial de confiança, próprio de um Estado de Direito, o qual está vinculado à validade estrita da proibição da retroatividade⁵³⁷.

⁵³⁴ “Cómo sortear la objeción basada en la vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables?” (tradução livre). FARALDO CABANA. La fórmula de Radbruch. P. 157.

⁵³⁵ FARALDO CABANA. La fórmula de Radbruch. P. 157.

⁵³⁶ SERRA. A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder. P. 306.

⁵³⁷ FARALDO CABANA. La fórmula de Radbruch. P. 157.

Não obstante, Alexy enfatiza que o BVerfG defende que o princípio da irretroatividade é absoluto, mas só até a página dois. Segundo o professor, é paradoxal afirmar, em um primeiro momento, que algo é absoluto e, posteriormente, o limitar. Assim, questiona como pode algo ser absoluto, mas limitado?⁵³⁸

Finalmente, Alexy argumenta no sentido de que embora a redação do princípio da irretroatividade dê a entender que se trata de uma garantia ilimitada, sofre ele de uma limitação não escrita. Assim, valendo-se da fórmula de Radbruch, Alexy entende ser correta a exclusão do âmbito de sua proteção as causas especiais de justificação, as quais “legitimadas” por Estados de Exceção constituem não direito ou direito extremamente injusto. No mesmo contexto de anormalidade estatal, nega a irretroatividade das normas penais em desarmonia com as diretrizes internacionais⁵³⁹.

Em um breve balanço, não é radical demais entender que o cenário até aqui apresentado demonstra que o critério da desvinculação à ordem jurídica está envolto em questões nebulosas não só de direito penal, mas de teoria do direito.

Um primeiro exame indica que só é possível aplicar a teoria a maioria dos casos de criminalidade estatal recorrendo à fórmula de Radbruch. Mas, de outro lado, sacrificando o princípio da legalidade. Além disso, verificou-se que Roxin teve que alterar a concepção primeira para conseguir explicar o caso da RDA. Neste contexto, há de se destacar que a reforma realizada por Roxin pode refletir nas organizações não estatais.

Se nas organizações estatais se assinala que a desvinculação pode ser de direito positivo ou supralegal, nas não estatais esta distinção perde relevância para a diferença entre o aparato totalmente apartado do direito (amplo) e o parcialmente apartado (restringido). São exemplos dos primeiros as organizações criminosas de todo o gênero como o “Primeiro Comando da Capital” (PCC), o “Comando Vermelho” (CV), os “Amigos dos Amigos” (ADA), os famosos cartéis de drogas de Cali, Medellín e Sinaloa, as tradicionais máfias sicilianas, a Yakuza e a Boryoukudan no oriente, além de tantas outras de menor expressão.

A segunda hipótese, entretanto, não parece ser tão simples. Com efeito, este grupo de casos, teoricamente, se refere àqueles aparatos que, em alguma medida, se movimentam, e assim se orientam, em conformidade com a ordem jurídica vigente.

Entretanto, mesmo as organizações criminosas, mencionadas no primeiro grupo, também não estão totalmente, cem por cento, desvinculadas do direito. Inclusive, algumas se valem da ordem jurídica para satisfazer seus interesses. Dito de outra forma, usam da burocracia

⁵³⁸ FARALDO CABANA. La fórmula de Radbruch. P. 157.

⁵³⁹ FARALDO CABANA. La fórmula de Radbruch. P. 157/158.

inerente ao aparato estatal como mecanismo de tutela e fomento/alavancagem dos atos ilícitos – talvez seja por este motivo que seja denominada de criminalidade organizada.

Muito paradoxal é o fato de que diferenciar conceitualmente uma organização não estatal totalmente desvinculada do direito de uma parcialmente desvinculada é uma tarefa nebulosa, mas comparar uma organização criminosa, como uma máfia, com o Hospital do caso da interrupção do tratamento ultrapassa as fronteiras do absurdo. Se neste o crime é uma excepcionalidade, naquele é uma regra. É indubitável que a finalidade de uma organização criminosa é a prática de crimes, de modo que quem nela se associa anui ao desiderato delitivo. Amiúde igual circunstância não se verifica num hospital, conquanto erroneamente o BGH tenha condenado o filho e o médico, pela morte da anciã, sob o título de autoria mediata por aparatos organizados de poder⁵⁴⁰.

Com efeito, certamente o ponto de maior discussão no âmbito da autoria mediata pelo domínio por organização está na área cinzenta existente entre as duas situações apresentadas acima. Refere-se, neste momento, a aplicação da teoria nos aparatos organizados de poder não desvinculados *em seu todo* da ordem jurídica, mas que produzem resultados típicos com uma regularidade bastante significativa. Este quadro fático pode ser verificado com alguma frequência nas sociedades empresariais ou em outras organizações lícitas por definição, do que é prova o aumento expressivo da criminalidade econômica.

⁵⁴⁰ Roxin relata que “El BGH pretende juzgar a ambos acusados como autores mediatos y, para fundamentarlo, recurre en primer lugar a la autoría mediata mediante aprovechamiento de instrumento que obra en error de prohibición, tal como había admitido en el supuesto del Rey Felino (BGHSI 35,347 ss., supra núm. 29). Sin embargo, a la extrapolación de tal jurisprudencia a este supuesto se opone que los acusados no causaron ni quisieron aprovechar un error de prohibición, sino que ellos mismos sufrían error de prohibición. Puesto que la autoría mediata, en el error de prohibición del ejecutor, sólo puede basarse en el poder de configuración derivado del superior conocimiento jurídico del sujeto de detrás, debe descartarse de entrada tal fundamentación en nuestro caso. El BGH se da cuenta del problema, pero cree que “ello no es decisivo. Más bien lo es el que los acusados obraran con voluntad de autor y dominio del hecho”. En vista de la “competencia para impartir órdenes, de una parte, y, por otra, del papel subordinado, sometido a instrucciones de los auxiliares empleados” por ellos, “no cabe duda del criterio subjetivo de la voluntad de autor y del requisito objetivo del dominio del hecho de ambos acusados”, ‘Lo cual no es admisible. Estamos aquí ante un supuesto de ampliación indebida de la autoría mediata, ya puesta de manifiesto cuando BGHSI 40, 218 (supra núm. 38) admite poder resolver el “problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas” recurriendo a la figura del dominio de organización. Dado que un hospital trabaja dentro de la legalidad y con el objetivo de mantener la vida, esto es, la “maquinaria” no se había apartado en absoluto de la legalidad, la orden antijurídica dirigida a matar de ninguna manera era adecuada para desencadenar “resultados regulares” y a ejecutar “de forma casi automática” el resultado de muerte pretendido. Esto lo pone de manifiesto justamente el supuesto de hecho juzgado por el BGH, pues el jefe de enfermeros tuvo recelos sobre la admisibilidad de la orden, no la ejecutó y se dirigió al tribunal tutelar, que prohibió el cambio de alimentación. No pudo demostrarse de manera más clara que el dominio del hecho no concurría precisamente en las personas de detrás. Cuando el BGH, para mantener lo contrario, invoca el “papel sometido a órdenes” de los auxiliares, no utiliza ningún argumento idóneo, porque el sometimiento a órdenes precisamente no subsiste ante órdenes antijurídicas. La “voluntad de autor” empleada conjuntamente por el BGH, préstamo de la teoría subjetiva, no permite, faltando el dominio del hecho, delimitación alguna entre inducción y autoría mediata. Así pues, con mejor criterio, habría que haber calificado en este caso —suponiendo que lo planeado hubiera que juzgarlo como homicidio punible— de inducción intentada del sujeto de detrás (§ 30 I StGB).” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 580/581.

Não obstante, segundo a concepção ampla do critério, esse grupo de casos não seria contemplado pela teoria do domínio por organização, senão se limitaria ao instituto da instigação. Entretanto, conforme observa Herzberg, a partir da reforma procedida por Roxin, de deslocar a exigência de ilicitude da própria organização para os ilícitos por ela desencadeados, parece se abrirem as portas à aplicação da teoria na criminalidade de empresa, embora o idealizador do critério da organização reiteradamente se manifeste em sentido contrário⁵⁴¹.

Em conclusão distinta chega Ibáñez, quem argumenta que é possível aplicar a teoria à criminalidade empresarial dispensando o critério da desvinculação à ordem jurídica⁵⁴². Não obstante, Kai Ambos, mesmo rechaçando tal exigência, por entender que não faz diferença para se estabelecer o domínio, bem como que, além de prescindível⁵⁴³, mais confunde do que orienta⁵⁴⁴, rechaça qualquer possibilidade de aplicação na criminalidade empresarial⁵⁴⁵.

Independente disso, usualmente os autores que defendem o uso da teoria na criminalidade de empresa tendem a rechaçar este requisito. Para tanto, se valem de inúmeros argumentos, os quais serão detidamente descritos no tópico a seguir.

3.3.3 *Objecções gerais à imprescindibilidade do critério da desvinculação ao direito*

Inicialmente, Paulo Busato entende ser questionável o critério da desvinculação ao direito. O professor inicia sua abordagem argumentando que os próprios exemplos utilizados por Roxin, o regime nacional socialista e a RDA, não demonstram a correção *acima de qualquer dúvida razoável* do requisito, senão os atiradores do muro só cumpriam as ordens e as

⁵⁴¹ “De la misma manera entiende Herzberg que la “corrección” de Roxin al juzgar ahora la desvinculación del aparato de poder desde el punto de vista del delito específico, implicaría el reconocimiento de la autoría mediata en supuestos tales como el director de una Sociedad Anónima que ordena la comisión de un fraude de crédito, cometido finalmente por una persona fungible con propia responsabilidad de acción.” HERZBERG, R. D. Antwort auf die Anmerkung von Prof. Dr. Roxin. P. 57. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 186.

⁵⁴² IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 197.

⁵⁴³ Igual conclusão chega Meini: “Desde el planteamiento de este autor en el seno de un aparato organizado de carácter estatal, por mucho que su actividad “contravenga um Derecho abstrato e inmaterial conformado por los principios y valores que permiten la convivencia humana”, no se estará al margen de ordenamiento vigente. En este caso, precisa Meini, “se tratará de un Ordenamiento jurídico ilegítimo (material), pero no por eso ilegal (formal)”, por lo que la desvinculación jurídica será tan solo “una eventual característica del dominio de la voluntad por el dominio de la organización, pero en caso alguno presupuesto de ella.” MEINI, I. **Responsabilidad penal del empresario**. P. 175/180. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 190.

⁵⁴⁴ AMBOS, Kai. Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze. **GA**. 1998. P. 239.

⁵⁴⁵ IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 197.

determinações jurídicas vigentes à época, embora atentatórias aos direitos humanos⁵⁴⁶ - conforme discussão apresentada no tópico anterior.

Diante disso, Busato entende ser forçoso afirmar que a limitação não só não corresponde à realidade criminológica como também é artificial. Segundo argumenta, a razão de ser do critério é meramente para não aplicar a teoria na criminalidade de empresa⁵⁴⁷.

Entretanto, pondera Busato que, se de um lado, as sociedades empresariais e as organizações criminosas são constituídas de modo distinto; de outro, não é impossível que as primeiras se organizem e estruturem-se de modo a serem responsáveis pela produção de resultados típicos⁵⁴⁸.

Busato conclui que para se configurar a autoria mediata é necessário o domínio da organização por parte de quem deu a ordem e a fungibilidade dos executores, os quais devem ser colocados em um ambiente coletivo criminógeno, o qual tutele e fomente a prática delitiva⁵⁴⁹.

Na Espanha, Eva Fernández Ibáñez critica a ausência de uniformidade do requisito: ora, a desvinculação é da própria organização *em seu todo*, ora, é dos atos por ela desencadeados; também não se sabe se a desvinculação requisitada é do direito positivo ou supralegal. Diante disso, a professora espanhola não só entende ser desnecessária sua existência, como também advoga por sua não imprescindibilidade. Segundo seu desenvolvimento, o fato de o aparato estar desvinculado da ordem positiva ou supralegal, nacional ou internacional, em nada altera quanto ao ânimo/disposição do agente para executar o delito, o que demonstra que o critério não é relevante para a configuração do domínio por organização⁵⁵⁰.

Além disso, Ibáñez afirma compreender e aceitar as repercussões da dispensa do critério. Assim, uma vez presentes os demais pressupostos do domínio por organização, não há óbices para se aplicar o critério de autoria mediata aos aparatos organizados de poder não desvinculados do direito, como as sociedades empresariais e outras organizações lícitas, como partidos políticos, clubes de futebol, torcidas organizadas, ONG's, etc⁵⁵¹.

Para Rotsch, o critério da desvinculação à ordem jurídica é insustentável e contraditório. Com efeito, o professor chega a tal conclusão ao examinar o caso da interrupção do tratamento. Em um primeiro momento, destaca o argumento de Roxin, para quem em um hospital a ordem

⁵⁴⁶ BUSATO, Paulo. **Direito penal: parte geral** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. P. 715/716.

⁵⁴⁷ BUSATO. **Direito penal: parte geral**. P. 716.

⁵⁴⁸ BUSATO. **Direito penal: parte geral**. P. 716.

⁵⁴⁹ BUSATO. **Direito penal: parte geral**. P. 716.

⁵⁵⁰ IBÁÑEZ. **La autoria mediata en aparatos organizados de poder**. P. 201/202.

⁵⁵¹ IBÁÑEZ. **La autoria mediata en aparatos organizados de poder**. P. 202.

ilícita não é hábil para desencadear resultados regulares, tampouco para executar de forma quase automática o resultado típico pretendido, porque se trabalha dentro da legalidade; o aparato não está desvinculado *em absoluto* do Direito⁵⁵².

Posteriormente, Rotsch afirma que Roxin acerta no resultado, mas erra na argumentação, vez que a inadequação da teoria ao caso nenhuma relação tem com o critério. Para demonstrar a correção de sua premissa, Rotsch afirma que o argumento de Roxin é baseado na motivação da ação do executor individual, a qual hipoteticamente mudaria de acordo com a natureza da organização (lícita ou ilícita)⁵⁵³.

Mas, conforme observa Rotsch, diante de um contexto organizacional, a execução do delito, na verdade, pouco ou nada depende do executor, senão do automatismo do aparato, conferido pela fungibilidade. Por isso é que só seria possível verificar o efetivo domínio por organização quando um agente se recusasse a praticar o delito, uma vez que se poderia comprovar ou não a pronta substituição dos agentes e, conseqüentemente, o automatismo do aparato na produção regular de resultados típicos. Dito tudo isto, Rotsch descarta qualquer influência relevante do aspecto lícito ou ilícito da organização na fungibilidade dos agentes executores⁵⁵⁴.

⁵⁵² Conforme Rotsch „Nach Roxin folgt „aus der Struktur der Organisationsherrschaft..., daß sie nur dort vorliegen kann, wo der Apparat als ganzer außerhalb der Rechtsordnung wirkt. Denn solange Leitung und Ausführungsorgane sich prinzipiell an eine von ihnen unabhängige Rechtsordnung gebunden halten, kann die Anordnung strafbarer Handlungen nicht herrschaftsbegründend wirken, weil die Gesetze den höheren Rangwert haben und im Normalfall die Durchführung rechtswidriger Befehle und damit die Willensmacht des Hintermannes ausschließen.“ Diese Begründung überzeugt selbst und gerade unter Zugrundelegung der Überlegungen Roxins nicht. Roxin schreibt weiter: „Denn wenn der Gesamtapparat sich in den Bahnen des Rechts bewegt, funktioniert' er in den Formen der geschilderten Herrschaftsstruktur nur bei Benutzung der durch die Rechtsordnung vorgezeichneten Wege. Ein rechtswidriges Ansinnen kann hier die Organisation nicht in Bewegung setzen; wird es befolgt, so handelt es sich nicht um eine Aktion des Machtapparates, sondern um eine unter Umgehung seiner Funktionsweise zustandekommende, Privatunternehmung“, deren Kennzeichen denn auch die sorgfältige Verheimlichung vor den übrigen Aufgabenträgern der Organisation zu sein pflegt. In solchen Fällen wird also nicht mit dem Apparat, sondern gegen ihn gehandelt, so daß sie aus dem Bereiche möglicher Organisationsherrschaft von vornherein ausscheiden.“ **ROTSCH. Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?** P. 533/534.

⁵⁵³ „Der Haupteinwand gegen das Merkmal der Rechtsgelöstheit ist aber auf dem Boden der hier vorgetragenen Analyse ein anderer. Die Widersprüchlichkeit der Konstruktion und die Unhaltbarkeit auch des Merkmals der Rechtsgelöstheit werden nämlich ganz besonders deutlich, wenn man Roxins neueste Ausführungen liest, in denen er sich mit dem aktuellen Urteil des BGH zur Sterbehilfe beschäftigt, in dem ebenfalls mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft angenommen worden war. „Da ein Krankenhaus in den Bahnen des geltenden Rechts und mit dem Ziel der Lebenserhaltung arbeitet, der Apparat' sich also keineswegs vom Recht gelöst hat, war eine auf Tötung zielende rechtswidrige Anweisung keineswegs geeignet, regelhafte Abläufe' auszulösen und ‚nahezu automatisch‘ den erstrebten Todeserfolg herbeizuführen.“ Das ist zwar im Ergebnis richtig, hat aber nichts mit einer „Rechtsgelöstheit des Apparates“ zu tun. Reduziert man nämlich die Argumentation Roxins auf ihren Kern, so bedeutet sie am Beispiel der Tötung: Wenn das System das Tötungsverbot nicht insgesamt mißachtet, so wird eine vom Hintermann gegebene Tötungsanweisung auch nicht automatisch ausgeführt. Da diese Argumentation auf die Handlungsmotivation des einzelnen unmittelbar Ausführenden abstellt, impliziert sie aber, es sei entscheidend, daß der einzelne Vordermann die Tat begeht, weil er nicht durch eine entgegenstehende Rechtsnorm daran gehindert wird.“ **ROTSCH. Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?** P. 534/535.

⁵⁵⁴ „Auf den einzelnen Tatmittler und dessen konkrete Handlungsantriebe kommt es aber gerade nicht an. Denn die Automatik ergibt sich ja nicht daraus, daß regelmäßig Vordermann l die Anweisung umsetzt, sondern sie folgt

O professor Rolf Dietrich Herzberg chegou a dispensar o critério da desvinculação do direito. Segundo relata Ambos, para Herzberg deveria se fundamentar a autoria mediata relacionando-a sempre com a especificidade do delito⁵⁵⁵. Para ilustrar tal entendimento o professor assinala que no caso da RDA havia uma desvinculação limitada a proibição de matar⁵⁵⁶. O ponto seria que o domínio da organização só se realizaria por meio da fungibilidade, de modo que seria “secundário interrogar-se ainda também acerca de se os membros da organização não respeitam o ordenamento jurídico em seu conjunto e estão dispostos a ordenar e a executar todo tipo possível de delito”⁵⁵⁷. Posteriormente, entretanto, conforme relata Ibáñez, Herzberg entende que

Se é o juiz quem deve determinar se desde o ponto de vista de um delito cometido em virtude de uma ordem, a organização (de onde sai a ordem) era um aparato de poder e se estava desvinculada do Direito desde o ponto de vista do delito específico, dependendo exclusivamente de sua vontade estabelecer a fronteira entre o “todavía não” (“*noch nicht*”) e o “agora sim” (“*aber jetzt*”), então deveria se duvidar da utilidade científica de tal teoria. Na opinião de Herzberg, poderia não ficar provada a pretensão de “autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder” pelo fato de não poder ser reconhecido sob quais as circunstâncias poderia estimar tal pretensão como contestada⁵⁵⁸.

aus der Auswechselbarkeit des Tatmittlers. Ansonsten wäre die gesamte Konstruktion einer Organisationsherrschaft, die auf der spezifischen Wirkweise eines Apparates beruht, überflüssig. [...] Gerade in dem Fall, in dem sich der erste Vordermann weigert, die Tat zu begehen, muß sich die Rechtsfigur Roxins beweisen. Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft hat dann nur, aber auch schon derjenige, der das automatische Ersetztwerden des Tatmittlers ausnutzen kann. Diese Fungibilität hängt aber keinesfalls davon ab, ob das System rechtsgelöst ist oder nicht.“ ROTSCH. **Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?** P. 534/535.

⁵⁵⁵ “También Herzberg, rechaza ahora el criterio de la desvinculación del derecho. Para él, la autoría mediata se tendría que fundamentar siempre en relación con la especificidad del delito.” HERZBERG, Rolf Dietrich. *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*. En: Knut Amelung (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straften in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*. Sinzheim. 2000. P. 57/59. Apud AMBOS. *Dominio por organización*. P. 88.

⁵⁵⁶ “En su opinión, lo que se certifica realmente en estos casos es una “desvinculación única de la prohibición de matar, que constituye realmente una situación muy limitada, válida sólo para una situación definida estrechamente y que se produce muy raras veces”.” HERZBERG. *Mittelbare Täterschaft*. P. 37. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 190.

⁵⁵⁷ “También Herzberg, rechaza ahora el criterio de la desvinculación del derecho. Para él, la autoría mediata se tendría que fundamentar siempre en relación con la especificidad del delito. Lo determinante sería el dominio de la organización por medio de la fungibilidad y sería “secundario interrogar(se) aún también acerca de si los miembros de la organización no respetan el ordenamiento jurídico en su conjunto y están dispuestos a ordenar y a ejecutar todo tipo posible de delito.”” HERZBERG. *Mittelbare Täterschaft*. P. 57/59 Apud: AMBOS. *Dominio por organización*. P. 88.

⁵⁵⁸ “Si es el juez quien debe determinar si desde el punto de vista de un delito cometido en virtud de una orden, la organización (de donde sale la orden) era um aparato de poder y si estaba desvinculada del Derecho desde el punto de vista del delito específico, dependiendo exclusivamente de su voluntad establecer la frontera entre el “todavía no” (“*noch nicht*”) y el “ahora sí” (“*aber jetzt*”), entonces habría que dudar de la utilidad científica de tal teoría. En opinión de Herzberg, podría no quedar probada la pretensión de “autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder” por el hecho de no poder ser reconocido bajo qué circunstancias podría estimarse tal pretensión como rebatida.” (tradução livre). HERZBERG. *Mittelbare Täterschaft*. P. 57/59 Apud IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 190.

Assim, diferente de sua opinião anterior⁵⁵⁹, Herzberg rechaça a teoria do domínio por organização por completo e acaba concluindo que os homens de trás são tão somente instigadores⁵⁶⁰.

Por fim, conforme relata Ibáñez, antes das famosas objeções de Ambos, Schild já tecia suas críticas e sugestões ao domínio por organização. A maior de suas propostas foi a de dispensar a desvinculação à ordem jurídica, fundamentando a autoria mediata na fungibilidade e estrutura hierárquica, o que culminou na concepção de “domínio social” (*sozialen Herrschaft (Macht)*)⁵⁶¹, a qual será apresentada com mais detalhes em momento oportuno⁵⁶².

3.3.4 *Adeptos do critério*

Com efeito, não só de críticas e objeções sobrevive o critério da desvinculação à ordem jurídica. Além de Roxin, juristas de renome internacional são seus defensores e partidários, dos quais há de se sublinhar Heinrich, Figueiredo Dias, Carolina Bolea Bardón, Patricia Faraldo Cabana e Quintero Olivares.

Figueiredo Dias afirma simplesmente que Ambos não compreendeu corretamente o conteúdo semântico do requisito. Segundo o professor português, Ambos erra quando afirma que o regime nazista e a RDA não estavam desvinculados do direito. Para sustentar seu argumento esclarece que o aparato estatal foi usado pela organização criminosa para alcançar seus objetivos, isto é, Estado e organização criminosa não só coexistiriam de modo autônomo, mas só se confundiriam quando se colocasse em prática a empreitada criminosa⁵⁶³.

Ademais, Figueiredo Dias parece ser signatário da concepção de desvinculação ao direito suprapositivo, vez que entende que as ordens e leis contrárias aos fundamentos do direito são decisivas e suficientes para se afirmar que o aparato está apartado do direito⁵⁶⁴.

Em linha similar, Patricia Faraldo Cabana entende que a fórmula de Radbruch soluciona a questão das organizações estatais criminosas. Ela se manifesta no sentido de que a desvinculação da organização deve se pautar pelas normas da ordem internacional e do direito

⁵⁵⁹ HERZBERG. *Täterschaft und Teilnahme*. 1977. P. 34 e 57/59. Apud: ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 698.

⁵⁶⁰ HERZBERG. *Mittelbare Täterschaft*. P. 33. Apud: ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 698.

⁵⁶¹ SCHILD, W. **Täterschaft als Tatherrschaft**. Walter de Gruyter. Berlín. New York. 1994. P. 22. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 189.

⁵⁶² Ver tópico 4.5.

⁵⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

⁵⁶⁴ IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 198.

natural. Mas, esclarece que não se trata de substituir o direito positivo pelo supralegal, senão desconsiderar o primeiro em razão de sua “extrema injustiça”⁵⁶⁵.

Entretanto, tanto Figueiredo Dias como Faraldo Cabana parecem ignorar a objeção de Ambos, segundo a qual não se pode afirmar que o direito supralegal seja uma referência normativa válida ao executor do fato, de tal modo que constitua uma concreta barreira normativa a sua efetiva prática⁵⁶⁶.

Distinto dos demais, Heinrich desenvolve uma teoria sem a exigência de fungibilidade e do funcionamento automático do aparato, inclusive, dispensa até a concepção de domínio do fato como critério delimitador. Apesar de tudo isto, a defesa do critério é muito similar a realizada por Roxin de que só em uma organização desvinculada da ordem jurídica é real, alta e concreta a expectativa de que as ordens ilícitas serão cumpridas⁵⁶⁷.

Bolea Bardon, embora sem prescindir dos demais requisitos do domínio por organização tampouco do domínio do fato, também entende que só em uma organização apartada da ordem jurídica é possível se afirmar que o homem de trás domine o fato criminoso. Afinal, só em organizações criminosas há boas e suficientes razões objetivas de que o executor cumprirá a ordem delitiva, bem como caso se recuse, outro agente há de cumprir⁵⁶⁸.

Por fim, conforme relata Ibáñez, não obstante Olivares sequer se manifestar expressamente sobre o critério da desvinculação à ordem jurídica, o professor parece ser seu

⁵⁶⁵ FARALDO CABANA. La fórmula de Radbruch. *Passim*.

⁵⁶⁶ IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 198.

⁵⁶⁷ HEINRICH, M. **Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft**. Verlag C. H. Beck. München. 2002. P. 281/282. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 200.

⁵⁶⁸ É de se destacar este trecho em especial “En cuarto lugar, es de destacar que el Derecho pretende conseguir una conducta ajustada a las normas tanto por parte de los trabajadores de una empresa no dedicada a fines delictivos como por parte de los miembros de una organización criminal, pues el mensaje normativo se dirige por igual a ambos grupos de sujetos. Cosa distinta es que pueda tener más éxito el mensaje dirigido a los trabajadores que el dirigido a los miembros de una organización criminal. Por tanto, tiene razón ROXIN cuando advierte que, aunque el Derecho también espera que los miembros de organizaciones criminales no cometan delitos, no puede contar con ello en la misma medida que en el caso de empleados de una empresa no dedicada principalmente a actividades criminales. Pero, para calificar la conducta de los hombres de detrás, más relevante que la expectativa normativa, que en todo caso se mantiene vigente, es el hecho de que en aparatos de poder estatales y en organizaciones criminales no estatales los mandos dirigentes pueden confiar en que como regla general sus órdenes van a ser cumplidas. En el primer caso, los ejecutores materiales actúan formando parte de un sistema que les ampara, un sistema al que no se están por tanto enfrentando. En el segundo, en cambio, los ejecutores materiales se han integrado en una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico, dispuestos a seguir y cumplir los objetivos de la misma. El poder contar con que las órdenes dictadas desde la cúspide de la organización van a ser cumplidas por cualquiera de sus miembros no afecta tanto a la relación de cada individuo con la norma, que sigue prohibiendo todas aquellas conductas que sean delictivas, como a la que se establece entre quienes dirigen la organización (con poder de mando y de decisión) y los hechos ejecutados por sus subordinados. El control de la organización se convierte, así, en presupuesto del dominio de los mandos dirigentes, pero éste deberá ser efectivo y no meramente formal. Tendrá que derivar, por tanto, de un poder de mando y decisión al que habrá que vincular, en cada caso, el hecho concreto ejecutado. En consecuencia, control de la organización, en los términos aquí definidos, no se dará en aquellos ámbitos en que las actuaciones delictivas de los subordinados no se encuentran respaldadas por una organización criminal.” BOLEA BARDON. **Autoría mediata en derecho penal**. P. 399/400 e 370.

adepto. Isto porque não admite a aplicação da teoria do domínio por aparatos organizados de poder nas sociedades empresariais e demais organizações lícitas. O professor entende que neste grupo de casos é menos forçoso indicar a solução da coautoria. Assim, limita a aplicação da autoria mediata às organizações *per se* criminosas⁵⁶⁹, ou seja, totalmente desvinculadas da ordem jurídica.

3.3.5 Tomada de posição

Uma valoração sobre a exigência de que a organização esteja desvinculada da ordem jurídica deve levar em consideração as boas razões que amparam o critério e, na mesma medida, a correção das objeções apresentadas.

Não obstante, mais importante do que isto é responder: influencia de modo penalmente relevante o domínio do fato do homem de trás a organização estar ou não vinculada ao direito?

A síntese do argumento central de Roxin e da maioria dos adeptos do critério é que só é possível afirmar a fungibilidade dos executores em uma organização que esteja desvinculada da ordem jurídica, porque nas lícitas existe a expectativa de que a Lei será observada por seus destinatários.

De fato, é uma boa razão. Uma vez que o sujeito está integrado a uma organização criminosa não é pequena nem média a probabilidade de ele dar vazão a uma ordem ilícita. Bolea Bardón, nesse sentido, registra que a norma penal se dirige a todos por igual, o direito orienta o comportamento tanto dos membros de uma organização criminosa como dos funcionários de uma sociedade empresarial. Mas, naturalmente, é maior a probabilidade de os primeiros não observarem as prescrições normativas do que os segundos.

Isso não é objeto de disputa, poucos podem tal fato questionar. O decisivo é saber se tal circunstância *per se* seria suficiente para afastar a autoria mediata pelo aparato de poder nas organizações, ainda que parcialmente, vinculadas ao direito.

Apressadamente, poderia se advogar no sentido de que uma resposta positiva já foi dada por Roxin. Entretanto, nesse ponto se amolda perfeitamente a objeção da falta de uniformidade do critério, conforme observado por Ibáñez.

Inicialmente, a organização deveria ser totalmente desvinculada da ordem jurídica. Mas, objetou-se que amiúde as organizações estatais que “praticam crimes” não cumprem o requisito,

⁵⁶⁹ QUINTERO OLIVARES, G. **Los confines de la inducción: de la responsabilidad penal a la responsabilidad moral**. 2002. P. 919/940. Apud: IBÁÑEZ. **La autoria mediata en aparatos organizados de poder**. P. 199/200.

porque os atos delitivos por ela desencadeados não são proibidos pela legislação então em vigência, senão são até incentivados.

A objeção foi respondida no sentido de que não se deve avaliar a desvinculação pelo crivo de uma “legislação criminosa”, há de se utilizar como parâmetro o Direito Natural, supralegal e as convenções internacionais de direitos humanos e fundamentais.

Mas, amiúde o direito supralegal e as convenções internacionais não são influenciados e moldados pela ideologia dos países e governos vencedores das guerras? É dizer, se o Regime Nazista tivesse logrado êxito na segunda guerra mundial, será que os valores que influenciaram os pactos internacionais seriam os mesmos? Os aparatos organizados de poder desvinculados da ordem jurídica supralegal não seriam o grupo de países que convencionou-se denominar de *Aliados*? O que seria justo em mundo moldado por Hitler e seus ideólogos? Em decorrência dessas questões não parece errado afirmar que o campo lógico dogmático do critério já começa a se apresentar de forma não tão clara, senão extremamente nebulosa.

Além disso, assim como bem observa Jakobs, se levado a sério o critério do direito natural reconhece-se uma legislação supralegal, supratemporal e supraespecial, isto é, um conjunto normativo que vincula a todos e em todos os momentos, conquanto não esteja escrito em nenhum lugar, tampouco tenha sido discutido pelas câmaras legiferantes.

Há de se ressaltar, com todas as ponderações possíveis, que não se prescinde, nem se diminui a importância do direito natural, o qual constitui um ponto de referência relevantíssimo à legitimidade de um Estado de Direito. Entretanto, como novamente sublinha Jakobs, direito natural não é direito escrito, e só o direito escrito é constitutivo de injusto penal, só o direito escrito tem a capacidade de orientar a conduta do cidadão em prol da tutela dos bens jurídicos.

Com efeito, afirmar o contrário é advogar em face do princípio da legalidade, o que não parece ser sequer uma opção quando se parte de um Estado Democrático de Direito. Um Estado continua sendo substancialmente de Direito e Democrático após renunciar ao princípio da legalidade? Independente do caso tratado, qualquer resposta diferente de *não* está em contradição com as disposições constitucionais “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁵⁷⁰ e “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁵⁷¹.

Ademais, sobre este ponto específico, poderia se realizar diversas outras observações. Entretanto, parece valer a pena conferir maior atenção à fórmula de Radbruch. Se tal construção dogmática apresenta boas razões para ignorar e dispensar o direito extremamente injusto, as

⁵⁷⁰ Art. 5º, II, CF.

⁵⁷¹ Art. 5º, XXXIX, CF e no Art. 1º, do CP, ressaltando-se uma pequena diferença na pontuação.

legislações criminosas e os atos normativos emitidos por um Estado de Exceção, não se pode afirmar que soluciona todos os problemas. Mais do que simplesmente desconsiderar o conjunto normativo-jurídico delitivo, há de se apresentar uma boa razão para se punir concretamente os agentes que produziram resultados típicos nesse ínterim. Não se pode negar que ao lado deles está o princípio da irretroatividade das leis penais desfavoráveis ao réu. A vedação da retroatividade *in malam partem* não é sem motivo, senão uma garantia do indivíduo frente ao Estado de que, na época do fato, sua conduta não era punível. Aliás, acrescente-se que tampouco tais agentes encontravam-se em erro, muito pelo contrário agiam conforme os mandamentos normativos positivos. Tudo isso, os defensores da fórmula de Radbruch e do direito supralegal não conseguem superar sem que adotem eles mesmos uma concepção jurídica *extremamente injusta*.

A conclusão, nesses moldes, não só porque amparada por juristas da envergadura de Jakobs e Kai Ambos, parece ser *no todo* substancialmente irretocável.

Volvendo à objeção de Ibáñez, lembre-se que Roxin muda o critério. Se antes a organização deveria ser totalmente desvinculada do direito, depois poderia ser parcialmente vinculada, salvo nos atos delitivos por ela desencadeados. Então, segundo o posicionamento mais recente de Roxin, não é suficiente para afastar a autoria mediata o fato de que, em alguma medida, a organização se movimenta em conformidade com a ordem jurídica.

Mas, se é assim, parece não fazer mais sentido se afirmar que só quando a organização está desvinculada do direito as ordens ilícitas serão cumpridas regularmente pelos agentes fungíveis. Nessa linha, conforme observou Rotsch, a influência que a fungibilidade sofre da natureza ilícita ou lícita da organização não é penalmente relevante. Principalmente, porque trata-se de uma questão juridicamente nebulosa, cuja conclusão não é de fácil alcance ao executor da ordem, quem, necessariamente, deveria saber se a organização de que é membro está apartada ou não do direito.

Ocorre que, amiúde, conforme demonstrado por Ambos, este reconhecimento sobre a natureza da organização por parte do executor nem sempre ocorre. Senão só posteriormente aos fatos é que os tribunais e juristas verificam e reconhecem a ilegalidade do aparato de poder.

Diante de tudo isto, não há dúvidas sobre a falta de uniformidade e clareza do pressuposto, razão pela qual há de se afirmar que não é um critério seguro e hábil para distinguir os casos de autoria mediata e instigação. Então, considerando todos estes motivos, parece ser mais adequado o despachar ao museu do direito penal.

3.4 Fungibilidade do executor

3.4.1 *Aspectos gerais*

Ao lado da exigência de poder de mando de uma estrutura organizada e desvinculada da ordem jurídica está a fungibilidade, cuja validade científica, segundo argumenta Ambos, é o que confere maior força persuasiva ao critério do domínio por organização⁵⁷².

Não são poucos os adeptos do critério da fungibilidade. Destaca-se Bloy⁵⁷³, Brammsen⁵⁷⁴, Ebert⁵⁷⁵, Hünerfeld⁵⁷⁶, Joecks⁵⁷⁷, Jung⁵⁷⁸, Knauer⁵⁷⁹, Langneff⁵⁸⁰, Stratenwerth⁵⁸¹ e Schmidhäuser⁵⁸², além de ampla doutrina espanhola e sul-americana⁵⁸³.

⁵⁷² “Esta argumentación también pone de manifiesto, desde luego, que la fuerza persuasiva de la teoría del dominio por organización se encuentra en la *validez del criterio de la fungibilidad*”. AMBOS, Kai. Dominio por organización. P. 72.

⁵⁷³ BLOY, R. Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung. GA. 1996. P. 440. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 128.

⁵⁷⁴ BRAMMSEN. Unterlassungshaftung in formalen Organisationen. Pro Universitate Verlag, 2000. P. 140 Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 128.

⁵⁷⁵ EBERT, U. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil. 3ª. Ed. C.F Müller Verlag, Heidelberg, 2001. P. 198. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 128.

⁵⁷⁶ HÜNERFELD, P. **Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland**. ZStW. 1987. N. 99. P. 244.

⁵⁷⁷ JOECKS, W. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. C.H. Beck, München. 2003. P. 1037. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 128.

⁵⁷⁸ JUNG, H. Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrates der DDR für Tötungen na der DDR- Grenze. JuS. 1995. P. 174. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 128.

⁵⁷⁹ KNAUER, C. **Die Kollegialentscheidung im Strafrecht**. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft. Verlag C. H. Beck. München. 2001. P. 76/79, 216. Apud In IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 128.

⁵⁸⁰ LANGNEFF, K. **Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug**. Shaker Verlag, Aachen. 2000. P. 87/91. Apud: In IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 128.

⁵⁸¹ STRATENWERTH, G. **Strafrecht**. At. I. 4ª. Ed. N. m. 66 y 67. Apud In IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 128.

⁵⁸² SCHMIDHÄUSER, E. **Tatherrschaft als Deckname der ganzheitlichen Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht**. Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70 Geburtstag. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993. P. 356. N. 43. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 128.

⁵⁸³ “En la doctrina española y sudamericana, la fungibilidad ha sido reconocida expresamente como criterio fundamentador esencial por Álvares/ Cobos, Bacigalupo, Zapater, Caruso Fontán, Choclán Montalvo, Faraldo Cabana, Fellini, Gómez Benítez, Gómez Tomillo, Jaen Vallejo, Muñoz Conde.” IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 131.

Apesar disto, o requisito não contou com a indulgência de respeitável parcela da academia, vez que é objeto das críticas de Heinrich⁵⁸⁴, Meyer⁵⁸⁵, Heine⁵⁸⁶, Rotsch⁵⁸⁷, Bosch⁵⁸⁸, Jakobs⁵⁸⁹ e Herzberg⁵⁹⁰, sem esquecer dos espanhóis⁵⁹¹ e de Schroeder. Segundo o qual a fungibilidade não teve boa acolhida na jurisprudência alemã. Inclusive, relata que o BGH nunca a mencionou expressamente⁵⁹².

A verdade é que há um intenso debate doutrinário sobre o que substancialmente a corte alemã se referia na decisão do caso dos atiradores do muro. Se Urban entende que o BGH ignorou a fungibilidade, Roxin, Rotsch e Schünemann assinalam que o critério está presente, mas com outra roupagem. Roxin o vislumbra pela exigência de determinadas condições prévias da organização, assim como, em um primeiro momento, rechaça “a disposição incondicional do executor ao fato”⁵⁹³, a qual parece ter sido acolhida pela corte alemã. Rotsch afirma que a fungibilidade está na ocorrência quase automática do sucesso delitivo. Schünemann entende que o decisivo é a referência aos processos regulares de produção do resultado típico⁵⁹⁴.

⁵⁸⁴ HEINRICH. *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*. 2002. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 134.

⁵⁸⁵ MEYER. *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*. Carl Heymanns Verlag KG. Köln. Berlín, Bonn, München, 1984. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 143/145.

⁵⁸⁶ HEINE. *Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten. NS – und DDR-Unrecht im Vergleich der Rechtsprechung. JZ*. 2000. P. 920-926. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 147/148.

⁵⁸⁷ ROTSCH. *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?* P. 528/529.

⁵⁸⁸ BOSCH, N. *Organisationsverschulden in Unternehmen*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 2002. P. 237/240. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 148.

⁵⁸⁹ JAKOBS, Gunther. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen um die Zurechnungslehre. 2ª Ed. Walter de Gruyter. Berlín. 1991. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 151.

⁵⁹⁰ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 152/154.

⁵⁹¹ “En la doctrina española, si bien ya Cerezo Mir, Díaz e García Conlledo, Ferre Olivé e Gutiérrez Rodríguez, aunque sin profundizar en ello, han matenido una postura contraria a su validez como criterio fundamentador de la autoría mediata en estos casos, la posición más crítica la adopta Hernández Plasencia, para quien la fungibilidad “es un argumento que se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata”. IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 152/154.

⁵⁹² SCHROEDER. *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*. P. 569/570.

⁵⁹³ Apesar disto, Roxin se posiciona de forma extremamente crítica em relação à decisão do BGH. “Naturalmente, la fundamentación de la sentencia no merece aprobación en todos sus puntos. Así, el BGH pretende apoyar la autoría mediata de la persona de detrás también en que aprovecha “la disposición incondicionada del ejecutor directo a realizar el tipo” y quiere “el resultado como fruto de su propio actuar”. Aceptar que la disposición incondicionada al hecho del ejecutor directo puede fundamentar dominio del hecho es el ofrecerse del que trata el §30 II StGB como modalidad del manifestarse dispuesto. Sin embargo, queda fuera de duda que el “aceptar un ofrecerse” constituye inducción y no autoría mediata. Tampoco depende el dominio del hecho de la persona de detrás debido a estructuras organizadas precisamente de que el respectivo ejecutor esté “dispuesto incondicionalmente” al hecho”, puesto que aunque no lo esté y sepa eludir la orden, la persona de detrás puede dar por sentado que sus órdenes se van a ejecutar, porque enseguida otro suplirá al desobediente o desertor.” ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 579.

⁵⁹⁴ Segundo Schroeder “Bei der Interpretation dieser Urteile setzte sich das Ringen zwischen den beiden Auffassungen fort. Dabei wurde oft nicht zwischen der Anerkennung der Organisationsherrschaft schlechthin und dem Kriterium der Fungibilität unterschieden. Natürlich erkannte der BGH die von Roxin entworfene Figur der Organisationsherrschaft als solche an. Im Übrigen ging es aber um die Auseinandersetzung zwischen der Fungibilität und der Ausnutzung der Tatbereitschaft. Insofern konnte ich die Urteile als volle Zustimmung zu

Com efeito, antes de se analisar criticamente o requisito da fungibilidade e sua essencialidade para a autoria mediata nos aparatos organizados de poder, carece-se de tornar menos nebulosos os pressupostos e as consequências do critério.

3.4.2 *Pressupostos e a consequência da fungibilidade*

A noção de fungibilidade como um elemento excepcional da autoria mediata, assim como a própria teoria do domínio por organização, surge com Roxin. Então, antes de mais nada, há de se compreender o que o professor alemão tinha em mente quando elaborou o requisito.

Em primeiro lugar, em Roxin a noção de fungibilidade nada mais é que o fato de que os executores diretos são substituíveis de tal modo que se um falha ou se recusa a dar cabo ao fato criminoso outro o faz, não deixando que a determinação superior seja descumprida, principalmente, que o resultado típico vislumbrado pela cúpula não ocorra⁵⁹⁵.

Posteriormente, Roxin argumenta que o executor do tipo penal tem a liberdade e a responsabilidade de um agente plenamente culpável, um autor imediato. Mas, isso é irrelevante ao domínio do fato ostentado pelo homem de trás, sobretudo, porque este enxerga o homem da frente como uma mera figura anônima e substituível, “uma peça na engrenagem criminosa”. Em outras palavras, o executor material é um autêntico autor imediato e, ao mesmo tempo, só um instrumento fungível do aparato de poder. Roxin denomina isso de *dupla perspectiva*, pela qual o sujeito de trás é impulsionado ao centro do acontecer típico junto do homem da frente⁵⁹⁶.

meiner Auffassung verbuchen. Auch Urban stellt fest, dass „sich der BGH entgegen Roxin nicht auf die Rechtsgelöstheit eines Machtapparates und die Fungibilität der Ausführenden berief, sondern auf deren unbedingte Tatbereitschaft, und sich damit inhaltlich stark an die Konzeption Schroeders anlehnte“. Dagegen versuchte Roxin, dem Urteil BGHSt 40, 218 die Anerkennung der Fungibilität als Wesensmerkmal zu unterschieben, und bestritt, dass die unbedingte Tatbereitschaft dem Veranlasser die Tatherrschaft vermittele. Wenn er darauf hinwies, dass die Annahme eines Erbietens eine Anstiftung und keine mittelbare Täterschaft sei, andernfalls es des § 30 Abs. 2 StGB nicht bedurft hätte, so lässt sich diese Vorschrift auch ohne weiteres als Klarstellung auffassen, dass hier keine versuchte Anstiftung, sondern versuchte Täterschaft vorliegt. Im Übrigen komme es auf die unbedingte Tatbereitschaft gar nicht an; das Besondere der Organisationsherrschaft liege gerade in dem Funktionieren unabhängig vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der unbedingten Tatbereitschaft beim einzelnen. Rotsch wollte die Zugrundelegung der Fungibilität durch den BGH – neben der der Ausnutzung der unbedingten Tatbereitschaft – aus der Verwendung der Formulierung „nahezu automatischer Erfolgseintritt“ und einer weiteren scharfsinnigen Textanalyse ermitteln; der BGH habe zwei sich widersprechende Ansichten vermengt. Schünemann schloss die Anerkennung auch der Fungibilität aus dem Hinweis auf die „regelhaften Abläufe“. Schon vorher hatte Schünemann die mittelbare Täterschaft als Typus i.S.d. neueren Rechtstheorie charakterisiert, bei dem die schwache Ausprägung eines Merkmals durch die besonders starke eines anderen kompensiert werden könne, so dass Roxins Merkmal der Fungibilität und meines der Tatentschlossenheit des Vordermannes sich nicht widersprechen und nicht inkommensurabel seien.” SCHROEDER. Tatbereitschaft gegen Fungibilität. P. 570.

⁵⁹⁵ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 692.

⁵⁹⁶ “En este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituable. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje – sustituable en cualquier

Logo, a fungibilidade do executor é o que substancialmente garante ao homem de trás o domínio sobre o fato. É o elemento mais decisivo da teoria⁵⁹⁷.

Dito isto, no âmago da fungibilidade parece estarem presentes dois pressupostos indispensáveis para produzir e concretizar a consequência esperada pelo critério: o automatismo do aparato de poder. Então, só pode se afirmar a fungibilidade do executor se a organização funcionar de modo praticamente automático, o que só é possível caso se afaste o que se convencionou denominar de fungibilidade sucessiva, exigindo-se que a substituição do executor se dê de forma imediata, bem como que tenha uma quantidade significativa de agentes.

3.4.2.1. *Substituição imediata. Rechaço à fungibilidade sucessiva.*

Em relação ao funcionamento concreto da fungibilidade, parece ser de bom tom iniciar o tópico a partir das provocações de Hefendehl. O professor indaga se deve existir uma pessoa pronta, um soldado de reserva, para substituir a outra nos casos de recusa/não êxito. Ou, também seria possível uma segunda alternativa, na qual se prescindiu da necessidade de que o fato seja cumprido “aqui e agora”. É dizer, se trata de estruturas configuradas de tal modo que a negativa de cumprimento da ordem seja sanável a qualquer tempo⁵⁹⁸.

Em alguma medida, a questão levantada por Hefendehl foi tratada pela Suprema Corte Peruana no processo criminal contra a organização guerrilheira maoísta *Sendero Luminoso*. O Tribunal Superior cassou a decisão da Sala Penal Nacional em razão do fato de que ela substituiu o critério da fungibilidade do executor pelo da disposição incondicional⁵⁹⁹. O decisivo foi o entendimento de que em nenhuma manifestação da teoria do domínio por organização se poderia prescindir da intercambialidade dos agentes executores.

Mas, os magistrados peruanos entenderam que a fungibilidade relevante ao domínio por organização não era necessariamente “aqui e agora”, senão poderia ter uma natureza sucessiva. Isso significa que a substituição do insubordinado não precisaria ocorrer imediatamente, senão dentro de um amplo período temporal⁶⁰⁰. A título de ilustração parece haver fungibilidade

momento – en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer.” ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 240.

⁵⁹⁷ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 240.; ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 82.

⁵⁹⁸ HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. P. 47.

⁵⁹⁹ MUÑOZ CONDE. OLASOLO. La aplicación del concepto de autoria mediata. P. 85/86.

⁶⁰⁰ “La Corte Suprema peruana partió en su análisis del caso de la interpretación de la Sala Penal Nacional, en el sentido que ésta subrayó que el dominio del superior sobre la organización estaba basado en su estructura jerárquica y en la fungibilidad de sus miembros. En consecuencia, para la Corte Suprema peruana, la naturaleza fungible de los miembros de la organización es un requerimiento clave en la figura jurídica de autoria mediata. No obstante, al analizar la fungibilidad de los miembros de Sendero Luminoso, el máximo tribunal peruano se centró en la

sucessiva no caso em que A contrata M, um assassino profissional, para matar seu inimigo I. Se o mercenário M se recusar a praticar o crime, o homem de trás pode contratar o N, O, P, Q e outros, até o momento em que o homicídio finalmente será praticado.

Tal entendimento *data vênia* não parece ser o mais adequado para fundamentar uma autoria mediada sem que ocorra o aviltamento do instituto da instigação. O ponto mais crítico parece ser de que a concepção de fungibilidade sucessiva dissolve o argumento mais forte da concepção original de domínio da organização. *O domínio do fato do homem de trás se pauta justamente na valoração de que sua ordem será cumprida em um espaço temporal curto, bem delimitado, independentemente da vontade do substituível homem da frente.*

A fungibilidade, assim, pressupõe um caráter temporal imediato. A substituição do executor deve ser instantânea, ou seja, “aqui e agora”. A produção dos resultados típicos não pode depender da decisão autônoma de um agente, senão da eficiência do sistema hierárquico do aparato organizado de poder, o qual deve contar com uma grande quantidade de agentes⁶⁰¹.

3.4.2.2. Grande quantidade de agentes

A imprescindibilidade da grande quantidade de agentes é assunto praticamente incontroverso entre os adeptos do critério da fungibilidade⁶⁰².

Stratenwerth observa que só se pode afirmar a existência da fungibilidade dos órgãos executores se o aparato de poder ter a sua disposição uma reserva de pessoas suficientemente significativa e, principalmente, utilizável no caso de alguma desobediência ou insubmissão. Do contrário, simplesmente não haveria efetivamente a intercambialidade que a autoria mediata pelo domínio por organização pressupõe⁶⁰³.

fungibilidad sucesiva de sus miembros, enfatizando que si un miembro de Sendero Luminoso no cumplía con una orden impartida por la Dirección del Comité Permanente, otro miembro lo reemplazaria en ese cometido. Esto fue lo que ocurrió con la orden de asesinar a Felipe Santiago Salaverry, que fuera ejecutado luego de seis intentos.” MUÑOZ CONDE. OLASOLO. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados poder en América Latina y España. P. 86.

⁶⁰¹ Igualmente críticos com a fungibilidade sucessiva são Muñoz Conde e Olasolo: “El problema que plantea este enfoque está dado por el hecho de que la mayoría de las organizaciones alcanzan un criterio de “fungibilidad sucesiva”, lo cual se explica mediante la circunstancia de que siempre que uno de sus miembros se niegue a cumplir con una orden de un superior, invariablemente habrá otro que pueda intentar ejecutarlo en un estadio posterior. Como consecuencia, este enfoque priva al “criterio de fungibilidad” de algún valor como elemento que permita distinguir entre casos donde los superiores poseen un dominio real sobre sus organizaciones y aquellos otros casos donde ellos no detentan tal dominio.” MUÑOZ CONDE. OLASOLO. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados poder en América Latina y España. P. 86.

⁶⁰² IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder.** P. 123.

⁶⁰³ STRATENWERTH, G. **Strafrecht.** At. I. 4ª. Ed. N. m. 66 y 67. Apud In IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder.** P. 123.

No mesmo sentido, pondera Herzberg ao sublinhar que, no grupo de casos aqui analisados, não haveria de falar em domínio se a cúpula não tivesse ao seu dispor “uma grande reserva de ajudantes obedientes” substituíveis⁶⁰⁴.

Para Schmidhäuser tal reserva é um critério decisivo, embora acrescente que os agentes devem estar dispostos e determinados ao fato⁶⁰⁵. Inclusive, em sentido semelhante, a professora Langneff entende que a probabilidade de que a ordem ilícita seja obedecida aumenta significativamente quanto maior é a quantidade de executores disponíveis ao fato⁶⁰⁶.

Aliás, a grande quantidade de agentes é o motivo pelo qual amiúde se exclui a expansão do domínio por organização às estruturas de pessoal reduzido ou mesmo familiares⁶⁰⁷.

Não obstante tudo isso, Charchulla e Rotsch objetam que a exigência de grande quantidade de executores é abstrata, desligada do fato concreto e pode gerar consideráveis inconseqüências⁶⁰⁸.

Charchulla entende que entre o critério da fungibilidade e o conceito de domínio do fato há uma inconsistência, um ponto débil. O motivo disso é que o instituto da autoria penal pressupõe um domínio sobre o sucesso concreto; um domínio da ação, a realização do tipo penal. Mas, a posição privilegiada do homem de trás, mesmo na presença da intercambialidade do executor, só permitiria a configuração da instigação de fatos genéricos por parte também de autores genéricos. Nessa situação, o único que poderia almejar algum domínio seria o agente que realiza o tipo penal com as suas próprias mãos⁶⁰⁹.

A objeção de Charchulla, para além de questões voltadas à teoria formal-objetiva, é no sentido de que no cenário desenhado não há nada de concreto, tudo se refere à especulação sobre uma imaginária quantidade significativa de agentes substituíveis para realizar um eventual fato criminoso.

Mais sofisticada parece ser, contudo, a observação de Rotsch. Ao estudar o critério da fungibilidade, o professor destaca que o próprio Roxin entende que *em um fato concreto não é necessária a participação de muitas pessoas, pelo contrário, é até preferível que poucas*

⁶⁰⁴ HERZBERG. *Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme*. JuS. 1974. P. 375. Apud in IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 124.

⁶⁰⁵ SCHMIDHÄUSER. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Studienbuch. 2ª Ed. J. C. B. Mohr. Paul Siebeck. Tübingen. 1984. P. 304. Apud in IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 124.

⁶⁰⁶ LANGNEFF, K. *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug*. Shaker Verlag, Aachen. 2000. P. 87/88, 90/93 Apud In IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 12.

⁶⁰⁷ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 123.

⁶⁰⁸ CHARCHULLA. T. *Organisationsherrschaft*. 2000. P. 56/57. ROTSCH. T. *Individuelle Haftung*. 1998. P. 145. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 124.

⁶⁰⁹ CHARCHULLA. T. *Organisationsherrschaft*. 2000. P. 56/57. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 124.

tenham conhecimento. Apesar do destaque, Rotsch não discorda que o pressuposto mais essencial da fungibilidade é a grande quantidade de agentes, pois a eficácia da produção regular de resultados típicos está condicionada à possibilidade de substituição dos agentes, o que será maior se houver uma significativa reserva de potenciais executores⁶¹⁰.

É nesse ponto, no entanto, que a ponderação de Rotsch adquire originalidade. Segundo desenvolve em sua argumentação, a fungibilidade, por meio da grande quantidade de agentes como pressuposto do automatismo na produção do resultado típico, é o que fundamenta o domínio do fato. Entretanto, em tese, ainda não há um fato a ser dominado. Logo, o critério do domínio por organização dispensa do fato concreto, sobretudo porque anteriormente se afirmou a suficiência da participação de poucos agentes⁶¹¹.

De toda forma, Ibáñez observa o fato de que para Rotsch “a declaração de Roxin poderia salvar-se na hipótese em que se concentrasse não em um elemento objetivo de fungibilidade, senão na “representação” (*Vorstellung*) do próprio homem da frente.”⁶¹² Nesse modelo proposto, “o executor atuará só porque *crê* que em qualquer caso outro ocupará seu lugar, de maneira que do domínio do fato do homem de trás resultará que este se serve do homem da frente, cuja representação (é dizer, a decisão ao fato) ele conhece.”⁶¹³

Sem embargo, o próprio Rotsch observa que Roxin se esquiva de tal solução, porque entende que a representação não é suficiente para fundamentar a autoria mediata (o domínio objetivo do homem de trás). Roxin indica que se trata de uma construção muito mais afeta ao modelo proposto de Schroeder, quem advoga pela proposta da utilização de uma pessoa decidida ao fato⁶¹⁴.

Rotsch segue argumentando que, para Roxin, o fundamento do domínio por organização é a *maior probabilidade do resultado*, o que só é possível em razão da fungibilidade garantida pela estrutura pessoal e hierárquica da organização. Isso, no entanto, contradiz a afirmação anterior de que o fato concreto pressupõe poucos agentes. Por este motivo, Rotsch reforça a

⁶¹⁰ ROTSCHE. *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?* P. 526.

⁶¹¹ ROTSCHE. *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?* P. 526.

⁶¹² “Para Rotsch, la declaración de Roxin podría salvarse si se centrara no en el criterio objetivo de la fungibilidad sino en la representación (*Vorstellung*) del propio hombre de delante.” (tradução livre). IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 125.

⁶¹³ “que este último actuara sólo porque *cree* que en cualquier caso otro ocupará su lugar, de manera que del dominio del hecho del hombre de detrás resultara que éste se sirve del hombre de delante, cuya representación (es decir, la decisión al hecho) él conoce.” (tradução livre). IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 125.

⁶¹⁴ ROTSCHE. *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?* P. 527.

objeção de que o requisito da “grande quantidade” padece de grande abstração “porque “o domínio do fato supõe domínio *na e não antes da execução do fato*”⁶¹⁵.

Embora não discorde das objeções de Rotsch, Ibáñez afirma que elas não são suficientes para execrar a exigência da grande quantidade de agentes. O argumento da professora espanhola é que não compromete a efetiva substituição do executor o fato de não estarem presentes durante os atos de execução do delito todos os potenciais agentes fungíveis, vez que fungibilidade não é sinônimo de presença⁶¹⁶. Aliás, em seguida, Ibáñez desenvolve que:

Estamos analisando casos de instigação muito peculiares, onde o homem de trás, se partirmos do exemplo do regime da antiga RDA, e mais concretamente, da ordem de disparar na fronteira, não ordena a morte de uma pessoa determinada em um momento preciso, senão que instiga geral a evitar por todos os meios qualquer tentativa de fuga. No momento de emissão da ordem, e durante o seu processo de transmissão até o executor concreto, o homem de trás confia nesta fungibilidade, realmente concorrente, do executor que levará a um automático cumprimento da ordem. É indubitável que para poder punir (o homem de trás) pelo delito consumado é necessário que o executor que definitivamente leva a cabo o fato seja fungível também no momento da comissão do fato, porém, tal fungibilidade, em relação com o fato em particular, não desaparece por mais que seja um concreto ator direto, e não outro, quem o consuma. Inclusive, se o executor desiste, ou se o delito fica em grau de tentativa, segue sendo fungível. A fungibilidade não depende do modo de comissão do delito, senão da particular integração do indivíduo a organização em questão. A disposição do aparato converte o executor em um instrumento arbitrariamente intercambiável. [...] O executor é *substituível*, por mais que não tenha sido *substituído* no fato concreto. A fungibilidade como possibilidade certa de que dispõe o homem de trás para assegurar o cumprimento da ordem não desembocaria, segundo meu parecer, em uma abstração não salvável do requisito, desde o momento em que o caráter fungível é um dado fático, empiricamente demonstrável no momento da comissão do delito. Diferente seria se ficasse provado que quem definitivamente teria cometido o delito, por uma especial qualificação ou especialização, em caso algum poderia ter sido substituído⁶¹⁷.

⁶¹⁵ “peca de gran “abstracción” porque “el dominio del hecho supone dominio *en y no antes* de la ejecución del hecho” (tradução livre) ROTSCH. **Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?** P. 528. Apud In IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder.** P. 125.

⁶¹⁶ IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder.** P. 125/126.

⁶¹⁷ “Estamos analizando unos supuestos de instigación muy particulares, donde el hombre de detrás, si partimos del ejemplo del régimen de la ex-RDA, y más concretamente, de la orden de disparar en la frontera, no ordena la muerte de una persona determinada en un momento preciso, sino que instiga en general a evitar por todos los medios cualquier intento de huida. Desde luego que en el momento de emisión de la orden, y durante todo el proceso de transmisión de la misma hasta el concreto ejecutor, el hombre de atrás confía en esta fungibilidad, realmente concorrente, del ejecutor que llevará a un automático cumplimiento de la orden y es indudable que para poder castigarle por el delito consumado es necesario que el ejecutor que definitivamente lleva a cabo el hecho sea fungible también en el momento de la comisión del hecho, pero tal fungibilidad, en relación con el hecho en particular, no desaparece por mucho que sea un concreto actor directo, y no outro, quien lo consume. Incluso si el ejecutor desiste, o si el delito queda en grado de tentativa, sigue siendo fungible. La fungibilidad no depende del modo de comisión del delito, sino de la particular integración del individuo a la organización en cuestión. La disposición del aparato convierte ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable. [...] Desde luego que el ejecutor es *sustituible*, por mucho que no haya sido *sustituido* en el hecho concreto. La fungibilidad como posibilidad cierta de la que dispone el hombre de atrás para asegurarse el cumplimiento de la orden no desembocaría, según mi parece, en una insalvable abstracción del requisito, desde el momento en que el carácter fungible es un dato fáctico, empiricamente demostrable en el mismo momento de la comisión del delito. Diferente sería si quedara acreditado que quien definitivamente hubiera cometido el delito, por una especial cualificación o especialización, en caso alguno hubiera podido ser sustituido.” (tradução livre). IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder.** P. 126.

Conforme conclui Ibáñez, não se deve vincular a fungibilidade *exclusivamente* ao momento anterior aos fatos delitivos. É dizer, a intercambialidade dos executores não pode ser analisada só em uma perspectiva *ex ante*, senão deve estar presente durante a execução do delito⁶¹⁸.

Mas, isso trata-se de um esclarecimento metodológico, porque em um aparato organizado de poder só existirá a fungibilidade no momento do fato delitivo se existir anteriormente. É dizer, a fungibilidade, entendida como uma condição estrutural da autoria mediata pelo domínio por organização, é sustentada pela grande quantidade de potenciais executores e invocada pela hierarquia.

Nesses termos, a máquina fungível só funciona em razão da cúpula que implantou e desenvolveu as condições responsáveis por tornar possível que a ordem ilícita, após ir do mandatário ao agente executor substituível, fosse cumprida, produzindo o resultado típico esperado. Ademais, a consequência disto é justamente o automatismo do aparato.

3.4.2.3. *Automatismo*

Diante da necessidade de que a organização tenha a seu dispor uma reserva significativa de agentes para que a fungibilidade ocorra de forma imediata, não sucessiva, parece correto afirmar que o automatismo do aparato é uma circunstância imprescindível ao grupo de casos aqui trabalhado.

Muito esclarecedora, nesse sentido, é a lição de Cervini e Adriasola, segundo a qual é pressuposto do critério do domínio por organização a existência de um mecanismo extremamente sofisticado, no qual exista divisão de tarefas e funções, pessoas em posições estratégicas e eficiente transmissão das decisões e ordens. O resultado de tudo isto é o fato de que uma vez “apertado o botão *start*” o mecanismo funciona quase automaticamente⁶¹⁹.

Embora não mencione expressamente a fungibilidade, o BGH chegou em semelhante conclusão ao entender que a organização deve desencadear “resultados regulares de maneira praticamente automática”⁶²⁰.

Em última instância, o automatismo significa que o homem de trás pode confiar que o resultado típico será produzido com uma “probabilidade próxima dos cem por cento” (*praktisch*

⁶¹⁸ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 127.

⁶¹⁹ CERVINI. ADRIASOLA. *El derecho penal de la empresa*. P. 140.

⁶²⁰ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 580.

hundertprozentiger Wahrscheinlichkeit), conforme se expressa Stein⁶²¹, ou com a “alta probabilidade” (*höchstwahrscheinlich*) de que menciona Bottke, para quem também se faz necessária uma atitude criminógena do coletivo, um forte poder de mando e uma disposição ao fato⁶²². Segundo este cenário, as ordens serão reiteradamente cumpridas não só numa situação específica, mas numa miríade de casos⁶²³.

Segundo Bolea Bardon, a responsabilidade penal por autoria mediata do homem de trás é proveniente da decisão de lesionar o bem jurídico por meio de uma ordem, cujo cumprimento é garantido, com uma probabilidade bastante alta, pelas condições concretas do aparato de poder⁶²⁴.

Diante disto, a professora espanhola diferencia a “decisão de mandar” da “decisão de cometer o delito ou obedecer à ordem”. Naturalmente, a segunda faculdade decisória está nas mãos do executor. É dizer, é ele quem decide se vai ou não lesionar o bem jurídico e produzir o resultado típico. Nessa linha, em alguma medida, resta comprometido o domínio do fato do homem de trás, que é quem deveria ter a palavra final sobre o *se* do delito. Mas, esse *déficit* fático é compensado pelo poder exercido *no e sobre* o aparato organizado de poder, desde que sua estrutura garanta o cumprimento da ordem de modo praticamente automático⁶²⁵, de forma que a suposta autonomia do homem da frente se mostre, verdadeiramente, como ilusória. Afinal, seu poder de influência sobre o fato é paupérrimo se comparado ao da cúpula.

A professora espanhola ressalva que a base do domínio é o fato do homem de trás poder contar que sua ordem será obedecida, ainda que reste algum agente insubmisso. Entretanto, se a desobediência se tornar uma constante, deixar de ser eventual e individual para se tornar sistêmica, há um indicativo de fragilidade das condições estruturais da organização, o que pode vir a comprometer o automatismo no funcionamento do aparato e, conseqüentemente, o domínio do fato⁶²⁶.

⁶²¹ STEIN, U. **Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre**. Duncker & Humblot. Berlin. 1988. P. 203. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 12.

⁶²² BOTTKE, W. **Täterschaft und Gestaltungsherrschaft**. C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg. 1992. P. 72. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 12. Além disso, Cervini e Adriasola: “Así BOTTKE, para aceptar la autoría del hombre de atrás, toma como punto de referencia el dominio por organización en tanto organización ilícita, al afirmar la concurrencia de autoría mediata en quien “*ocupando dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango, da (traslada) instrucciones a otro que ostenta un rango inferior para que cometa un delito, pudiendo contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo, ya establecida, y del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquél existe, muy probablemente su orden será cumplida.*” (BOTTKE. P. 60 e 67. 1992. Apud: CERVINI. ADRIASOLA. **El derecho penal de la empresa**. P. 120/121.).

⁶²³ STEIN, U. **Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre**. Duncker & Humblot. Berlin. 1988. P. 203. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 13.

⁶²⁴ BOLEA BARDON. **Autoría Mediata en Derecho Penal**. P. 369.

⁶²⁵ BOLEA BARDON. **Autoría Mediata en Derecho Penal**. P. 369.

⁶²⁶ BOLEA BARDON. **Autoría Mediata en Derecho Penal**. P. 369.

De fato, tampouco o automatismo do aparato se encontra livre de objeções. Para Murmann, fundamentar a autoria mediata no automatismo do aparato rebaixa o critério do domínio a uma lógica instrumental, na qual tudo se resume ao *quantum* de segurança o homem de trás ostenta da produção do resultado típico. O equívoco estaria em considerar o “domínio só como “o funcionamento de conexões da organização” e a organização como “sistema para garantir a segurança do resultado” sem que se tenha superado previamente a dificuldade que supõe reconhecer que o homem da frente atua livre e responsavelmente”⁶²⁷.

Diante da liberdade do homem da frente, Murmann considera que mesmo que o agente esteja vinculado à organização, não é possível eliminar o imponderável da conduta humana livre. Sobretudo, tendo em mente que por mais que elementos empíricos demonstrem a alta probabilidade de o agente fungível praticar o crime, não há um nível razoável de segurança⁶²⁸.

Com efeito, tal objeção é suficiente para fazer como que Otto negue o critério do funcionamento automático do aparato. Ademais, em respeito ao seu rigor metodológico, Otto mantém sua posição mesmo reconhecendo a alta probabilidade de produção do resultado típico. O decisivo é que o professor entende que quem tem o real domínio sobre os “processos regulares” é o executor e não a cúpula, motivo pelo qual descarta a autoria mediata do homem de trás⁶²⁹. Neste sentido,

a expectativa fundada empiricamente, então, será só um fator que permitirá ser incluído nos planos da realização do delito, que possibilitará formular predições sobre o comportamento do outro e que permitirá ajustar o próprio comportamento a esta probabilidade de resultado, porém que não impedirá a liberdade do autor direto para levar a cabo uma conduta conforme o direito, nem conseguirá fundamentar o domínio do fato sobre o executor imediato. O executor pode decidir atuar conforme o direito ou levar a cabo um comportamento irregular, porém isto não basta para fundamentar o domínio do homem de trás nem justifica reconhecer o autor imediato como instrumento. A decisão do executor imediato não é para Otto, em definitivo, “nenhum elemento do domínio dos organizadores do aparato de poder.”⁶³⁰

⁶²⁷ “el error radica en definir el dominio sólo como “el funcionamiento de conexiones de organización” y a la organización como “sistema para garantizar la seguridad del resultado” sin que se haya superado previamente la dificultad que supone reconocer que el hombre de delante actúa libre y responsablemente.” MURMANN. Tatherrschaft durch Weisungsmacht. GA. 1996. P. 269/281. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 13/14.

⁶²⁸ MURMANN. Tatherrschaft durch Weisungsmacht. P. 269/281. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 13/14.

⁶²⁹ OTTO. Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates. P. 753/759. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 14.

⁶³⁰ “La expectativa fundada empiricamente, entonces, será sólo un factor que permitirá ser incluído en los planes de realización del delito, que possibilitará formular predicciones sobre el comportamiento de otro y que permitirá ajustar el propio comportamiento a esta probabilidad de resultado, pero que no impedirá la libertad del autor directo para llevar a cabo una conducta conforme al Derecho ni conseguirá fundamentar el dominio del hecho sobre el ejecutor inmediato. El ejecutor puede decidir actuar conforme al Derecho o llevar a cabo un comportamiento irregular, pero ello no basta para fundamentar el dominio en el hombre de detrás ni justifica reconocer al autor inmediato como instrumento. La decisión del ejecutor inmediato no es para Otto, en definitiva, “ningún elemento del dominio de los organizadores del aparato de poder.”. (tradução livre). OTTO. Täterschaft

Para Murmann, na mesma linha argumentativa de Herzberg e Renzikowski⁶³¹, também há na instigação alta probabilidade de produção do resultado típico. É dizer, uma pessoa que contrata um ladrão ou um assassino profissional também acredita, com um nível significativo de certeza, que o resultado típico será produzido⁶³².

A professora Eva Fernández Ibáñez objeta os posicionamentos de Murmann e Herzberg. Segundo argumenta, os dois professores confundem duas circunstâncias distintas: (a) a segurança ou alta probabilidade de que o executor irá cumprir a ordem; (b) a capacidade ou habilidade de cumprimento do criminoso profissional. O erro está no fato de que se coloca no centro da questão a circunstância de que amiúde acredita-se que os agentes profissionais são absolutamente “dignos da confiança” (*hochverläßlich*) do homem de trás, no sentido de que uma vez iniciados os atos executórios o resultado típico será necessariamente produzido. Mas, para a professora Ibáñez, o decisivo é o fato de que se o profissional desistisse da execução do delito a confiança do homem de trás restaria frustrada, ou seja, o resultado típico não seria produzido. De outro lado, pondera Ibáñez, a situação seria distinta se estivesse se tratando de um delito ordenado pela cúpula de uma organização com uma grande quantidade de agentes fungíveis. Afinal, a partir de tais elementos, há uma “alta probabilidade” ou “quase absoluta segurança” da lesão ao bem jurídico⁶³³.

Ademais, Ibáñez destaca que a confiança do homem de trás, sustentada pela fungibilidade, estrutura hierárquica do aparato e o automatismo, está no fato de que o resultado típico será produzido de qualquer forma e por qualquer um dos agentes fungíveis. Dito de outra forma, para o diretor o importante é que a peça seja encenada, pouco importando quem sejam os atores. Outrossim, a imponderabilidade da conduta humana, conforme desenvolvido por Murmann e Otto, não é um fator relevante ao domínio do fato do homem de trás, cujo aporte há de ser juridicamente classificado como autoria mediata⁶³⁴.

Não obstante, ressalva Ibáñez, não se afasta do agente fungível sua possibilidade de agir de outro modo, tampouco nega que a conduta do homem da frente seja livre e responsável. O ponto é que apesar de tudo isso o próprio agente, integrado à organização, escolhe obedecer às

kraft organisatorischen Machtapparates. P. 753/759. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 14.

⁶³¹ Ver o tópico 3.1.3.

⁶³² MURMANN. Tatherrschaft durch Weisungsmacht. P. 269/281. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 15.

⁶³³ IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 15/16. Similar argumentação é procedida no tópico 3.1.2.

⁶³⁴ IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 16

determinações da cúpula; assim como se mudar de ideia pode não cumprir a ordem superior e, assim, naturalmente será substituído. Portanto, não parece ser correta a observação de Murmann de que o domínio por organização não enfrenta os problemas inerentes à imprevisibilidade da conduta humana livre⁶³⁵.

Ibáñez ainda reprova a objeção de Murmann de que por meio do automatismo do aparato o domínio se reduz a uma lógica instrumental, na qual o domínio é o “funcionamento de conexões de organização”, sendo a organização um “sistema para garantir a segurança do resultado”. Sobretudo porque é o funcionamento automático, possibilitado pela estrutura do aparato de poder, “que vai permitir que, malgrado a constatação de um domínio do fato (por ação) no executor, se reconheça um domínio da vontade “relevantemente superior” no homem de trás.”⁶³⁶

Em último lugar, Günther Jakobs, assim como observado anteriormente⁶³⁷, rechaça integralmente a noção de autoria mediada por aparatos organizados de poder, senão defende a solução da coautoria⁶³⁸. O professor de Bonn objeta que independentemente da constatação fática de que a organização funciona de forma quase automática, não faz sentido considerar juridicamente que um ato responsável é, ao mesmo tempo, automático⁶³⁹.

Em sentido oposto, a professora Langneff argumenta que o ponto de partida de Jakobs é equivocado. Na sua opinião, o erro do professor de Bonn é que centra a questão nos executores do fato, embora o correto seja no homem de trás. O determinante é a confiança que o homem de trás tem não só de que sua ordem não será ignorada ou desobedecida, mas também de que o resultado típico será produzido. No grupo de casos aqui trabalhado “será então primordial que o dirigente possa dirigir o sucesso global em virtude de seu domínio da organização “sem dificuldades” e “na direção desejada””⁶⁴⁰.

⁶³⁵ IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 16.

⁶³⁶ “estructura organizada que permite un funcionamiento “automático” es la que va a permitir que, pese a la constatación de un dominio del hecho (por acción) en el ejecutor, pueda reconocerse un dominio de la voluntad “relevantemente superior” en el hombre de atrás.” (tradução livre). IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 16.

⁶³⁷ Tópico 2.2.5.

⁶³⁸ JAKOBS. **Crítica à teoria do domínio do fato**. P. 39.

⁶³⁹ JAKOBS. Anmerkung. **NStZ**. 1995. P. 26/27. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 16.

⁶⁴⁰ “Para el caso de la utilización de un aparato organizado de poder, será entonces primordial que el dirigente del mismo pueda dirigir el suceso global en virtud de su dominio de organización “sin dificultades” y “en la dirección deseada”” (tradução livre). LANGNEFF, K. **Die Beteiligtenstrafbarkeit**. P. 93/94. Apud In IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 17.

3.4.2.4. Síntese

A fungibilidade tem um caráter imediato, instantâneo: se um agente se recusar a cumprir a ordem carece de outro, prontamente, obedecer. Esse processo de produção regular de resultados típicos só ocorre se existir um número significativo de agentes substituíveis que garantam com uma probabilidade próxima da certeza o funcionamento praticamente automático do aparato organizado de poder.

3.4.3 Adeptos e propostas de aperfeiçoamento

Stratenwerth é um dos adeptos da fungibilidade, embora a utilize principalmente para diferenciar (e negar) a solução da coautoria. A lógica é que o agente que tem a fungibilidade dos executores em suas mãos pode escolher se vai executar o delito com as próprias mãos ou por meio de outrem. Mas, quem não tem agentes fungíveis só pode produzir o resultado típico por meio da autoria imediata ou da coautoria⁶⁴¹.

Atualmente, Herzberg entende que o homem de trás, no grupo de casos aqui tratado, é um instigador⁶⁴². Entretanto, outrora o professor já foi partidário do domínio por organização. Segundo seu antigo posicionamento, responsabilizar como autores mediatos quem ditava ordens para o holocausto judeu, mesmo que os executores de própria mão orientassem sua conduta de modo responsável, é uma justificável exceção ao princípio da responsabilidade *strictu sensu*. Nesse sentido, Herzberg por muito tempo advogou no sentido de que o fundamento dessa responsabilidade penal é a “intercambialidade dos executores”⁶⁴³.

Ademais, Ibáñez destaca que, no modelo de Herzberg, independentemente da livre recusa de um ou outro agente, o domínio do homem de trás restava ileso porque a organização seguiria atuando sem quaisquer óbices. Afinal, “o verdadeiro instrumento não é a pessoa individual, senão um mecanismo de poder quase automático”, um aparato sem alma⁶⁴⁴.

Ao contrário de Herzberg, Schmidhäuser não era um adepto do critério da fungibilidade. Segundo sua primeira formulação, o homem de trás devia ser punido sob o título de autoria porque utilizava uma pessoa já determinada ao fato. Esse indivíduo, no entanto, deveria ostentar

⁶⁴¹ STRATENWERTH, G. *Strafrecht*. At. I. 4ª. Ed. N. m. 66 y 67. Apud In IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 129.

⁶⁴² ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 698.

⁶⁴³ HERZBERG. *Täterschaft und Teilnahme*. P. 42. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 128.

⁶⁴⁴ HERZBERG. *Täterschaft und Teilnahme*. P. 42/43. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 129.

uma “violência natural” (*Naturgewalt*), não ter nenhum receio por suas ações, ser inconsequente. Sintoma disso é que as ordens recebidas pela cúpula seriam uma forma “legitimada pela organização” pela qual o agente daria vazão ao seu impulso criminoso, desde que suas ações se limitassem às determinações superiores⁶⁴⁵.

Atualmente, todavia, Schmidhäuser exige a prévia fungibilidade do instrumento, desde que este esteja disposto ou determinado à execução. A par da verdade, para Ibáñez, o autor nunca abandonou sua posição inicial, senão só a vestiu com novas e modernas roupas⁶⁴⁶.

Joecks condiciona a autoria mediata do homem de trás ao seu poder de substituir o executor (*Substitutionsmacht*). Assim, “se na situação concreta não puder constatar-se que efetivamente tinha em suas mãos a disposição das “causas de substituição” (*Ersatzursachen*)” o aporte do homem de trás deveria ser juridicamente qualificado como instigação⁶⁴⁷.

Para Korn, a premissa de que o critério da fungibilidade é essencial para o domínio por organização é raso. Mas, não é um opositor do critério, senão só entende que o fundamental são as “*circunstâncias que produzem a fungibilidade*”, as quais não são necessariamente objetivas. Nesse âmbito, Korn trabalha questões envolvendo a educação que os agentes recebem para obedecer cegamente às ordens, a relação de supremacia e hierarquia existente no aparato, as motivações psicológicas, as forças de motivação, a ausência de inibições, etc.⁶⁴⁸

É verdade que tanto Ambos como Rotsch e Ibáñez entendem que a proposta de Korn pouco difere da elaborada por Roxin. Um primeiro motivo é o fato de que Korn amiúde utiliza dos argumentos do próprio Roxin para fundamentar seu modelo⁶⁴⁹. Além disso, inconscientemente reforça a concepção original de domínio por organização⁶⁵⁰.

Entretanto, Korn confere um caráter subjetivo ao seu desenvolvimento. É dizer, “o indivíduo que atua em um aparato de poder sob as circunstâncias citadas pode, segundo Korn,

⁶⁴⁵ SCHMIDHÄUSER, E. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. P. 14/50. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 129/ 130.

⁶⁴⁶ SCHMIDHÄUSER, E. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. P. 14/50. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 129.

⁶⁴⁷ „Si en la concreta situación no pudiera constarse que efectivamente tiene -en-sus-manos la disposición de las “causas de sustitución” (*Ersatzursachen*)”. JOECKS. W. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. P. 1037. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 128.

⁶⁴⁸ KORN, H. J. *Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen*. NJW. 1965. P. 1206/1210. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 136/137.

⁶⁴⁹ „Zunächst ist schon Korn kein zuverlässiger Gewährsmann gegen Roxin, denn er beruft sich – trotz der erwähnten Kritik – nicht nur ständig auf diesen, sondern folgt ihm auch im Ergebnis“. AMBOS, Kai. *Täterschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze*. GA. 1998. P. 229.

⁶⁵⁰ ROTSCH. T. *Individuelle Haftung*. 1998. P. 143. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 143.

“sentir que atua sem vontade de domínio do fato”⁶⁵¹. Desta forma, ainda que Ambos afirme que Korn e Roxin chegam ao mesmo resultado material⁶⁵², o primeiro “inova” ao defender que o homem da frente será mero cúmplice quando atuar sem vontade de autoria. Naturalmente, porque a circunstância dele só ter praticado o delito em razão da ordem de seus superiores elide a sua vontade de domínio do fato⁶⁵³.

Com efeito, com alguma semelhança a Korn, Meyer propõe uma ressignificação do conceito de fungibilidade. A diferença substancial em relação ao modelo proposto por Roxin é que a professora nega a liberdade do homem da frente. Então, o fundamento da autoria do homem de trás é a falta de autonomia do executor, o qual não teria liberdade de decisão em razão da ausência de motivos para agir de maneira diferente⁶⁵⁴.

Acrescente-se que Meyer não discorda de Roxin quanto ao fato de que o instrumento é uma peça substituível na engrenagem do aparato. Entretanto, levanta a divergência a partir do momento em que argumenta que se o homem da frente é integrado a um “sistema de domínio de força” (“*Gewaltherrschaft*”) não teme nenhuma punição de sua atuação criminosa, ou seja, não tem nenhuma razão inibidora ou barreira normativa. Esse “domínio de força” representa um sistema de injusto que reduz a liberdade de ação de quem vive sob este regime⁶⁵⁵.

Neumann objeta Meyer apontando que “o argumento de que a falta de liberdade resulte da ausência de motivos para agir de maneira diferente não é em absoluto sustentável e vai, inclusive, contra as próprias premissas de Meyer”⁶⁵⁶. Afinal, a professora “em outro lugar reconhece que a liberdade de ação, no sentido de liberdade do indivíduo de fazer e permitir, não fica comprometida pela (suposta) ausência de motivos de inibição”⁶⁵⁷.

Finalmente, Neumann conclui que as objeções que sofre Meyer são sintomáticas do fato de que sua análise carece de uma observação mais completa, ou seja, a professora concentra-se

⁶⁵¹ “El individuo que actúa en un aparato de poder bajo las citadas circunstancias puede, según Korn, “sentir que actúa sin voluntad de dominio del hecho”. KORN. **Täterschaft oder Teilnahme**. P. 1206/1210. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P.137.

⁶⁵² AMBOS, Kai. *Tatherrschaft durch Willensherrschaft*. P. 229.

⁶⁵³ KORN. **Täterschaft oder Teilnahme**. P. 1206/1210. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P.137.

⁶⁵⁴ MEYER. **Ausschluß der Autonomie durch Irrtum**. P. 102. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 143/145.

⁶⁵⁵ MEYER. **Ausschluß der Autonomie durch Irrtum**. P. 102. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 144.

⁶⁵⁶ “el argumento de que la falta de libertad resulte de la ausencia de motivos de inhibición no es en absoluto sostenible y va incluso contra las propias premisas de Meyer”. (tradução livre) NEUMANN, U. *Schrifttum*. **GA**. P. 474/477. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 144.

⁶⁵⁷ “en otro lugar reconoce que la libertad de acción, en el sentido de libertad del individuo de hacer y permitir, no queda mermada por la (supuesta) ausencia de motivos de inhibición.” (tradução livre). MEYER. **Ausschluß der Autonomie durch Irrtum**. P. 132. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 144.

na figura do executor, deixando de lado o “homem atrás da escrivaninha”. Assim, Neumann sugere um estudo cujo objeto de investigação seja a relação entre o homem de trás e o da frente⁶⁵⁸.

3.4.4 *Tomada de posição*

Analisar o critério da fungibilidade do executor requer extrema cautela e cuidado. Sua importância é incontestável. Afinal, segundo o modelo proposto por Roxin, que é o que majoritariamente se segue nesta investigação, cuida-se do pressuposto decisivo da autoria mediata pelo domínio por organização.

Nesta linha, parece ser prudente iniciar a tomada de posição pelas palavras de Roxin. Relembre-se que, para o professor alemão, o homem da frente é ao mesmo tempo autor imediato plenamente responsável e instrumento do homem de trás, o autor mediato. A razão disso é o que Roxin denomina de dupla perspectiva, mais especificamente se trata de analisar o cenário pela ótica dos agentes envolvidos.

Assim, a partir da ordem da cúpula, o homem de trás tem diante de seus olhos um aparato de poder organizado hierarquicamente, pelo qual a cadeia de comando torna possível que um dos agentes fungíveis cumpra a determinação. O decisivo, no entanto, não é que determinado agente pratique o delito, senão que o crime seja praticado, independentemente de quem seja o homem da frente. É dizer, no hipotético caso em que X se recusa a obedecer à ordem, o imprescindível é que alguém torne indiferente a insubmissão e produza o resultado típico.

Já na perspectiva inversa, do homem da frente, há um indivíduo livre, penalmente responsável e integrante do quadro de agentes fungíveis de uma organização. O agente recebe uma ordem e tem a faculdade de a cumprir ou não. De toda forma, sabe que se não obedecer, outro há de agir em seu lugar.

É verdade que, embora este argumento de Roxin seja amiúde citado e discutido pela doutrina, parece ser pouco destacado o quanto importante é a análise sob a dupla perspectiva, sem a qual não se compreende não só o que realmente significa a fungibilidade, mas também os óbices que ela arrebatava.

⁶⁵⁸ NEUMANN, U. *Schrifttum*. GA. P. 474/477. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 144.

Com efeito, são sintomáticas da pouca importância conferida à dupla perspectiva as críticas expostas por Jakobs e Meyer. Ambos os professores se limitam a estudar o quadro fático-teórico a partir da perspectiva do homem da frente, deixando olvidado o todo.

Jakobs valora ser um contrassenso afirmar que a organização atua de forma automática e, ao mesmo tempo, depende de uma ação responsável do homem da frente. Resultado disto, repise-se, é que o catedrático de Bonn vai rechaçar a solução da autoria mediata e acolher a coautoria.

Entretanto, a autoria mediata do homem de trás está justamente no fato de que a fungibilidade confere a ele o domínio, bem no sentido exposto por Joecks de “causas de substituição”. Assim, a lesão ao bem jurídico, cuja marcha a cúpula desencadeou com a ordem ilícita, não depende da decisão livre e responsável de um agente, senão da segurança ofertada pela fungibilidade, que é, de toda forma, dependente dos recursos pessoais oriundos da própria organização, os quais ainda que *eventualmente* falhem não deixam de conferir domínio do fato ao homem de trás.

Equívoco menos compreensível se visualiza em Meyer, afinal ela não desconhece totalmente a dupla perspectiva, na medida em que pressupõe uma reação dos executores aos estímulos da organização. Mas, a professora mais do que ressignificar o conceito de fungibilidade quer o envolver em uma lógica determinista. O agente integrado à organização deve ter sua responsabilidade penal negada em razão da ausência de razões para agir de modo diferente/ motivos inibidores. É dizer, o mero fato de o executor ser um membro do aparato (causa) já seria suficiente para entender que sua liberdade está comprometida (consequência), do que resultaria na irresponsabilidade penal (avaliação jurídica).

Ademais, parece ser contraditório o fato de que a fungibilidade de Meyer se torna uma não fungibilidade, já que, mesmo sem ser levada até às últimas consequências, já nega a possibilidade do homem da frente se recusar a praticar o fato.

Sem ser determinante, no entanto, a perspectiva limitada ao homem da frente também se verifica em Schmidhäuser, com sua exigência de que o subordinado tenha uma violência natural, a qual, nos moldes propostos, parece beirar, talvez, à inimputabilidade.

Korn, não obstante, deve ser destacado por não ter ignorado a dupla perspectiva de Roxin. Com efeito, isso é observado ao se interpretar que sua ênfase é nos elementos de relação entre os homens de trás e os da frente: *a educação que os agentes recebem para obedecer cegamente às ordens, a relação de supremacia e hierarquia existente no aparato, as motivações psicológicas, as forças de motivação, a ausência de inibições, entre outros.*

Entretanto, Korn peca sobretudo quando contrapõe Roxin com uma indevida subjetivação do domínio do fato. Apesar deste ponto que deve ser integralmente abandonado, a construção de Korn parece ter seus méritos, principalmente, no destaque às circunstâncias que produzem a fungibilidade.

Igualmente relevantes são os pressupostos (necessidade de uma substituição imediata e a grande quantidade de agentes) e a consequência (automatismo) da fungibilidade, dos quais muito já se comentou no decorrer do próprio desenvolvimento, ao que se remete ao tópico 3.4.2.

De toda forma, considerando todo o exposto, mas principalmente as circunstâncias produtoras da fungibilidade, os pressupostos e a consequência, é de extrema importância pontuar que o critério não pode ser entendido como algo abstrato, anterior e descolado do fato delituoso, no sentido das objeções de Charchulla e Rotsch. Senão é essencial que o fator fungibilidade deve estar presente no momento do delito, não só anteriormente.

Mas, conforme muito bem pontuou a professora Ibáñez, exigir a fungibilidade durante a execução do delito significa que, nesta oportunidade, deve haver condições concretas de substituição do executor. Até porque seria impraticável exigir a presença de todos ou grande parte dos agentes durante os atos executórios do delito.

Finalmente, parece ser imprescindível ao estudo integral da fungibilidade que posteriormente suas circunstâncias produtoras sejam não só visitadas, mas também sistematizadas.

3.5 Disposição incondicionada do executor à realização do fato

3.5.1 Aspectos gerais

O último pressuposto da autoria mediata em aparatos organizados de poder é o que se convencionou denominar de disposição incondicionada do executor à realização do fato. Conquanto não esteja presente na concepção inicial de Roxin, não são raras as oportunidades em que a doutrina especializada a situa como um quarto requisito autônomo⁶⁵⁹. Há de se observar, no entanto, o fato de que ainda não se chegou a um lugar comum sobre sua importância para o critério do domínio do fato por organização.

⁶⁵⁹ ROXIN. Observações sobre a decisão da corte suprema peruana no caso Fujimori. 2011. P. 17.; VOLI. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft: Der Fall der Goldenen Morgenröte.

Roxin parece um pouco hesitante e resistente em relação à correção do requisito. Em algumas manifestações, o reconhece como um elemento autônomo⁶⁶⁰ e em outras como mera decorrência lógica dos demais⁶⁶¹. Entretanto, não se pode assinalar que o professor alemão o coloque no centro do domínio por organização. Pelo contrário, para Roxin, a importância da “disposição incondicional” é, no máximo, secundária e complementar⁶⁶².

Advogando no sentido contrário está Schroeder⁶⁶³, principal referência quando se investiga a disposição do executor. Aliás, relevante é o fato de que parte das fundamentações deste autor conta com a prestigiada chancela do BGH, onde o critério é reiteradamente mencionado, e da Sala Penal Nacional do Peru, no já mencionado processo contra os integrantes da organização guerrilheira maoísta *Sendero Luminoso*⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 81.

⁶⁶¹ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 693. ROXIN. Observações sobre a decisão da corte suprema peruana no caso Fujimori. 2011. P. 18.

⁶⁶² Roxin destaca que “O tribunal enfatiza que até o momento não se chegou a um consenso a respeito desse quarto pressuposto, mas acaba, aceitando-o quando afirma que “o executor que comete o fato punível no interior de uma estrutura de poder que se afastou do Direito, atua com motivação diversa daquela do autor de outro delito qualquer”. O que não parece correto é “enxergar a fungibilidade e a alta disposição para o fato como critérios excludentes ou mesmo incompatíveis”. ROXIN. Observações sobre a decisão da corte suprema peruana no caso Fujimori. 2011. P. 18.

⁶⁶³ SCHROEDER. *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*.

⁶⁶⁴ Conforme Schroeder: „In Peru haben sich meiner Auffassung von der alleinigen Maßgeblichkeit der Tatbereitschaft die Nationale Strafkammer in der Entscheidung der Sache Guzmán Reynoso vom 13.10.2006 sowie in der Literatur Pariona Arana und Meini Méndez angeschlossen; Faralda Cabana steht ihr nahe, wenn sie darauf hinweist, dass für die Fungibilität zur Befehlsausführung bereite Personen existieren müssen. Als kumulative Voraussetzung erkennt die Tatbereitschaft immerhin Fernández Ibáñez an. Man kann nur mit Bewunderung feststellen, wie sorgfältig die deutsche Diskussion in der peruanischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung verfolgt wird. Die Sonderkammer des Obersten Strafgerichtshofs hat im vorliegenden Urteil immerhin beide Elemente, d.h. die Fungibilität und die Tatbereitschaft, für erforderlich gehalten und bejaht. Sie hat vier Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft mittels organisatorischer Machtapparate ermittelt und diese in zwei Gruppen, Rahmenbedingungen mit objektivem und subjektivem Charakter, eingeteilt (Nr. 728). Unter den letzteren finden sich sowohl die Fungibilität als auch die Tatbereitschaft. Das Gericht bezeichnet diese Auffassung als „integrierend“ (Nr. 739 Ziff. 4). Wenn das Urteil meint, dass hinsichtlich der Bedingtheit oder Unbedingtheit des Tatentschlusses bzw. der Tatbereitschaft bisher keine Einigkeit erzielt worden sei (Nr. 741), so darf ich darauf hinweisen, dass ich klargestellt habe, dass mit der „Bedingtheit“ lediglich die Auslösung des ansonsten bereits feststehenden Tatentschlusses gemeint war. Interessant wäre es gewesen, wenn die beiden Kriterien ihre Tauglichkeit na Hand der Subsumtion im konkreten Fall hätten unter Beweis stellen müssen. Leider fallen die diesbezüglichen Ausführungen des Gerichts gegenüber seiner hervorragenden dogmatischen Ableitung etwas mager aus (Nr. 745).“ SCHROEDER. *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*. P. 571. No mesmo sentido, descrevem Muñoz Conde e Olasolo: “La Sala Penal Nacional rechazó los argumentos de la defensa. Segun el punto de vista de los jueces, el dominio que *Guzmán* ejercia sobre la voluntad de los ejecutores materiales no se basaba en la fungibilidad de los miembros de Sendero Luminoso. En efecto, las razones que pudieron conducir los discursos originarios acerca de rehusar conformidad con las ordenes de los superiores pudieron, en principio, también ser compartidas por los otros miembros de la organización. En consecuencia, para la Sala Penal Nacional, la fungibilidad de los miembros de la organización sólo aumenta la probabilidad de que las órdenes fueran ejecutadas; no asegura la automática conformidad con las órdenes. Desde el punto de vista de la Sala Penal Nacional, es la actitud favorable de los ejecutores materiales de cumplir con las órdenes ilegales impartidas por los superiores, y no su naturaleza intercambiable, lo que proporciona el dominio de los superiores sobre los hilos de la organización. En este contexto, se inscriben los iniciales discursos acerca de que ante el rechazo de cumplir las órdenes de los superiores, otros miembros de la organización los reemplazarían en puesta en marcha de las órdenes, debido a que muchos miembros mostraban una actitud favorable hacia la ejecución de las órdenes de los superiores. Por tanto, mientras la fungibilidad de los ejecutores dentro de la organización sólo aumenta la probabilidad de la conformidad

Naturalmente, ambos os lados apresentam bons argumentos para defender seus posicionamentos. Não obstante, mais importante do que adotar um lado ou outro é analisar se a exigência do critério tem razão de ser, bem como se ele oferta alguma contribuição ao grupo de casos trabalhado sob o rótulo de domínio por organização.

Antes disto, no entanto, tendo em vista que o critério não foi elaborado por Roxin, parece ser oportuno verificar suas origens, seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, de modo a compreender integralmente seu conteúdo e suas substanciais variações.

3.5.2 *Origem da noção de disposição incondicional ao fato*

Na mesma época em que Roxin escrevia sua tese de habilitação sobre autoria e domínio do fato, Schroeder se dedicava aos estudos sobre a autoria mediata na modalidade autor por trás do autor.

Após observar os casos do Eichmann e do agente soviético Staschynskj, além dos estudos de Peters, quem defendia que deve ser punido sob o título de autoria não só quem executa o fato com as próprias mãos, senão também quem comanda, organiza e dirige a empreitada delitiva⁶⁶⁵, Schroeder desenvolve sua própria autoria mediata em organizações, na qual o critério decisivo é *a disposição do executor ao fato*⁶⁶⁶.

Embora naturalmente influenciado pelo modelo de Roxin tendo em vista sua “simplicidade cativante e clareza sistemática”, Schroeder nega que a fungibilidade seja decisiva nesse grupo de casos. O autor desse modo conclui após examinar o episódio do soviético Stachinsky - membro da KGB no exterior enviado a Alemanha com a missão de matar um opositor político do regime. Schroeder pontua o longo trabalho e cuidadoso esforço que a organização teve no treinamento do agente secreto, cuja tarefa envolvia realizar atos

com las órdenes de los superiores, el dominio que ejercían éstos sobre la organización se basaba en la actitud favorable de sus miembros para cumplir las órdenes por aquéllos impartidas. En consecuencia, según la Sala Penal Nacional, el requisito clave para la aplicación del concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder es la existencia de este tipo de actitud entre los miembros de la pertinente organización. Requisito este que se juzgo cumplido en el caso de Sendero Luminoso, puesto que sus miembros se encontraban motivados ideológicamente, evidenciaban un elevado nivel de educación política y militar, y compartían una visión común del Estado y la sociedad en general. En estas circunstancias, *Guzmán* aseguró la comisión de la masacre de Lucanamarca mediante la utilización de la estructura jerárquica de Sendero Luminoso, beneficiándose de la buena disposición de los miembros para seguir las órdenes impartidas por su líder.” MUÑOZ CONDE. OLASOLO. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados poder en América Latina y España. P. 85/86.

⁶⁶⁵ „In allgemeinerer Form wies zunächst *Peters* darauf hin, dass auch, wer befehlend und lenkend an dem verbrecherischen Unternehmen teilnehme, Täter sei, gleichgültig, auf welcher Ranghöhe er stehe und ob er seinerseits wieder einer befehlenden Stelle untergeordnet sei.“ PETERS. Eckart-Jahrbuch. 1961/1962. P. 240. Apud: SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**. P. 167.

⁶⁶⁶ SCHROEDER. Tatbereitschaft gegen Fungibilität.

extremamente confidenciais e complexos. Além disso, sublinha que a especialização das pessoas é uma tendência cada vez mais relevante e significativa nas organizações⁶⁶⁷.

Schroeder entende que o critério da fungibilidade é pautado, implicitamente, pelo da disposição do executor ao fato. Em outras palavras, Schroeder entende que Roxin faz referência implícita ao paradigma de uso de uma pessoa decidida ao fato. A razão disto é que ambos os modelos teóricos empregavam a expressão “*utilização de um executor*”. O decisivo, para Schroeder, é que embora Roxin tacitamente situe a exigência de disposição ao fato do executor como um mero elemento secundário da fungibilidade, não a ignora. Afinal, só é possível confiar que a determinação será cumprida se os agentes fungíveis estiverem dispostos ao fato. Caso contrário, o “soldado substituto” também poderia se recusar a cumprir a determinação ilícita⁶⁶⁸. Diante destas premissas, Schroeder conclui que o fato de a fungibilidade *per si* não explicar o domínio do fato do homem de trás significaria que ela é só uma circunstância relevante (e acidental), não o fundamento material do domínio por organização, o qual é *a disposição do executor ao fato*⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ „Eine umfassende Begründung der Tatherrschaft des Hintermanns in diesen Fällen hat dagegen neuerdings Roxin gegeben. Er stellt sie als „Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ als dritte Form der Willensherrschaft neben die Willensherrschaft kraft Nötigung und kraft Täuschung. Das herrschaftsbegründende Kriterium sieht er in der jederzeitigen Auswechselbarkeit, der Fungibilität des Ausführenden. Er sei nur ein Rädchen im Getriebe des Apparates; dieser funktioniere automatisch, ohne daß es auf die individuelle Person des Ausführenden ankomme. Diese Lehre wird wegen ihrer bestrickenden Schlichtheit und der systematisch sauberen Einordnung gewiß einen erheblichen Einfluß entfalten. Gleichwohl scheint uns neben den bereits behandelten Formen des Täters hinter dem Täter kein weiterer, selbständig abgrenzbarer Fall vorzuliegen. Innerhalb verbrecherischer Organisationen werden vielfach Befehlszwang und nötigungsähnliche Fälle vorliegen. Die Fungibilität des Ausführenden ist dagegen kein typisches Merkmal dieser Fälle. Das zeigt besonders deutlich das Staschynsky-Urteil, in welchem eingehend dargelegt worden ist, mit welcher langjährigen Mühe und Sorgfalt der Agent auf seine komplizierten Taten vorbereitet werden mußte. Dies dürfte bei der heutigen Diffizilität der Agententätigkeit die Regel sein. Auch das typische langsame Hineinwachsen in derartige Organisationen und vor allem in entscheidende Funktionen kann diese Theorie nicht ausreichend berücksichtigen. Das Entscheidende aber scheint uns zu sein, daß sich auch, wenn die Ausführenden nicht auswechselbar sind, wenn man etwa unersetzliche Giftgaspezialisten, Urkundenfälscher u. ä. einsetzt, an der Verantwortlichkeit der Beteiligten nichts ändert.“ SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**. P. 167.

⁶⁶⁸ „Dagegen scheint uns die Auffassung Roxins eine weitere Bestätigung für den hier entwickelten Typ der Benutzung eines Tatentschlossenen (s. o. B 4) zu bieten. Zunächst ist auffallend, daß beide Auffassungen das Bild des „Einsatzes“ des Ausführenden verwenden. Dieses Merkmal wird aber durch die bloße Auswechselbarkeit des als Täter in Aussicht Genommenen nicht gerechtfertigt. Denn auch der Ausgewechselte könnte ja die Begehung der Tat verweigern usf. Der tiefere Grund für die Annahme einer Tatherrschaft der Hinterleute kann doch auch für Roxin nur darin liegen, daß durch die Auswechselbarkeit jederzeit tatbereite Werkzeuge beschafft werden können.“ SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**. P. 168.

⁶⁶⁹ „Die Auswechselbarkeit ist also nur ein Mittel zur Erlangung der Tatherrschaft, aber nicht deren tragender Grund.“ SCHROEDER. **Der Täter hinter dem Täter**. P. 168. No mesmo sentido: „Hier werde die Verwirklichung des Tatentschlusses nur noch ausgelöst, ein Einsatzzeichen gegeben. Dies gelte auch für das Sich-zu-allem-Bereiterklären, die jederzeitige Tatbereitschaft. Die Erklärung „Führer befehl, wir folgen dir!“ gebe dem so Angesprochenen Machtmittel in die Hand, die ihn bei der Ausnutzung als Täter des Befohlenen erscheinen ließen. Es fehle die für die Anstiftung übliche Erfolgsunsicherheit. Das Kriterium der Benutzung eines Tatentschlossenen bzw. Tatbereiten hielt ich auch für die Erfassung der Täterschaft von Führungspersonal von Organisationen für besser geeignet als Roxins Merkmal der Fungibilität der Ausführenden bei der „Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“. Dagegen hatte ich die langwierige Mühe der

Muito embora o critério da disposição ao fato não tenha recebido pronta acolhida pela doutrina⁶⁷⁰, o próprio Roxin dele não prescindiu, situando-o ora como um quarto critério autônomo⁶⁷¹, ora como mera decorrência dos demais⁶⁷². Inclusive, Roxin destaca que o requisito foi adicionado aos outros três nas monografias de *Schlösser e Urban*⁶⁷³.

Na jurisprudência, o critério da disposição do executor à realização do fato auferiu maior prestígio após ser utilizado pelo BGH. Conforme relata Urban, no paradigmático caso da RDA, a corte alemã não só não seguiu os delineamentos de Roxin, ignorando a fungibilidade, como também consagrou o critério da disposição incondicional do executor ao fato⁶⁷⁴. Igual posicionamento se repetiu nos casos da fraude eleitoral (BGHSt 40, 307 [316]) e do Comitê Central da SED (BGHSt 45, 270 [296])⁶⁷⁵.

Einarbeitung der erforderlichen Spezialisten, ihre häufige Uersetzbarkeit und das typische langsame Hineinwachsen in derartige Organisationen angewendet. *Die Fungibilität ermögliche nur die Beschaffung von jederzeit tatbereiten Werkzeugen, sie sei daher nur ein Mittel zur Erlangung der Tatherrschaft, aber nicht deren tragender Grund. Auch bei der Tatverwirklichung durch Benutzung von Organisationsapparaten sei das wesentliche Merkmal die Benutzung der Tatentschlossenheit, der Tatbereitschaft der Ausführenden, die nur noch „eingesetzt“ zu werden bräuchten*. SCHROEDER. Tatbereitschaft gegen Fungibilität. P. 569. (grifos não originais).

⁶⁷⁰ „Diese Auffassung sah sich zunächst – gemeinsam mit der Konzeption Roxins – grundsätzlichen Einwänden gegen den „Täter hinter dem Täter“ ausgesetzt. Im Übrigen hatte es meine Dissertation naturgemäß schwer, sich gegen Roxins Habilitation durchzusetzen, zumal sie in zahlreichen Auflagen mit einer sofortigen Zurückweisung entgegengesetzter Auffassungen verbreitet wurde. Schmidhäuser anerkannte sowohl meine Benutzung eines Tatentschlossenen als auch Roxins „Freigabe von Opfern an“ fungible Untergebene, bei denen er jedoch wiederum die von mir zu Grunde gelegte „Tatentschlossenheit“ erwähnte. Baumann pflichtete mir in der Ablehnung der Maßgeblichkeit der Fungibilität bei. Kritisiert wurden Einzelpunkte und damit jedoch nicht der Kern der Sache getroffen. Nach Roxin leuchte nicht ein, dass das Minus der Ausnutzung der Tatbereitschaft die Anstiftung zur Täterschaft machen sollte; es bestehe kein Anlass, Geheimdienste, die von unersetzbaren Spezialisten abhängig seien, generell als mittelbare Täter anzusehen. Spindel meinte, die Lenkung des Tatentschlossenen auf eine konkrete Person könne keine mittelbare Täterschaft sein, da auch die Anstiftung eine konkrete Betrachtungsweise erfordere. Jakobs lehnte eine „überlegene Zuständigkeit“ ab. Herzberg schloss aus der von mir für die Fälle der Ausnutzung einer Tatbereitschaft abgelehnten typischen Erfolgsunsicherheit des Anstifters, ich wolle den bloßen „Grad der Erfolgssicherheit“ über die Täterschaft entscheiden lassen. Bloy hielt ihr eine „normativ fundierte Berechtigung zum Vertrauen darauf, dass sich der *omnimodo facturus* doch im letzten Augenblick noch eines Besseren besinnen werde“ entgegen.“ SCHROEDER. Tatbereitschaft gegen Fungibilität. P. 569.

⁶⁷¹ “O tribunal considerou discutível o quarto critério, por mim – em parcial apoio nas investigações de Schroeder e Heinrich – descrito como “disposição essencialmente alta para o fato do executor imediato”. ROXIN. Observações sobre a decisão da corte suprema peruana no caso Fujimori. 2011. P. 17.

⁶⁷² ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 693.

⁶⁷³ ROXIN. Observações sobre a decisão da corte suprema peruana no caso Fujimori. 2011. P. 17.

⁶⁷⁴ “Auch Urban stellt fest, dass „sich der BGH entgegen Roxin nicht auf die Rechtsgelöstheit eines Machtapparates und die Fungibilität der Ausführenden berief, sondern auf deren unbedingte Tatbereitschaft, und sich damit inhaltlich stark an die Konzeption Schroeders anlehnte.“ Urban. *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, 2004, S. 129. Apud: SCHROEDER. Tatbereitschaft gegen Fungibilität. P. 570.

⁶⁷⁵ „Dies änderte sich ganz unerwartet – fast 30 Jahre später (!) – mit den Strafurteilen gegen das Führungspersonal der DDR wegen der Tötungen an der Grenze und der Wahlfälschungen. In dem Urteil gegen Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR (BGHSt 40, 218) erwähnte der BGH das nach Roxin entscheidende Kriterium, nämlich die Fungibilität der Ausführenden, bei der Begründung der mittelbaren Täterschaft (Abschnitt B. I. 1. b) bb) und cc) mit keinem Wort und stellte statt dessen auf die „Ausnutzung der unbedingten Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen“ ab (BGHSt 40, 218 [236]). Wenn der BGH weiter ausführt: „Der Hintermann hat in Fällen der hier zu entscheidenden Art auch den umfassenden Willen zur Tatherrschaft, wenn er weiß, dass die vom Tatmittler noch zu treffende, aber durch die Rahmenbedingungen vorgegebene Entscheidung gegen das Recht kein Hindernis bei der Verwirklichung des von ihm gewollten Erfolgs

Mas, não se pode afirmar que a corte alemã adotou sem ressalvas ou correções o critério de Schroeder. A doutrina deste autor trabalha com uma disposição do executor ao fato enquanto a corte alemã se refere à disposição *incondicionada* do executor ao fato⁶⁷⁶.

Aparentemente, o BGH restringe o critério de Schroeder ao adicionar a incondicionalidade. Na prática, a Corte rechaça a tentativa de extensão da figura do “autor por trás do autor” aos casos em que o executor está minimamente disposto ao cometimento do delito, mas exige alguma condição exterior para efetivamente realizar o fato v.g o caso do mercenário, *Bravo*, quem só praticaria o homicídio se recebesse dinheiro⁶⁷⁷.

Não obstante, em uma nota de rodapé, Roxin destaca o fato de que, para Schroeder, o condicionamento se referia “na verdade, no desencadeamento ainda pendente de determinação já existente para o fato, para o qual é suficiente o indício de mobilização do homem de trás”⁶⁷⁸.

Sem adentrar nos pormenores, Schünemann tampouco olvidou da “disposição incondicionada”. Segundo relata Schroeder, o discípulo de Roxin utilizando de sua construção a respeito dos níveis do domínio do fato, segundo a qual na definição de autoria os critérios podem ser compensados/ponderados quando um deles se apresenta robusto e o outro frágil, entende que a fungibilidade e a disposição incondicional não se contradizem, tampouco são incomensuráveis⁶⁷⁹.

darstellt“ (BGHSt 40, 218 [237]), so nimmt er hiermit das von mir genannte Kriterium des Fehlens der für den Anstifter typischen Erfolgsunsicherheit auf. Schließlich zitiert der BGH noch die von mir wiedergegebene Äußerung des Urteils des Bezirksgerichts Jerusalem, wonach häufig die Verantwortlichkeit mit größerem Abstand zum Tatort nicht ab-, sondern zunimmt. Die Formulierung von der „Ausnutzung der unbedingten Bereitschaft des Täters zum Gehorsam“ fand sich auch in den Urteilen gegen den Ersten Sekretär der SED-Bezirksleitung Dresden Modrow wegen der Veranlassung von Wahlfälschungen (BGHSt 40, 307 [316]) und gegen Mitglieder des Politbüros des Zentralkomitees der SED (BGHSt 45, 270 [296]).“ SCHROEDER. *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*. P. 569/570.

⁶⁷⁶ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 205.

⁶⁷⁷ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 205.

⁶⁷⁸ “Tal y como acertadamente há observado Rotsch, una y otra vez se lee que Schroeder centra su argumentación en la decisión o en la disposición “*incondicional*” al hecho del ejecutor pero, tal y como el próprio Schroeder reconoce, en su primera formulación de 1965 fundamentó la figura del “autor detrás del autor” a través de la mera “*disposición* al hecho”, centrándose en el resto en la “decisión ya acabada (*fertig*), pero *condicional* al hecho”. La “incondicionalidad” no aparecía entonces por ningún lado. No obstante, quiso Schroeder matizar que con esa “condicionalidad”, a la que sí aludía, se estaba refiriendo únicamente “a la todavía pendiente provocación de la ya segura decisión al hecho”, para la que era suficiente especialmente una “señal de acción” (“*Einsatzzeichnen*”) del hombre de atrás, no existiendo en consecuencia diferencia alguna com la formulación del BGH.” IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 205/206. No mesmo sentido: SCHROEDER. *Der Sprung des Täters hinter den Täter aus der Theorie in die Praxis*. JR. 1995. P. 179. Apud: ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 85.

⁶⁷⁹ „Schon vorher hatte Schünemann die mittelbare Täterschaft als Typus i.S.d. neueren Rechtstheorie charakterisiert, bei dem die schwache Ausprägung eines Merkmals durch die besonders starke eines anderen kompensiert werden könne, so dass Roxins Merkmal der Fungibilität und meines der Tatentschlossenheit des Vordermannes sich nicht widersprechen und nicht inkommensurabel seien“. (Schünemann, in: Canaris u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S. 621 (S. 629 f.)) SCHROEDER. *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*. P. 570.

Na literatura espanhola “a disposição incondicional” também encontra abrigo doutrinário, embora nem sempre de forma expressa. Com efeito, este é o caso de Meini, quem entende que “a possibilidade de substituir os executores só pode ter como pressuposto a subordinação destes sujeitos frente ao aparato de poder, ou o que é o mesmo, que estejam *dispostos*”⁶⁸⁰ a produzir os resultados típicos desejados pela cúpula da organização. Dessa forma, “se a cúpula carece de pessoal subordinado que cegamente cumpra com suas ordens, ou se só tem a sua disposição um número muito reduzido de sujeitos que estejam *dispostos* a fazê-lo, não poderá realizar os fatos que se propõe se ocorrer alguma deserção.”⁶⁸¹

Bolea Bardon, por outro lado, reconhece expressamente a correção da “disposição incondicional” justamente porque entende que sem ela o homem de trás não poderia contar que suas ordens seriam cumpridas, vez que se os agentes não estão dispostos a obedecer a cúpula é muito difícil de o aparato funcionar de forma praticamente automática⁶⁸².

Em uma tese de habilitação, Manfred Heinrich, aluno de Roxin, reconheceu o caráter decisivo de uma “inclinação para cometer crimes típicos da organização”⁶⁸³. Segundo expressa Schroeder, essa construção teórica não só foi desenvolvida tendo como base a concepção de “disposição do executor ao fato”, mas também alcançou uma precisão linguística simplesmente impressionante⁶⁸⁴.

A tese de Heinrich pressupõe que o homem da frente não está coagido ou em erro, tampouco que falte uma qualificação ou intenção especial exigida pelo tipo penal. Mas, Heinrich pondera que mesmo não existindo nenhuma circunstância que mine a liberdade do homem da frente, na verdade, há um “*déficit* de decisão relevante no limite da inibição” (*hemmschwellenrelevantes Entscheidungsdefizit*). Então, por mais que a conduta do homem da

⁶⁸⁰ “la posibilidad de sustituir a los ejecutores sólo puede tener como presupuesto la subordinación de estos sujetos frente al aparato de poder, o lo que es lo mismo, que estén *dispuestos*”. (tradução livre e grifo original). MEINI. **Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados**. P. 166. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 214.

⁶⁸¹ “si el mando superior carece de personal subordinado que ciegamente cumpla con sus órdenes, o si solamente tiene a su disposición un número muy reducido de sujetos que estén *dispuestos* a hacerlo, no podrá realizar los hechos que se propone si ocurre alguna deserción”. (tradução livre e grifo original). MEINI. **Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados**. P. 168. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 214.

⁶⁸² BOLEA BARDON. **Autoría mediata**. P. 395.

⁶⁸³ „2002 erklärte Roxins Schüler Manfred Heinrich in seiner Habilitationsschrift mit dem seltsam widerwilligen Zusatz „in (allerdings deutlich einschränkender, letztlich eher ablehnender) Anlehnung an Schroeder“ eine „organisationstypische Tatgeneigtheit“ für maßgeblich.“ SCHROEDER. **Tatbereitschaft gegen Fungibilität**. P. 570. (Heinrich. **Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft**. 2002. P. 274.)

⁶⁸⁴ „Diese Formulierung wurde von Roxin mit meiner Formulierung zur „organisationsspezifischen Tatbereitschaft“ verbunden und sprachlich eindrucksvoller gemacht.“ SCHROEDER. **Tatbereitschaft gegen Fungibilität**. P. 570.

frente seja livre, o agente, em razão da influência das disposições prévias da organização, prefere obedecer à cúpula e lesionar o bem jurídico⁶⁸⁵.

Aliás, segundo Heinrich, a integração bem sucedida do homem da frente à organização resulta tanto na sua disposição ao fato como na expectativa do homem de trás de que o agente vai praticar o crime sem hesitar. Dito de outra forma, o fato de o homem da frente ter se integrado ao aparato de poder é o que cria a expectativa de que ele vai executar as determinações de forma irrefletida⁶⁸⁶.

Heinrich, no entanto, se afasta da teoria do domínio do fato de Roxin na medida em que entende que o que vai fundamentar a autoria mediata do homem de trás é a *efetiva utilização da inclinação ao fato típica da organização*. Esse é o elemento que justifica a afirmativa de que o homem da frente abdica parcialmente de sua decisão de lesionar ou não o bem jurídico (*déficit decisório*)⁶⁸⁷. Sintoma disto é que “desde o momento em que o homem de trás se aproveita dessa circunstância, sua decisão se apresenta como de maior valor, e é finalmente a decisão na qual o sucesso típico se apoia”⁶⁸⁸.

3.5.3 *Objecções ao critério como fundamento estrutural*

Não são poucos que rechaçam considerar como um fundamento estrutural ao domínio por organização a disposição incondicional do executor à realização do fato. Amiúde, objetiva-se que o critério não é hábil para distinguir a autoria mediata da instigação, tampouco apresenta boas razões para conferir domínio do fato às figuras tradicionalmente classificadas como participação⁶⁸⁹.

Roxin valora que na teoria de Schroeder de *disposição do executor ao fato* é autor mediato tanto àquele cuja ordem é cumprida de modo incondicional como também no caso em que a ordem está condicionada por algum fato futuro. Neste segundo caso, assinala que a

⁶⁸⁵ HEINRICH. *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*. 2002. P. 273/274. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 215.

⁶⁸⁶ HEINRICH. *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*. 2002. P. 273/275. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 215.

⁶⁸⁷ HEINRICH. *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*. 2002. P. 273/275. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 215.

⁶⁸⁸ “Desde el momento en que el hombre de atrás se aprovecha de esta circunstancia, su decisión aparece como una “de rango mayor” y es finalmente la decisión en la que se apoya el suceso típico.” HEINRICH. *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*. 2002. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 215.

⁶⁸⁹ AMBOS, K. *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*. GA, 1998. P. 230. ROTSCH, T. *Individuelle Haftung in Großunternehmen*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 1998. P. 143. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 216. ROXIN. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. P. 85.

consequência de se adotar o critério da condicionalidade é tornar o homem de trás um mero acessório do acontecer típico. Assim, num mesmo movimento aviltaria o instituto da instigação⁶⁹⁰ e indevidamente expandiria a autoria mediata para além de seus limites. Diante disto, Roxin questiona: por qual motivo o fato de o homem da frente requisitar algo ao homem de trás fundamentaria a autoria mediata do último?⁶⁹¹ Para Roxin, ocorre justamente o inverso: “a decisão (condicionada) do executor ao fato não fundamentaria o domínio do fato do homem de trás, senão que a excluiria”⁶⁹².

Schroeder tenta contornar a objeção argumentando que há maior segurança de que os homens da frente já decididos ao delito vão lesionar o bem jurídico do que o mero instigado⁶⁹³ e diante desta circunstância, deveria se tratar como autoria.

Não obstante, Rotsch elucida que Schroeder entende que mesmo a insegurança de produção do resultado típico não é estranha ao instituto da autoria delitiva, senão mais do que isto, um de seus elementos constitutivos⁶⁹⁴, conquanto em uma escala menor e dominável pelo agente. De qualquer modo, Rotsch assinala que “quando Schroeder “expressamente se centra na disposição à realização do fato, existente antes de sua comissão, é evidente que não pode indicar nenhuma diferença com a situação própria da indução”⁶⁹⁵.

Sintoma disso é que Schroeder não nega que podem se abster de dar cabo ao fato tanto a própria pessoa que executaria o delito de mão própria (sem qualquer instigação) como o agente instigado, porque, de alguma forma, os escrúpulos delas se fizeram presentes e influentes ao ponto de obstar a produção do resultado típico⁶⁹⁶.

Em razão disso, “Stein advertiu, com razão, o caráter decisivo que pode ter o fato de que no caso concreto o homem de trás conte com a efetiva ausência de forças psíquicas

⁶⁹⁰ ROXIN. Literaturbericht Allgemeiner Teil. *ZStW*. 1966. N. 78. P. 229. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 216.

⁶⁹¹ ROXIN. Literaturbericht Allgemeiner Teil. *ZStW*. 1966. N. 78. P. 229. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 220.

⁶⁹² “La decisión al hecho del ejecutor no fundamentaría el dominio del hecho del hombre de atrás, sino que lo excluiría.” ROXIN. *Leipziger Kommentar*. 1993. P. 47. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 220.

⁶⁹³ SCHROEDER. *Der Täter hinter dem Täter*. P. 150. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 216.

⁶⁹⁴ ROTSCHE, T. *Individuelle Haftung in Großunternehmen*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 1998. P. 143. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 216.

⁶⁹⁵ “cuando Schroeder “expresamente se centra en la disposición a la realización del hecho, existente antes de su comisión, es evidente que no puede predicarse de ahí ninguna diferencia con la situación propia de la inducción”.” (tradução livre). ROTSCHE, T. *Individuelle Haftung in Großunternehmen*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 1998. P. 143. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 217.

⁶⁹⁶ SCHROEDER. *Der Täter hinter dem Täter*. P. 150. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 217.

opositoras à comissão do fato pelo executor.”⁶⁹⁷ Mas, Stein só reconhece a correção das ideias de Schroeder se as forças de inibição do delito estiverem neutralizadas. Isso, entretanto, considera muito pouco fatível⁶⁹⁸.

Ibáñez pondera que “se o decisivo é a oposição de forças de inibição e fica comprovado que elas podem surgir tanto nos casos de autoria mediata como de indução”⁶⁹⁹, então, por este critério não se consegue diferenciar as duas situações. Sobretudo, considerando o fato de que dificilmente se explica porque não pode afirmar a autoria quando a comissão do delito está praticamente assegurada pelo executor, embora tenha se determinado uma pessoa não decidida ao fato⁷⁰⁰.

Ademais, uma segunda objeção se refere à natureza do elemento constitutivo do domínio do fato na teoria de Schroeder⁷⁰¹. Rotsch caracteriza como sendo um aspecto *interno* do agente, motivo pelo qual argumenta que dificilmente fundamentaria o domínio sem que elementos subjetivos sejam considerados⁷⁰².

Herzberg alerta que o critério da disposição à realização do fato muito dificulta a atividade jurisdicional, uma vez que é “de difícil acesso para um adequado esclarecimento judicial dos fatos, de maneira que a atitude do executor (decisão firmemente tomada ou duvidosa), no momento anterior a realização, não poderia ser desmentida ou comprovada”⁷⁰³. Diante disto, o professor conclui que a classificação jurídica do aporte ao resultado típico não

⁶⁹⁷ “Stein há advertido, com razón, el carácter decisivo que puede tener el hecho de que en el caso particular el hombre de atrás cuente con la práctica ausencia de fuerzas psíquicas de oposición a la comisión del hecho en el ejecutor.” STEIN, U. **Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre**. Duncker & Humblot. Berlín. 1998. P. 186. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 217.

⁶⁹⁸ STEIN, U. **Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre**. Duncker & Humblot. Berlín. 1998. P. 186. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 217.

⁶⁹⁹ “Si decisiva es la oposición de fuerzas de inhibición y queda probado que éstas tanto pueden surgir en casos de autoría mediata como de inducción”. IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 217.

⁷⁰⁰ “apenas puede explicarse por qué en la determinación de una persona todavía no decidida al hecho no se permite afirmar también la autoría cuando la comisión del hecho está prácticamente asegurada a través del ejecutor inmediato.” IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 217.

⁷⁰¹ IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 217.

⁷⁰² ROTSCH, T. **Individuelle Haftung in Großunternehmen**. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 1998. P. 139, 142-144. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 218. Conforme aponta Ibáñez (P. 221), valoração semelhante é encontrada também em Roxin e Mayer. “La única manera de poder seguir afirmando en estos casos la concurrencia de autoría mediata sería, para Roxin, y de esta opinión se hace eco también Mayer, servirse de la fundamentación, no ya del dominio objetivo, sino del concepto intra-subjetivo de autor, defendido en su momento por Lange y que Schroeder expresamente excluye por la ilimitada extensión que supone de la autoría mediata, extensión que según Roxin, tampoco consigue evitar.”

⁷⁰³ “El criterio de la firmeza de la decisión ajena es, en opinión de este autor, de difícil acceso para un adecuado esclarecimiento judicial de los hechos, de manera que la actitud del ejecutor (decisión firmemente tomada o todavía dudosa), en el momento previo a la realización, no podría ser desmentida ni probada”. HERZBERG. **Täterschaft und Teilnahme**. 1977. P. 49. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 218.

pode depender de modo algum de conceitos psíquicos, ou seja, da atitude interna do homem da frente diante do fato delitivo⁷⁰⁴.

Novamente Roxin observa que a disposição incondicional ao fato não só não é necessária, mas também não se faz hábil para conferir o domínio do fato ao homem de trás, cujo aporte, em regra, há de ser juridicamente classificado como participação⁷⁰⁵, amiúde, instigação/indução. O professor alemão prossegue argumentando que o funcionamento do aparato organizado de poder independe da disposição incondicional do executor, senão suas conseqüentes violações às normas penais são asseguradas pela fungibilidade e pelos processos delitivos regulares⁷⁰⁶.

Na mesma linha lógica, Langneff entende que mesmo que se leve a sério o argumento de Schroeder, no sentido de que a autoria mediata em organizações é constituída em dois níveis distintos, sequer a disposição ao fato auxiliaria a fundamentar a autoria, já que o decisivo é que o aparato de poder funcione de modo automático⁷⁰⁷.

Por fim, a partir do exemplo do regime nacional-socialista e do holocausto, Langneff bem especifica o que representam estes dois níveis. O primeiro se refere ao “governo estatal (que) influenciaria os alemães de tal modo que os judeus fossem considerados como “cidadãos sem dignidade””⁷⁰⁸. Já o segundo trata do “aproveitamento das condições sociais criadas para ordenar um número indeterminado de mortes”⁷⁰⁹.

Em síntese, em um primeiro momento, desenvolve-se a mola propulsora responsável por incentivar e possibilitar a produção em massa de resultados típicos; em outras palavras, cria condições ambientais/empíricas favoráveis aos crimes. Posteriormente, só “se aperta o botão de *start*” do aparato de poder e dá-se início aos atos delitivos.

⁷⁰⁴ HERZBERG. Täterschaft und Teilnahme. 1977. P. 49. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 218.

⁷⁰⁵ ROXIN. Probleme von Täterschaft. P. 554. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 218.

⁷⁰⁶ ROXIN. Anmerkung. **JZ**. 1995. P. 51. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 219.

⁷⁰⁷ LANGNEFF, K. **Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug**. Shaker Verlag, Aachen. 2000. P. 87. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 219/220.

⁷⁰⁸ “La distinción de esos eventuales “dos niveles” los refleja Langneff con claridad a partir del ejemplo del régimen nacionalsocialista y del exterminio judío. Así, en un primer nivel, el gobierno estatal influiría en los alemanes de modo tal que los judíos fueran considerados como “conciudadanos sin dignidad humana”.” (tradução livre). LANGNEFF, K. **Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug**. Shaker Verlag, Aachen. 2000. P. 87. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 220.

⁷⁰⁹ “aprovecharían la creada convicción social para ordenar un número interminable de muertes.”(tradução livre). LANGNEFF, K. **Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug**. Shaker Verlag, Aachen. 2000. P. 87. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 220.

Por fim, muito embora se trate de uma construção bastante interessante, Langneff afirma que ela “não permitiria fundamentar “porque o homem de trás pode estar seguro de que sua ordem será cumprida””⁷¹⁰. Com efeito, a professora entende que tal segurança só é possível por meio da ideia de fungibilidade de Roxin⁷¹¹.

3.5.4 Tomada de posição

Uma tomada de posição que leve a sério a disposição incondicionada do executor à realização do fato carece de avaliar se o critério tem alguma importância para a autoria mediata em aparatos organizados de poder.

Em uma valoração preliminar há de se destacar e individualizar as distintas concepções teóricas que, em alguma medida, se pautam pela ideia de que o executor está pré-disposto a cumprir a ordem e produzir o resultado típico.

Em brevíssima síntese, o pai do critério é Schroeder, quem o desenvolveu na década de 60. Algum tempo após assumir maior idade, o requisito seduziu o BGH, o qual tornou imprescindível que a disposição fosse incondicionada. Mais recentemente, de modo sofisticado e, conforme observou Schroeder, assumindo uma precisão linguística simplesmente impressionante, Heinrich redesenhou a antiga “*disposição incondicionada*” e deu luz à teoria da “*efetiva utilização da inclinação ao fato típica da organização*”.

Dito isto, apresenta-se as seguintes considerações: a concepção de Schroeder requer apenas um agente disposto à execução do fato, o qual amiúde terá uma qualificação superior à média em algum artifício relevante, ou seja, um especialista. Sintomático disso é o fato de que o caso base de Schroeder é o do agente soviético, apesar de que em última instância nem se trate de um fato que possa se enquadrar no grupo de casos aqui trabalhado.

Mas, conforme ampla crítica, o critério não é hábil para fundamentar uma responsabilidade sob o título de autoria. Além de praticamente reduzir a pó o instituto da instigação, limitando-o aos casos em que o executor não está previamente disposto ao delito, também constitui um ponto negativo, a saber, o fato de que em última instância se trata de um elemento interno e de difícil prova. Com efeito, isto representa, por vias transversas, o retorno

⁷¹⁰“no permitiría fundamentar “por qué el hombre de atrás puede estar seguro de que su orden será cumplida”” (tradução livre). LANGNEFF, K. **Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug**. Shaker Verlag, Aachen. 2000. P. 87. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 220.

⁷¹¹LANGNEFF, K. **Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug**. Shaker Verlag, Aachen. 2000. P. 87. Apud: IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 220.

à tradição subjetiva e seus equívocos metodológicos, cujos exemplos são usuais nos manuais de direito penal, como o famoso caso da banheira.

Não se deve olvidar, outrossim, que exigir uma disposição do executor à realização do fato para a autoria mediata significa fundamentar o domínio do fato em um momento anterior ao próprio fato em que o domínio deveria recair. Portanto, o equívoco do critério parece ser autoevidente.

Aliás, em relação à última objeção, o leitor atento observou que crítica similar foi apresentada por Rotsch à fungibilidade no tópico 3.4.2.2. Ocorre que, em reforço do que se argumentou anteriormente, a fungibilidade é um critério superior e mais pronto que o da disposição incondicional ao fato.

Com efeito, a disposição à realização do fato é *do* executor, no final das contas, o homem de trás depende da vontade livre e responsável dele. Suponha-se que a tese de Schroeder esteja correta, se o especialista falhar, for descoberto ou até mesmo descubra alguma circunstância do fato concreto que o leve a desistir da execução do delito, qual é o plano B? Por que o aporte do homem de trás deve ser juridicamente classificado como autoria mediata, se sua resolução depende *inteiramente* da decisão autônoma de um único agente?

A disposição do executor à realização do fato é insuficiente justamente porque para o homem de trás ser considerado autor mediato tudo tem que funcionar perfeitamente/conforme os planos, qualquer deslize coloca tudo a perder. O que se quer dizer é que se trata de um critério que *não é à prova da mais mínima falha*.

De outro lado, o determinante da fungibilidade é que ela é centrada em uma relação condicional e interpessoal entre os agentes executores; apresenta a solução antes do problema, isto é, se A não fizer B o fará. Sua estrutura não é à prova de falhas, mas é o mais próximo que se tem disto.

Superada a concepção de Schroeder, cumpre observar que iguais objeções podem ser feitas ao modelo do BGH. Não obstante, carece de se mencionar sobre a exigência da incondicionalidade, a qual, todavia, torna ainda mais cinzento o que já não era muito claro. Afinal, se incondicionalidade/condicionalidade é um termo jurídico de que depende a qualificação do aporte do agente ao resultado típico, sua extensão conceitual deve ser delimitada.

Schroeder explica o seu entendimento sobre o significado de “condicionalidade” a partir do caso *Dohna*. No que há de relevante, cuida-se dos seguintes acontecimentos: Fuchs descobre que os membros de uma organização criminosa, da qual ele fez parte e traiu, estão planejando executá-lo, à noite, em um lugar esmo, no qual tem o costume de caminhar. Nessa organização,

há Luchs e Schültz. O primeiro ostenta um lugar de destaque no aparato, desempenhando um papel essencial na organização. O segundo é um mero soldado, previamente disposto a executar qualquer ordem. Fuchs, sabendo que Luchs há muito tentava conquistar Lind, envia uma carta “assinada” por Lind combinando de encontrá-lo no mesmo local e data em que Schültz tinha sido orientado a matar Fuchs. Finalmente, Luchs se direciona ao local e, tão logo chega, recebe o disparo de Schültz direcionado ao Fuchs⁷¹².

Naturalmente, trata-se de um caso de erro sobre a pessoa. Mas, Schroeder afirma que o decisivo para se afirmar o domínio do fato do homem de trás tampouco é o erro, senão é a utilização de uma decisão alheia ao fato. *O ponto chave, logo, é que o homem de trás, sabendo da decisão delitiva do executor, articula e o conduz para seus próprios fins, ou seja, o direciona para o fato delitivo que atenda aos seus propósitos.* Dito isto, conforme entende Schroeder, a “condicionalidade” está na presença de elementos externos decisivos para o sucesso da empreitada criminosa v.g a aparição de Luchs, no caso *Dohna*, ou o pagamento da soma de dinheiro no caso *Bravo*⁷¹³.

Rotsch assinala que Schroeder não está tratando de condicionalidade do executor à realização do fato, mas de situações estranhas à vontade do autor. Entretanto, para Rotsch, não há de se tratar de condicionalidade neste caso. A questão é que entende que o relevante é a decisão ao delito dependente de um fato cujos pressupostos de existência ainda não se apresentam em níveis razoáveis de ocorrência justamente quando se decidiu o realizar. Rotsch deste modo conclui após o estudo da sentença do KG (*Kammergericht Berlin*) de 15 de outubro de 1970 [GA (1971), pp. 54/55], na qual se discute se deveriam condenar por roubo na modalidade tentada os agentes que planejaram realizar o delito sem violência, mas estavam dispostos a praticá-la se a vítima voluntariamente não entregasse seus bens. Segundo a decisão, o dolo foi firmado pelo fato de que os acusados estavam *incondicionalmente* dispostos ao delito independentemente da reação da vítima, ou seja, se ela entregasse o dinheiro com a mera ameaça ou fosse preciso o uso da violência. Igual conclusão não se poderia afirmar na presença

⁷¹² SCHROEDER. *Der Täter hinter dem Täter*. P. 143/ 150. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 206/207.

⁷¹³ SCHROEDER. *Der Täter hinter dem Täter*. P. 143/ 150. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 207/208. Igual exposição em: SCHROEDER. *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*. P. 569. „In meiner Dissertation „Der Täter hinter dem Täter“ von 1965 hatte ich den berühmten Dohna-Fall (A erfährt, dass B einen Anschlag auf C vorhat, und schickt seinen Feind D an den vorgesehenen Ort, wo er von B infolge eines error in persona erschossen wird) auf den entscheidenden Grund für die Täterschaft des A hin durchgeprüft und ihn nicht in der Hervorrufung des Irrtums (so Roxin mit seiner vagen „Täuschung über den konkreten Handlungssinn“¹) und nicht in der täuschenden Veranlassung des D zur Selbstgefährdung, sondern in der Ausnutzung des bereits feststehenden Entschlusses des A zur Tat für den eigenen Zweck gesehen.“

de condicionalidade, isso é, caso a produção do resultado típico estivesse condicionada ao êxito da ameaça, porque a violência estaria fora dos planos dos assaltantes⁷¹⁴.

Para Ibáñez, no final das contas, Schroeder e Rotsch alcançam igual conclusão. Os dois autores se referem à *possibilidade de realização do fato* porque já pressupõem que o executor está incondicionalmente disposto ao fato. Entretanto, pontua que Schroeder se filia à importância da *incondicionalidade da provocação da decisão* (situada na relação do homem de trás com o da frente), como a entrega de metade do dinheiro ao mercenário, enquanto Rotsch advoga pela *incondicionalidade da realização da decisão* (situada em momento posterior quando o estímulo do homem de trás já foi dado)⁷¹⁵.

Ibáñez questiona a relação destas conclusões com a figura do autor por trás do autor, sobretudo, com o domínio por organização. A professora espanhola entende, que nesse grupo de casos, o essencial é verificar a condicionalidade do próprio executor⁷¹⁶. Entretanto, na prática, não parece ser tão simples diferenciar isso das circunstâncias externas à vontade do agente. Seguindo tal lógica, a autora destaca

Naturalmente, a realização da condição é estranha a uma intervenção do executor, não será o próprio (executor) que conduzirá Luchs por engano ao lugar onde Schütz nele atirará por confundir-lo com Fuchs, nem depende do assassino que quem exige seus serviços entregue ou não o dinheiro, mas ambas situações condicionam a realização de sua decisão ao surgimento de tal condição. A diferença entre os dois casos, entretanto, não deriva da *condicionalidade da realização do fato*, mas da *condicionalidade da própria decisão*, que não existirá no caso Dohna, mas que sem dúvida existe no caso do assassino e que, como eu entendo aqui, normalmente também existe nos executores que fazem parte de um aparato organizado de poder⁷¹⁷.

Em razão disto, Ibáñez entende que caso seja possível confirmar que a decisão sobre o *se* do delito já foi tomada e é segura apesar de todos os motivos em sentido contrário, *aparentemente* não há como negar a incondicionalidade da decisão. Mas, não há decisão incondicionada se o autor a adia para um momento posterior à obtenção de informações sobre o quadro fático ou a própria realização da condição, isto é, se o autor só se decide se vai praticar

⁷¹⁴ ROTSCHE. Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate um ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen. *NStZ*. P.491/495. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 208.

⁷¹⁵ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 209.

⁷¹⁶ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 208/210.

⁷¹⁷ “Desde luego que la realización de la condición es ajena a una intervención del ejecutor, él no va a ser quien lleve mediante engaño a Luchs al lugar donde Schütz le disparará al confundirle con Fuchs, al igual que tampoco depende del sicario que quien demanda de sus servicios le entregue o no el dinero, pero sí condicionan ambos la realización de su decisión a la aparición de tal condición. La diferencia entre uno y otro supuesto, sin embargo, no se deriva entonces de esta condicionalidad de la realización del hecho, sino de la condicionalidad de la decisión misma, que no existirá en el caso Dohna, pero que indudablemente existe en el supuesto del sicario y que, tal y como aquí lo entiendo, existe normalmente también en los ejecutores que forman parte de un aparato organizado de poder.” IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 210.

o delito após ter certeza de que receberá o dinheiro ou depois que o recebe. Dessa forma, por mais disposto ao fato que o agente esteja, o mero fato de só tomar a decisão após ter conhecimento de mais alguma coisa além do delito, já é *per si* uma condição⁷¹⁸ de cognição.

Nos aparatos organizados de poder, Ibáñez destaca que a decisão não pode estar formada de modo concreto e absoluto antes do provável executor receber a ordem criminosa. Assim, o fato de o agente estar meramente disposto ao fato não significa que sua disposição seja incondicional, até porque ele só terá conhecimento efetivo e integral de sua tarefa após receber a ordem, a qual não deixa de ser uma condição externa, mas ainda assim uma condição relevante⁷¹⁹.

Nesse ponto, parece estar coberta de razão a professora Ibáñez. Por mais disposto que o agente esteja, não há que se mencionar incondicionalidade. Imagine o caso de A, agente fungível “incondicionalmente disposto” a cumprir todas as ordens de seus superiores. Em um determinado dia, pode muito bem A se recusar a cumprir uma ordem pois recebe o comando de destruir toda uma cidade vizinha, atear fogo em casas, templos e igrejas, onde, em boa parte de sua infância e adolescência, passava as férias e tinha boas recordações.

Finalmente, rechaçada a disposição incondicionada, cumpre tecer observações sobre Manfred Heinrich. Sua tese é de que o imprescindível é a *efetiva utilização da inclinação ao fato típica da organização*, cujo desenvolvimento *em si* é digno de aplausos.

De fato, não é sequer comparável a situação de um agente integrado a uma organização de outro que não esteja, o que é uma premissa do próprio Roxin. Por mais livre e responsável que seja, o primeiro está imerso a pressões, normas de condutas, uma cultura organizacional que o segundo *a priori* não está.

O critério de Heinrich, contudo, parece ser uma condição necessária, mas insuficiente à autoria mediata pelo domínio por organização. Por mais que no âmbito da organização exista uma inclinação ao fato e tenha uma grande quantidade de agentes, se algum deles se recusar a obedecer à ordem ilícita o resultado típico só será produzido se outro o substituir, o que se convencionou denominar de *fungibilidade*.

O homem de trás só terá um nível razoável de certeza de que a lesão ao bem jurídico será produzida se estiver presente o fator fungibilidade, em que pese a importância de outros fatores empíricos. Assim, não obstante a sofisticação da tese de habilitação de Heinrich, parece pecar o professor ao prescindir da intercambialidade dos executores.

⁷¹⁸ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 210.

⁷¹⁹ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 211.

De fato, há de se ressaltar que nenhuma das propostas analisadas parece ser *per se* incompatível com o critério da fungibilidade, senão complementar. Até porque, conforme bem pontuou Schroeder, se faz necessária para a própria noção da fungibilidade a circunstância de que os agentes executores estejam minimamente inclinados ao fato delitivo, o que não é rechaçado sequer por Roxin.

3.6 Breve revisão e pontuação de questões problemáticas

Conforme descrito anteriormente, o domínio por organização é uma espécie excepcional de autoria mediata. Isso não significa, entretanto, que se trate de uma autoria mediata de exceção. O próprio Roxin descarta a objeção de que o domínio por organização é uma teoria *ad hoc*, senão se aplica a uma criminalidade não tão comum como as outras espécies de autoria. Um sintoma disso é a rigidez de cada um de seus pressupostos.

Inicialmente, tratou-se do poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente. Neste tópico, registrou-se que o pressuposto carecia de ser analisado em duas frentes. Embora tenha se traçado algumas linhas gerais sobre a estrutura hierárquica de poder, bem como tratado do problema da qualificação da responsabilidade dos agentes intermediários com a solução da coautoria de autoria mediata por domínio por organização, restou em branco a questão dos requisitos da ordem do homem de trás. Afinal, cuida-se de uma questão cujo tratamento doutrinário se desconhece. Naturalmente, este ponto há de ser sanado antes de se adentrar no cinzento campo da criminalidade empresarial.

Em seguida, as atenções voltaram-se ao polêmico critério da organização desvinculada da ordem jurídica. Nesta oportunidade, verificou-se, em brevíssima síntese, que para Roxin os homens de trás só cumpririam as ordens ilícitas se a organização estivesse divorciada da ordem jurídica. Ocorre que a desvinculação, inicialmente, deveria ser integral, depois parcial. Assim como, em uma oportunidade, a ordem jurídica válida é a positiva, depois é a supralegal. De toda forma, conforme se demonstrou exaustivamente, a conduta do executor é indiferente à natureza da organização. Deste modo, concluiu-se que não se trata de uma questão essencial ao domínio do homem de trás, senão secundária. A prova disto é o fato de que legalmente não se poderia afirmar que o Regime Nacional-Socialista e a RDD se encontravam divorciados da ordem legal. Não obstante, o recurso a normas de direito internacional, humanos, consuetudinário não ofertam ao destinatário da norma a certeza que o princípio da legalidade exige. Diante de tudo isso entendeu-se ser inevitável o rechaço ao critério.

Posteriormente, verificou-se o critério da fungibilidade, o qual Roxin entende ser o essencial para fundamentar essa espécie excepcional de autoria mediata. O ponto central do argumento do professor alemão é a dupla perspectiva. Ademais, registrou-se que a organização só produzirá resultados regulares (praticamente automáticos) se contar com uma grande quantidade de agentes, bem como com uma fungibilidade imediata. Finalmente, há de se especificar e sistematizar as circunstâncias produtoras da intercambialidade dos agentes executores, até para, em momento oportuno, verificar a viabilidade de expansão da teoria à criminalidade de empresa.

Por último, não ficou de fora do estudo o critério da disposição incondicional do executor à realização do fato. Sem adentrar, nesse momento, nos contornos oferecidos por Schroeder, pelo BGH ou por Heinrich, observou-se que a ideia geral *per se* não é suficiente para firmar a autoria mediata do homem de trás sem que o instituto da instigação seja aviltado. Finalmente, pontuou-se que aparentemente não há incompatibilidade em tratar o pressuposto como um mero reforço ou complemento à fungibilidade.

3.7 Proposta de aperfeiçoamento da teoria do domínio por organização

3.7.1 *Em busca da ratio do domínio por organização*

Ao iniciar o tópico sobre a *ratio* do domínio por organização, naturalmente, repisa-se o alerta do professor Kai Ambos, segundo o qual a força persuasiva da autoria mediata em aparatos organizados de poder está na validade do critério da fungibilidade⁷²⁰.

Diante disso, inicia-se a reflexão pela indagação de Hefendehl. O professor questiona o que é a fungibilidade como um elemento imprescindível à autoria mediata em sua manifestação “autor por trás do autor”⁷²¹.

Em uma posição parcialmente divergente com a de Roxin, Hefendehl entende que a fungibilidade só significa o fato de que o homem de trás tem a sua disposição um significativo número de agentes idôneos e intercambiáveis na posição de executores, mas não considera isso suficiente para fundamentar a autoria mediata⁷²². Em suas palavras, “a fungibilidade deve

⁷²⁰ “Esta argumentación también pone de manifiesto, desde luego, que la fuerza persuasiva de la teoría del dominio por organización se encuentra en la *validez del criterio de la fungibilidad*”. AMBOS. Dominio por organización. P. 72.

⁷²¹ HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. P. 47.

⁷²² HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. P. 47.

entender-se estruturalmente, porém ela ainda não responde à pergunta de porque a substituição funciona quando um dos membros da organização falha”⁷²³.

Uma potencial solução pode ser inspirada na decisão do julgamento do caso *Sendero Luminoso/Guzmann*, prolatada pela Sala Penal Nacional Peruana. A corte se aproximou da dogmática de Schroeder ao considerar o critério da disposição incondicional do agente executor ao fato preponderante ao da fungibilidade.

Entretanto, conforme estudado no tópico 3.5, substituir o critério da fungibilidade pelo da disposição incondicional ao fato, ou qualquer uma de suas variáveis, não parece ser uma boa ideia, sobretudo, diante do aviltamento do instituto da instigação.

De outro lado, em que pese Schroeder entender que a fungibilidade é uma circunstância menor, não parece existirem óbices dogmáticos para se exigir, nessa investigação, que *os agentes fungíveis estejam minimamente inclinados ao fato delitivo*.

Desse modo, a pesquisa, numa dupla perspectiva à moda de Roxin, segue acolhendo a fungibilidade como o critério decisivo da autoria mediata em aparatos organizados de poder. Mas, não rechaça a noção básica de que o executor deve estar disposto ou inclinado ao fato, senão entende que os dois elementos pressupõem um ao outro, no sentido de que, para fins de fundamentação dessa espécie de autoria mediata, um critério é inafastável do outro. Em outras palavras, a inclinação ao fato e a fungibilidade só são relevantes se ambas estiverem presentes. Portanto, a diferença da proposta aqui apresentada com a de Roxin é que se entende que a disposição ao fato está em hierarquia igual à fungibilidade, não uma mera decorrência lógica. Noutro lado, a diferença com os modelos de Schroeder, do BGH e de Heinrich, é que não se prescinde do critério da fungibilidade.

No entanto, mesmo a proposta de fungibilidade de executores inclinados ao fato ilícito não deve estar divorciada de uma organização. É de bom tom a valoração de Eva Fernández Ibáñez, segundo a qual a fungibilidade é condição necessária, mas não suficiente ao domínio por organização. Senão há de ter condições estruturais, ambientais/empíricas adequadas ao florescimento do critério, isto é, o poder de comando (supremacia e subordinação) somado a clara e evidente divisão de funções e tarefas⁷²⁴.

⁷²³ “La fungibilidad debe entenderse estructuralmente, pero ella no responde aún la pregunta de por qué el reemplazo funciona cuando falla uno de los miembros de la organización.” (tradução livre). HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. P. 47.

⁷²⁴ “Desde luego considero necesario poder predicar la sustituibilidad del ejecutor inmediato, ya que en caso contrario el argumento de la autoría mediata se vendría abajo al no poder fundamentar el dominio del hecho del hombre de atrás, pero de la misma manera no podría reconocer tal tipo de autoría si el aparato que este “autor de la mesa de escritorio” tiene a su disposición estuviera conformado por un número muy limitado de personas, estuviera basado en relaciones eminentemente familiares o la estructuración fuera horizontal. Evidentemente que la fungibilidad debe concurrir, pero ésta no se dará si no se materializan el resto de circunstancias descritas.

Não obstante, por mais que Roxin enfatize o pressuposto da fungibilidade mais do que os demais critérios, parece que tampouco há discordância com a professora espanhola. Sobretudo, porque em nenhuma manifestação prescindiu da exigência do poder de mando da organização desvinculada da ordem jurídica. Com efeito, isso é relevante, pelo menos, para excluir do âmbito de aplicação da teoria as remotas hipóteses em que exista uma “fungibilidade sem subordinação”⁷²⁵.

Entretanto, ainda que presentes a supremacia e a subordinação, se a questão que recaiu sobre o motivo de a substituição funcionar quando um dos membros da organização falha restou respondida pela ideia de fungibilidade de executores inclinados ao fato ilícito; ainda fica por desenvolver uma questão anterior, isto é, por quais razões os agentes substituíveis estão dispostos ao delito?

Embora não existam registros de que tal pergunta foi realizada ao professor Roxin, nesses moldes, sua linha argumentativa naturalmente se dirigiria à resposta de que os agentes assim se encontram porque são membros de uma organização desvinculada da ordem jurídica. Mas, o fato de uma organização estar ou não em conformidade com o Direito vigente é tão confuso que não parece ser um elemento hábil para influenciar a vontade do homem da frente.

A resposta correta, não obstante, parece estar na própria noção de fungibilidade. Veja bem, uma vez que o agente, destinatário da ordem ilícita, sabe que a lesão ao bem jurídico é praticamente certa, independentemente de sua vontade, ele entende que sua recusa é insignificante. Assim, a percepção do executor é que sua responsabilidade/reprovabilidade pela produção do resultado típico é menor ou até mesmo inexistente⁷²⁶ uma vez que se não fizer, de igual modo, outro há de fazer⁷²⁷.

Desse modo, a base da concepção de fungibilidade do executor, como um elemento imprescindível à autoria mediata “autor por trás do autor”, está em reflexões sobre a realidade da coisa, a qual pode ser mais bem precisada diante dos instrumentos científicos ofertados tanto pela criminologia como pela psicologia social⁷²⁸. Isso resta ainda mais evidente considerando

Difícilmente puede imaginarse un caso en el que pueda acreditarse el carácter sustituible del autor inmediato si la estructura del aparato no fuera vertical, con un claro reparto de funciones y sustentada en relaciones de supremacía y subordinación.” IBÁÑEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. P. 121.

⁷²⁵ A situação parece ser semelhante a um caso trabalhado por Diaz y Garcia Conlledo. Veja-se: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. **La autoría en Derecho Penal**. P. 647/648.

⁷²⁶ “A negação da responsabilidade seria justificada pela ideia de fungibilidade dos atores, em situação altamente competitiva, segundo a qual se um agente não opera, outro realizará a conduta em seu lugar.” SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1. ed. São Paulo. Tirant lo Blanch, 2019. P. 170.

⁷²⁷ “la fungibilidad de los ejecutores facilita la decisión de perpetrar el hecho, porque el ejecutor puede decirse: “Si no lo hago yo, de todos modos lo va a hacer outro””. ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 693.

⁷²⁸ Em sentido semelhante, Beatriz Corrêa Camargo: “A ambos os critérios, vale dizer, a fungibilidade do indivíduo e a desvinculação da organização à ordem jurídica, adicionou-se a consideração de que tais realidades devem ainda ser caracterizadas por fatores criminógenos típicos da convivência dentro da organização (disposição

o fato de que o próprio Roxin entende que o integrante de uma organização ilícita está exposto a constrangimentos para se amoldar às regras do grupo, sobretudo, quando existe uma concreta referência de autoridade com poder de mando⁷²⁹.

Finalmente, observe-se o parcial acerto das observações de Bottke, Korn e Heinrich, especificamente na parte em que defendem, de um modo geral, que na organização deve ter algumas condições prévias aos fatos, pelas quais não só se facilita, mas, sobretudo, impulsiona-se a prática de ilícitos.

Diante disso, antes de se tratar dos elementos dogmáticos indispensáveis ao domínio por organização, cuida-se das questões empíricas presentes no aparato de poder responsáveis por atuar em favor do critério da fungibilidade dos executores inclinados ao fato ilícito.

3.7.2 *Elementos empíricos presentes na organização*

3.7.2.1 *Influência de grupo*

A psicologia social considera como grupo um conjunto de duas ou mais pessoas que interagem e se influenciam mutuamente⁷³⁰. Essa influência amiúde ocorre por meio de uma facilitação social, a partir da qual o comportamento do agente é moldado de acordo com os valores do bando⁷³¹. A mudança de atitude pode ser tão significativa que os integrantes do grupo começam a agir e fazer coisas que normalmente não seriam feitas por conta própria⁷³².

Usualmente, as influências são indiretas e implícitas. Mas, são facilmente perceptíveis porque presentes no comportamento normativo do grupo, o qual deve ser necessariamente imitado e praticado por seus integrantes⁷³³. É dizer, o agente se torna bem visto por seus pares se sua conduta é representativa dos demais quando juntos, o que assume relevância penal a partir do momento em que o grupo tem interesses criminosos.

organizacional ao fato) para que se possa realmente dizer que o homem da frente atua como parte de um instrumento maior, a própria organização.” CAMARGO, Beatriz Corrêa. Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 102, 2013, p. 389.

⁷²⁹ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 693.

⁷³⁰ SHAW, Marvin E. **Group dynamics: The psychology of small group behavior**. New York. McGraw-Hill. 1981. Apud: MYERS, David G. **Psicologia Social**. 10 ed. Porto Alegre: AMGH, 2014. P. 217.

⁷³¹ Em sentido parecido, Myers: “Uma vez que a presença de outras pessoas é excitante, a presença de observadores ou coatores impulsiona o desempenho em tarefas fáceis (para a qual a resposta correta é a dominante) e prejudica o desempenho em tarefas difíceis (para as quais respostas incorretas são dominantes).” MYERS. **Psicologia Social**. P. 217.

⁷³² ZIMBARDO, Philip. **O Efeito Lúcifer: como pessoas boas tornam-se más**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. P. 366.

⁷³³ ZIMBARDO. **O Efeito Lúcifer**. P. 366.

De fato, isso não é novidade ao Direito Penal. Há muito o Código Penal Brasileiro em seu artigo 65, III, *e*, considera como uma circunstância que atenua a pena o fato de o agente ter cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, desde que não tenha a provocado.

Em seu tempo, Esther de Figueiredo Ferraz assinala que embora a pluralidade de agentes na prática do delito amiúde indique uma maior reprovabilidade dos envolvidos (artigo 62 do Código Penal), no caso de “multidão criminosa” é inegável a “menor periculosidade”. A razão disso é que “sob o domínio da multidão em tumulto opera-se, por assim dizer, um fenômeno de desagregação da personalidade”⁷³⁴. Nessa oportunidade, “os piores crimes passam a ser cometidos por pessoas que, individualmente, seriam incapazes de causar o menor mal a seu semelhante”⁷³⁵ ou seja, indivíduos, que até então se orientavam, rigorosamente, pela norma penal, podem apresentar condutas desviantes em razão de uma influência (e validação) do grupo.

Para se entender como a influência ocorre, primeiro se parte da perspectiva do indivíduo. A conduta desviante pode ser mais bem entendida a partir da teoria da associação diferencial de Edwin H. Sutherland. Segundo o cientista social estadunidense, o comportamento delitivo é aprendido em associação com aqueles que o definem de forma favorável, bem como com o afastamento de quem o define de forma desfavorável⁷³⁶.

⁷³⁴ FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: Jose-Bushatsky. 1976. P. 71.

⁷³⁵ FERRAZ. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. P. 71. No mesmo sentido, Bruno Anibal: “Quando uma multidão se toma de um desses movimentos paroxísticos, inflamada pelo ódio, pela cólera, pelo desespero, forma-se por assim dizer uma alma nova, que não é a simples soma das almas que a constituem, mas sobretudo do que nelas existe de subterrâneo e primário, e esse novo espírito é que entra a influir e orientar as decisões do grupo, conduzindo-o muitas vezes a manifestações de tão inaudita violência e crueldade que espantarão mais tarde aqueles mesmos que dele fazem parte. Nesses momentos decisivos do destino das multidões surgem inesperadamente seres que se podem dizer mais próximos da animalidade primitiva e tomam a dianteira, fazendo-se os arautos e inspiradores da multidão em tumulto. O homem subterrâneo, que se esconde no mais profundo do psiquismo, desperta a esse apelo, para inspirar as façanhas mais imprevisas de força e ferocidade. É uma arrancada de animais enfurecidos, levados pelos “meneurs”, mas estes mesmos arrastados por esse espírito da multidão amotinada, já então difícil de dominar. Cria-se uma moral de agressão, que sufoca a habitual hierarquia de valores e subverte a vigilância da consciência ético-jurídica comum e que contamina por sugestão todos os que se encontram em presença do tumulto. É claro que, em tais circunstâncias, a capacidade de ponderar e decidir moderada e conscientemente, em que se apóia a responsabilidade penal, perturba-se e enfraquece.” BRUNO, Anibal. *Direito Penal (parte geral) – Tomo II*. Editora Nacional de Direito. Rio de Janeiro. 1956. P. 662/663. De modo mais abrangente, Zimbardo: “Dentro de ambientes sociais poderosos, a natureza humana pode ser transformada de maneiras tão dramáticas quanto a transformação química na cativante fábula de Robert Louis Stevenson, *O médico e o monstro*. [...] Boas pessoas podem ser induzidas, seduzidas e instigadas a se comportarem de modos cruéis. Elas também podem ser levadas a agir de maneiras irracionais, estúpidas, autodestrutivas, antissociais e automáticas, quando imersas em “situações totais” que abalam a natureza humana de modos que desafiam nosso sentimento de estabilidade e consistência de personalidade, caráter e moralidade individuais.” ZIMBARDO. **O Efeito Lúcifer**. P. 299.

⁷³⁶ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de Colarinho Branco**: versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. 1. Ed. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2014. P. 351.

O isolamento do indivíduo pode ser um processo significativamente doloroso se o agente tiver a pretensão de integrar o grupo⁷³⁷. Segundo Zimbardo, o desejo básico de estar dentro e não fora alimenta uma “poderosa força (capaz) de transformar o comportamento humano, empurrando pessoas para além dos limites entre o bem e o mal”⁷³⁸.

A associação diferencial, no entanto, explica o processo em que o agente inicia no crime. Complementar a essa noção é a de desorganização social, segundo a qual o crime é analisado pela ótica dos fenômenos sociais da anomia e/ou do conflito de normas⁷³⁹.

O conceito de anomia, original de Durkheim⁷⁴⁰ e desenvolvido por Robert Merton⁷⁴¹, apresenta a ideia da ausência de normas em razão de um aniquilamento dos valores vigentes na sociedade. O comportamento desviante se difundiria porque não há uma diretriz normativa socialmente válida pela qual o cidadão possa orientar sua conduta. De outro lado, o conflito de normas, naturalmente, pressupõe um sistema normativo vigente, mas sob constante ataque por outro conjunto de regras, o que muitas vezes ocorre de forma dissimulada, subentendida⁷⁴² ou indireta⁷⁴³.

O estudo de Diane Vaughan é representativo dessa realidade. A pesquisadora colheu evidências de que é possível desenvolver numa organização um ambiente normativo no qual se normaliza o comportamento desviante. Após isso, as escolhas subseqüentes são circunscritas e

⁷³⁷ O psiquiatra Christophe Dejours relaciona o sofrimento no trabalho com uma possível pressão para trabalhar mal e o isolamento de quem não se amoldar a essa regra. Veja-se: “Outra causa frequente de sofrimento no trabalho surge em circunstâncias de certo modo opostas àquelas que vimos de mencionar. Não estão em questão a competência e a habilidade. Porém, mesmo quando o trabalhador sabe o que deve fazer, não pode fazê-lo porque o impedem as pressões sociais do trabalho. Colegas criam-lhe obstáculos, o ambiente social é péssimo, cada qual trabalha por si, enquanto todos sonégam informações, prejudicando assim a cooperação etc. Nas tarefas ditas de execução sobeja esse tipo de contradição em que o trabalhador se vê de algum modo impedido de fazer corretamente seu trabalho, constringido por métodos e regulamentos incompatíveis entre si. [...] Ser constringido a executar mal o seu trabalho, a atamancá-lo ou a agir de má-fé é uma fonte importante e extremamente frequente de sofrimento no trabalho, seja na indústria, nos serviços ou na administração.” DEJOURS, Christophe. **Banalização da injustiça social**. Trad. Luis Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. P. 31/32.

⁷³⁸ ZIMBARDO. **O Efeito Lúcifer**. P. 364.

⁷³⁹ SUTHERLAND. **Crime de Colarinho Branco**. P. 373.

⁷⁴⁰ DURKHEIM, Émile. **O suicídio: estudo sociológico**. Rio de Janeiro: Zahar. 1979. P. 188.

⁷⁴¹ MERTON, Robert. **Social Theory and social structure**. Glencoe: The Free Press. 1957. P. 31.

⁷⁴² SUTHERLAND. **Crime de Colarinho Branco**. P. 375.

⁷⁴³ ZIMBARDO. **O Efeito Lúcifer**. P. 366.

pautadas pelas novas normas, crenças e procedimentos⁷⁴⁴. Inicia-se assim o desenvolvimento de um sistema⁷⁴⁵, por meio do qual se converte o comportamento desviante em aceitável⁷⁴⁶.

A experiência de Diane Vaughan trata, no final das contas, de um processo de reeducação da conduta do agente individual por intermédio do grupo. Dessa aprendizagem decorre tanto a negação dos valores individuais do agente como a assimilação das práticas impostas pelo grupo⁷⁴⁷. Sintomático disso é o fenômeno da desindividuação ou desagregação da personalidade, conforme o termo utilizado por Esther de Figueiredo Ferraz⁷⁴⁸.

Nesse caso, o indivíduo imerso no grupo se torna irreconhecível, esquece suas normais restrições. Sua conduta já não é propriamente “sua”, senão uma ação do grupo. Esse fenômeno toma maiores proporções quando se trata de um conjunto organizado e poderoso, o qual não raramente conta com um *significativo número de agentes*⁷⁴⁹.

A desindividuação em grupo pode ser explicada tanto pela sensação de anonimato⁷⁵⁰ como pela interpretação de um papel⁷⁵¹ (ou o uso de um uniforme⁷⁵²). Embora sejam fenômenos

⁷⁴⁴ VAUGHAN. **Anomie theory and organizations**. p. 119. Apud: SAAD-DINIZ. **Vitimologia corporativa**. P. 34.

⁷⁴⁵ Segundo Zimbardo: “O sistema abarca a situação, mas é mais duradouro, mais difundido, envolvendo extensas redes de relações humanas, suas expectativas, normas, políticas e, possivelmente, leis. Ao longo do tempo, os sistemas chegaram a ter um alicerce histórico, e, às vezes, também uma estrutura de poder política e econômica, que governa e dirige o comportamento de muitas pessoas dentro de sua esfera de influência. Os sistemas são as engrenagens que engendram as situações, que criam contextos comportamentais, que influenciam a ação humana daqueles sob seu controle. A certa altura, o sistema pode se tornar uma entidade autônoma, independente daqueles que a criaram inicialmente, ou até mesmo daqueles com aparente autoridade dentro de sua estrutura de poder. Cada sistema passa a desenvolver uma cultura própria, assim como muitos sistemas coletivamente passam a contribuir para a cultura de uma sociedade.” ZIMBARDO, Philip. **O Efeito Lúcifer: como pessoas boas tornam-se más**. P. 258.

⁷⁴⁶ VAUGHAN. **Anomie theory and organizations**. p. 119. Apud: SAAD-DINIZ. **Vitimologia corporativa**. P. 34.

⁷⁴⁷ Segundo Silva Sánchez: “es lo cierto que el empleado subalterno, el subordinado en general, puede encontrarse inmerso en un determinado clima (que algunos criminólogos han denominado “actitud criminógena de grupo”) en el que la exacerbación del principio del interés de la empresa, así como la estructura organizativa jerárquica, relativicen su capacidad de oponerse a la ejecución de hechos delictivos que le vienen propuestos por otros.” SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. 2 Ed., Buenos Aires: B de F, 2016. P. 100/101. No mesmo sentido, Estellita “os valores do novo grupo, ao qual o indivíduo é incorporado, geram uma concorrência entre as normas de comportamento que foram por ele incorporadas ao longo de sua história e as novas pautas valorativas coletivas, que podem acabar sendo percebidas como legítimas e normais e, se contrárias às da ordem jurídica, podem conduzir a uma redução da capacidade dos integrantes individuais de resistir à prática ilícita.” ESTELLITA. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. P. 38/39.

⁷⁴⁸ FERRAZ. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. P. 71.

⁷⁴⁹ MYERS. **Psicologia Social**. P. 225.

⁷⁵⁰ MYERS. **Psicologia Social**. P. 225/226.

⁷⁵¹ Segundo Zimbardo: “as pessoas podem fazer coisas terríveis quando permitem que o papel que representam tenha divisas rígidas que circunscrevem o que é apropriado, esperado e reforçado em um dado ambiente. Tal rigidez do papel anula a moralidade e os valores tradicionais que governam suas vidas quando estão operando no “modo normal”. ZIMBARDO, Philip. **O Efeito Lúcifer: como pessoas boas tornam-se más**. P. 303/304.

⁷⁵² MYERS. **Psicologia Social**. P. 226.

distintos, os dois proporcionam uma espécie de véu ou escudo ao indivíduo, cuja consequência é reduzir drasticamente a percepção de posterior responsabilização pelo ato praticado.

Em breve balanço, a influência do grupo pode fazer com que os agentes, por mais pacíficos e ordeiros que sejam, pratiquem delitos. Sobretudo, quando se verifica que os agentes executores, substancialmente, cumprem um determinado papel para com o aparato de poder, assim como são anônimos e substituíveis. Esses são motivos pelos quais a possibilidade de cumprimento da ordem aumenta consideravelmente, especialmente quando em conjunto da obediência à autoridade, da persuasão e da conformidade.

3.7.2.2. *Conformidade*

O estudo da influência do grupo apresentou argumentos no sentido de que o ambiente (ou a situação) pode moldar e mudar o comportamento humano. Ademais, se observou que a interação entre os membros de um grupo facilita as ações compatíveis com os valores dominantes e rechaça as incompatíveis. Com efeito, um desses instrumentos facilitadores é a conformidade.

A conformidade é a afetação pela qual o agente está sujeito a partir do momento em que observa como outras pessoas atuam. A ideia central é a mudança de comportamento ou de crença para se adequar aos outros⁷⁵³. Para melhor entender a conformidade, conforme propõe Zimbardo, imagine que:

Você é recrutado para um estudo de percepção visual que começa julgando o tamanho relativo de linhas. São exibidas a vocês cartas com três linhas de diferentes comprimentos, e, então pedem que fale em voz alta qual das linhas tem o mesmo comprimento se comparada à linha em outro cartão. Uma é mais curta outra mais longa, e uma é exatamente do mesmo tamanho da linha de comparação. A tarefa é fácil para você. Você comete poucos erros, como a maioria das pessoas (menos de 1% das vezes). Mas você não está sozinho neste estudo; é ladeado por um bando de participantes, sete deles, e você é o número oito. A princípio, sua resposta é a mesma da deles – até aí tudo bem. Mas, então, coisas incomuns começam a acontecer. Em algumas tentativas, cada um deles relata ver a linha longa como tendo o mesmo comprimento que a linha média, ou a linha curta, o mesmo que a média. [...] Quando é a sua vez, todos olharam para você quando você fita a carta com as três linhas. Você claramente vê algo diferente, mas será que afirma isto? Você confia no seu taco e diz o que acha que é o certo, ou concorda com o que todos os outros disseram que é certo? Você se depara com a mesma pressão do grupo em 12 do de 18 tentativas nas quais o grupo dá respostas que são erradas, mas o grupo é preciso nas outras seis tentativas entremeadas ao conjunto.⁷⁵⁴

⁷⁵³ MYERS. *Psicologia Social*. P. 162.

⁷⁵⁴ ZIMBARDO. *O Efeito Lúcifer: como pessoas boas tornam-se más*. P. 370.

Segundo experiências realizadas por psicólogos sociais, como a do Asch descrita acima, a maioria das pessoas em algum momento cede a pressões do grupo, ainda que o grupo seja composto por um número relativamente pequeno⁷⁵⁵. Então, a conformidade pode se apresentar como uma aliada da fungibilidade à medida que o comportamento do agente é adequado ao grupo.

Mas, é possível que a conformidade atue contra a fungibilidade no caso de um agente que se recuse a praticar o delito, pois há uma tendência de se rechaçar as pressões do grupo quando um outro indivíduo também resiste⁷⁵⁶.

De toda forma, são bem raros os casos em que o grupo minoritário consegue dismantelar o majoritário, ou seja, é baixa a possibilidade de insubordinação generalizada. Este processo é gradual e o grupo minoritário deve ser socialmente hábil, confiante, perseverante e evitar ser teórico⁷⁵⁷.

Acrescente-se que a conformidade pode se apresentar em diferentes níveis. Após a pressão exercida pelos membros da organização, o indivíduo pode aceitar, aquiescer ou só obedecer. Na aquiescência, o agente fungível muda de comportamento sem que assim acredite ou queira, o que acontece para colher uma recompensa ou evitar uma punição⁷⁵⁸. Com efeito, parece ser dessa espécie de conformidade que pode insurgir uma recusa. Por isso que o cenário ideal para a organização é a aceitação, na qual o agente acredita na correção da conduta imposta pelo grupo, altera sua crença e seu comportamento⁷⁵⁹. Naturalmente, a aceitação envolve métodos de persuasão, o que será tratado a seguir.

3.7.2.3. *Persuasão*

Entre os estudiosos da psicologia social, parece ser um lugar comum o fato de que persuadir alguém significa remover os diversos obstáculos⁷⁶⁰. Não obstante, isto também não é nenhuma novidade à literatura. Se Ingeborg Puppe já analisou as maldades de Iago em Otelo de Shakespeare⁷⁶¹, não se conhece nenhum estudo tratando do detetive Hercule Poirot de

⁷⁵⁵ ZIMBARDO. *O Efeito Lúcifer: como pessoas boas tornam-se más*. P. 370.

⁷⁵⁶ ZIMBARDO. *O Efeito Lúcifer: como pessoas boas tornam-se más*. P. 371.

⁷⁵⁷ ZIMBARDO. *O Efeito Lúcifer: como pessoas boas tornam-se más*. P. 373.

⁷⁵⁸ MYERS. *Psicologia Social*. P. 162.

⁷⁵⁹ MYERS. *Psicologia Social*. P. 162.

⁷⁶⁰ MYERS. *Psicologia Social*. P. 190.

⁷⁶¹ PUPPE, Ingeborg. *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. 1984. P. 101/123.

Agatha Christie, cuja lição sobre o *modus operandi* de um criminoso é útil ao intento da pesquisa.

Todo mundo é um assassino potencial. Em todo mundo surge, de vez em quando, o desejo de matar, ainda que não a determinação de matar. Quantas vezes você já não sentiu ou ouviu as pessoas dizerem: “Ele me deixou tão furioso que poderia matá-lo!”; “Eu poderia ter matado D por ter dito tal e tal coisa!”; “Eu estava com tanta raiva que poderia tê-lo estrangulado!” E todas essas afirmações são literalmente verdadeiras. Nossa intenção nesses momentos é bastante clara. Você gostaria de matar fulano. *Mas você não o faz*. Sua determinação tem de estar de acordo com seu desejo. Em crianças pequenas, o freio ainda não funciona bem. Conheci uma criança que irritada com seu gatinho disse: “Fica quieto ou eu te bato na cabeça e te mato”, e matou mesmo, para depois ficar atônita e horrorizada quando tomou consciência de que o gatinho não voltaria a viver, porque, você vê, na realidade a criança adora o gatinho. Pois então, somos todos assassinos potenciais. E é esta a arte de X, não sugerir o *desejo*, mas minar a resistência a ele⁷⁶².

Segundo psicólogos sociais, a resistência pode ser persuadida por dois caminhos. O primeiro, a rota central, é aquele em que se foca no poder dos argumentos. Os ouvintes se interessam pelo assunto e podem vir a objetar um argumento frágil. Portanto, o preferível é que se apresentem boas razões. Noutra lado, há a rota periférica, a qual, diferente da primeira, deixa de lado os argumentos para focar nos indicadores de fácil e irrefletida aceitação⁷⁶³; apelando-se para emoções, sentimentos, estímulos sensoriais, atratividade etc.

No âmbito de um aparato organizado de poder, a rota central e a periférica ao que tudo indica atuam em conjunto. O fato de um agente fungível ter consciência de sua condição anônima e substituível parece ser um poderoso argumento persuasivo para “minar sua resistência”, afinal diminui sua percepção de autorresponsabilidade sobre o resultado típico.

Assim, hipoteticamente, um soldado nazista que, em um primeiro momento, se recusava a executar os judeus pode ser persuadido a fazer porque sua resistência ao ato foi rechaçada por emoções (como o receio de ser deixado para fora do grupo, parecer frouxo, incompetente, desleal, etc) ou por argumentos outros, como as técnicas de neutralização moral do agente.

Segundo Roland Hefendehl, as técnicas de neutralização são originalmente entendidas como estratégias de justificação, pelas quais jovens delinquentes alinham o comportamento delitivo com seus valores e normas dominantes. Embora o estudo esteja ligado à subcultura delitiva juvenil, sua aplicação não se limita a tal grupo delinquente, senão também está presente nas subculturas econômicas e políticas. Aliás, as técnicas de neutralização não só apresentam justificativas posteriores, mas também precedem o comportamento criminoso⁷⁶⁴.

⁷⁶² CHRISTIE, Agatha. **Cai o pano**. Trad. Clarisse Lispector. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2017. P. 187/188.

⁷⁶³ MYERS. **Psicologia Social**. P. 191.

⁷⁶⁴ HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. P. 52.

Ao tratar sobre a temática, Eduardo Saad-Diniz remete-se ao clássico estudo de Sykes e Matza, no qual cita cinco argumentos que neutralizam os valores morais dos indivíduos⁷⁶⁵.

A primeira justificativa é a negativa de responsabilidade⁷⁶⁶. O agente entende que o fato não é seu, mas de seu superior porque, em razão da ordem, só ele seria responsável pelos resultados da empreitada. Além disso, no âmbito empresarial, Eduardo Saad-Diniz acrescenta que a “negação da responsabilidade seria justificada pela ideia de fungibilidade dos atores, em situação altamente competitiva, segundo a qual se um agente não opera, outro realizará a conduta em seu lugar”⁷⁶⁷.

O segundo argumento é a negação do dano pela ação⁷⁶⁸. Este ponto é especialmente relevante nos casos de criminalidade empresarial/econômica, pois o distanciamento do sujeito com o bem jurídico afetado, bem como com a vítima dá a sensação de que a ação não teve nenhuma lesividade.

Outra técnica de neutralização moral muito eficiente é a negação da vítima, a qual usualmente se diz que foi merecedora da ofensa⁷⁶⁹. Nesses casos, amiúde há a desumanização do ofendido, cuja imagem é manchada e distorcida por um procedimento comunicativo-persuasivo, ou seja, propaga-se a ausência de boas razões para que a vítima seja tratada com a dignidade inerente à condição de humano. Na consciência do ofensor o ofendido não é mais que um ser menor e inferior.

Ademais, é de bom tom destacar que isso foi amplamente utilizado pelo regime nazista, o qual semeou em livros escolares do “ensino fundamental e médio” mensagens e imagens que retratavam os judeus como seres não merecedores de compaixão humana⁷⁷⁰. De toda forma, há casos de desumanização da vítima em todos os tempos e em todo o mundo⁷⁷¹.

⁷⁶⁵ SAAD-DINIZ. *Vitimologia Corporativa*. P.169.

⁷⁶⁶ SAAD-DINIZ. *Vitimologia Corporativa*. P.169.

⁷⁶⁷ SAAD-DINIZ. *Vitimologia Corporativa*. P.170.

⁷⁶⁸ SAAD-DINIZ. *Vitimologia Corporativa*. P.169.

⁷⁶⁹ SAAD-DINIZ. *Vitimologia Corporativa*. P.169.

⁷⁷⁰ ZIMBARDO. *O Efeito Lúcifer*. P. 32.

⁷⁷¹ Segundo Zimbardo “Três mil anos de literatura nos ensinaram que nenhuma pessoa ou Estado é incapaz de cometer o mal. No relato de Homero sobre a Guerra de Troia, o comandante das forças gregas, Agamenon, diz aos seus homens antes de atacarem os inimigos: “Não deixaremos um único [troiano] vivo, acabem com os bebês nos úteros de suas mães – nem eles devem viver. Todo o povo deve ser apagado da existência.” Estas palavras vis foram ditas por um cidadão nobre de um dos mais civilizados Estados-nação de seu tempo, o berço da filosofia, da jurisprudência e do teatro clássico. Vivemos o “século dos assassinatos em massa”. Mais de 50 milhões de pessoas foram sistematicamente assassinadas por decretos governamentais, executados por soldados e forças civis desejosas de levar a cabo as ordens de matança. Começando em 1915, os turcos otomanos dizimaram 1,5 milhão de armênios. A primeira metade do século XX assistiu aos nazistas liquidarem pelo menos 6 milhões de judeus, 3 milhões de prisioneiros de guerra soviéticos, 2 milhões de poloneses e centenas de milhares de pessoas “indesejáveis”. O império soviético de Stalin assassinou 20 milhões de russos, enquanto as políticas do governo de Mao Tsé-Tung resultaram em um número ainda maior de mortes, cerca de 30 milhões dos próprios cidadãos do país. O regime comunista do Khmer Vermelho matou 1,7 milhão de pessoas na própria nação, o Camboja. O Partido Ba’ath, de Saddam Hussein, é acusado de matar 100 mil curdos, no Iraque. Em 2006, o genocídio irrompeu

Outra justificativa é a condenação do acusador⁷⁷², o qual sofre a imputação de ser injusto, corrupto, sobretudo, o de estar perseguindo o ofensor. Ademais, o quinto é o apelo a elevados valores, os quais estão em desarmonia com a ordem jurídica⁷⁷³. O agente se vale de uma ideologia subversiva porque acredita ser melhor do que a consolidada pela norma penal.

3.7.2.4. *Obediência à autoridade*

Segundo estudos e pesquisas empíricas do psicólogo social Stanley Milgram, as pessoas simplesmente obedecem às autoridades.

Para melhor entender o fenômeno, o professor Stanley Milgram sugere uma análise em três etapas. Primeiro se analisa as condições antecedentes da obediência. Depois, as consequências comportamentais e psicológicas posteriores. Por fim, os fatores de sustentação, ou seja, os motivos pelos quais a obediência é contínua⁷⁷⁴.

Segundo Milgram, as pessoas crescem em estruturas autoritárias (família, escola, trabalho), nas quais há um sistema hierárquico, ao menos, implícito. Na família, os pais já desenvolvem um ambiente normativo responsável por moldar o comportamento da criança ao dever de respeitar a autoridade do adulto⁷⁷⁵. Neste sentido:

Primeiramente, ele apresenta um conteúdo ético específico a ser seguido. Em segundo treina a criança a aceitar as imposições autoritárias. Assim, quando um dos pais diz, “não bata em crianças menores que você”, ele estipula não uma, mas duas ordens. A primeira diz respeito à maneira como o receptor da ordem deve tratar uma criança menor (o modelo daqueles que são indefesos e inocentes); o segundo imperativo, é “e obedeça-me”! Assim, a própria origem de nossos ideais morais é inseparável das imposições de uma atitude obediente. Além disso, a exigência de obediência permanece como único elemento consistente entre uma variedade de ordens específicas, e assim tende a adquirir uma força prepotente em relação a qualquer conteúdo moral determinado⁷⁷⁶.

Em alguma medida, essa situação se repete na escola. A diferença do colégio com a família é o desenvolvimento de uma noção de ambiente institucional de autoridade. Em um

na região de Darfur, no Sudão, um fato que a maior parte do mundo convenientemente ignorou. Notem que as palavras usadas por Agamenon há 3 milênios foram praticamente repetidas em nosso tempo, em Ruanda, na África, pelos governantes hutus, em meio ao processo de extermínio de seus antigos vizinhos, a minoria tutsi. Uma vítima lembra do que lhe disse um de seus torturadores: “Vamos matar todos os tutsis, e, um dia, as crianças hutus terão de perguntar como era uma criança tutsi.” ZIMBARDO. *O Efeito Lúcifer*. P. 33.

⁷⁷² SAAD-DINIZ. *Vitimologia Corporativa*. P.169.

⁷⁷³ SAAD-DINIZ. *Vitimologia Corporativa*. P.169.

⁷⁷⁴ MILGRAM, Stanley. *Obediência à autoridade: uma visão experimental*. tradução de Luiz Orlando Coutinho Lemos. Rio de Janeiro: F. Alves, 1983. P. 78.

⁷⁷⁵ MILGRAM. *Obediência à autoridade*. P. 78.

⁷⁷⁶ MILGRAM. *Obediência à autoridade*. P. 78.

plano imediato, a criança deve obedecer aos professores. Mas, de forma remota, também aos integrantes da estrutura por trás dos docentes: o pedagogo, o diretor, etc. Sequencialmente, o estudante observa que condutas arrogantes e subversivas não só não são bem vistas pela autoridade, senão são severamente repreendidas. Reforça-se, então, que o respeito a figuras de autoridade é o comportamento esperado e mais apropriado. Assim, a criança aprende a se comportar em uma estrutura organizada⁷⁷⁷.

Em tese, a aprendizagem familiar e escolar prepara o indivíduo para um emprego civil ou um serviço militar. Nesta oportunidade, é conferido ao agente um nível maior de liberdade. O agente pode expressar suas divergências, desde que sempre de modo discreto e sem demonstrar alguma insubmissão⁷⁷⁸.

Não obstante, a obediência não se sustenta *per si*, senão deve ela oferecer recompensas ao obediente e punições ao insubmisso, indicando aos observadores qual o comportamento esperado. A recompensa pela obediência ainda é mais proveitosa ao sistema do que ao obediente. O fato é que à medida que ele ascende na hierarquia se torna cada vez mais motivado e crente na estrutura, de modo a empregar as suas energias para que ela se perpetue. O resultado disso é a *interiorização da ordem social*, o que significa que o indivíduo toma como certo e inquestionável tal funcionamento. Sem olvidar da assimilação dos valores estruturais, cujo axioma mais imprescindível é o de que se *deve fazer o que o homem no poder manda*⁷⁷⁹.

Além destes pontos elementares, Milgram destaca as condições antecedentes imediatas. A primeira é a mera percepção de uma autoridade legítima, cuja influência é limitada a um determinado contexto. É dizer, ainda que o aluno muito estime seu professor de direito penal, a autoridade deste não ultrapassa as questões inerentes ao conteúdo lecionado, ou seja, o docente não tem nenhuma influência e poder sobre o aluno no que se refere a questões puramente esportivas, por exemplo. Em outras palavras, a autoridade é contextual, não transcendente. Isso porque ela não se origina da pessoa, mas da situação ou do que se percebe em relação ao seu *status* em uma estrutura social, naturalmente, hierárquica⁷⁸⁰.

A segunda condição antecedente imediata da autoridade é o que Milgram denomina de “entrada no sistema autoritário”⁷⁸¹. O requisito pressupõe que o agente se sinta parte do sistema,

⁷⁷⁷ MILGRAM. *Obediência à autoridade*. P. 79.

⁷⁷⁸ MILGRAM. *Obediência à autoridade*. P. 79.

⁷⁷⁹ MILGRAM. *Obediência à autoridade*. P. 79.

⁷⁸⁰ MILGRAM. *Obediência à autoridade*. P. 79.

⁷⁸¹ MILGRAM. *Obediência à autoridade*. P. 80.

tenha se inserido no grupo, na organização hierárquica. Afinal, independente da percepção de autoridade, deve ser uma relevante⁷⁸².

Outra condição é a combinação do comando com a função de autoridade. A ordem recebida pelo subordinado deve ser conexa ao contexto da autoridade. Milgram ressalva que a vinculação não precisa ser rígida, senão, ao menos, deve fazer sentido para o ambiente. O psicólogo social exemplifica que um militar pode receber uma ordem para realizar uma ação extremamente perigosa, mas não para que ele abrace sua namorada⁷⁸³. Igualmente, não parece razoável que um supervisor bancário mande um gerente subordinado matar X, inimigo mortal. Mas, não é tão fora do contexto de autoridade a determinação para a realização de fraudes diversas a serviço do banco.

O último fator antecedente imediato da submissão é a existência de uma ideologia subordinante. No final das contas, isto é um suporte de legitimidade da obediência na medida em que o agente entende que sua conduta serve a um ideal desejado. Após a ideologia ser interiorizada pelo agente, a submissão é facilmente alcançada⁷⁸⁴. Vale lembrar que os nazistas só deram causa ao holocausto porque acreditavam na superioridade da raça ariana. Entretanto, tal crença não ocorreu do nada, muito pelo contrário, houve uma poderosa máquina propagandista antijudeus, bem como outros expedientes nefastos⁷⁸⁵.

Após descrever as condições antecedentes, Milgram analisa o estado do agente obediente e suas consequências. Com base em suas pesquisas empíricas, o psicólogo social conclui que a pessoa se esforça para mostrar uma boa aparência e deseja ser competente para realizar a sua tarefa. Então, a partir dos critérios técnicos segue as instruções rigorosamente⁷⁸⁶.

No mais, o agente obediente passa por um poderoso processo de adaptação, em razão do qual se torna extremamente receptivo a ordens emitidas pela autoridade⁷⁸⁷. Assim bem ilustra Milgram:

Aqueles que são descrentes desse efeito deveriam observar o comportamento dos indivíduos organizados numa estrutura hierárquica. O encontro (do) presidente de uma empresa com seus subordinados é um exemplo. Os subordinados reagem com atenta consideração a cada palavra pronunciada pelo presidente. As ideias

⁷⁸² MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 80.

⁷⁸³ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 80.

⁷⁸⁴ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 81.

⁷⁸⁵ Para aprofundamento ver: ZIEMER, Gregor. **Education for Death: The Making of a Nazi**. London; New York [etc.]: Oxford University Press, 1943. INGRAO, Christian. **Crer e destruir: os intelectuais na máquina de guerra da SS nazista**. Trad. André Telles. Ed. Zahar. KLEMPERER, Victor. **LTI: A linguagem do terceiro reich**. São Paulo: Contraponto, 2009.

⁷⁸⁶ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 81.

⁷⁸⁷ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 81.

mencionadas originalmente por pessoas de baixo *status* frequentemente não serão ouvidas, mas quando repetidas pelo presidente, serão saudadas com entusiasmo⁷⁸⁸.

Ademais, isso só ocorre porque a pessoa, em posição de autoridade, pode beneficiar ou punir seus subordinados. Este é um poder responsável por fazer com que o superior seja visto como se fosse maior do que é, o torna uma força impessoal, “cuja ordem transcende os meros desejos ou vontades humanas”⁷⁸⁹.

Importante também é que a autoridade tenha a capacidade de redefinir o significado da situação. Isto porque o comportamento humano amiúde é pautado pela forma como a pessoa interpreta os acontecimentos. Deste modo, se o superior controla a compreensão do indivíduo há uma real possibilidade de controlar sua conduta⁷⁹⁰.

É por isso que a ideologia, uma tentativa de interpretar a condição do homem, é sempre um aspecto proeminente de revoluções, guerras e outras circunstâncias nas quais os indivíduos são convocados a realizar ações extraordinárias. Os governos investem bastante em propaganda, que constitui uma forma especial de interpretação dos eventos. Cada situação também possui um tipo de ideologia, que chamamos de “definição da situação”, e que é a interpretação do significado de uma ocasião social. Ela fornece a perspectiva através da qual os elementos de uma situação adquirem coerência. Um ato olhado com outra perspectiva pode parecer inteiramente justificável. *Há uma tendência das pessoas em aceitarem definições das ações fornecidas por autoridades legítimas.* Isto é, embora a pessoa realize a ação, ela permite que a autoridade defina seu significado⁷⁹¹.

Outro fator é a perda da responsabilidade. Embora o agente sinta-se responsável e capaz diante da autoridade, não se pode dizer o mesmo das ações realizadas em prol da determinação superior. Tal duplicidade significa que a noção de moral não desaparece do indivíduo, senão está voltada para o juízo do comando de modo que “a pessoa subordinada sente-se envergonhada ou orgulhosa, dependendo de quão adequadamente ela realizou as ações exigidas pela autoridade.”⁷⁹² Talvez os termos que melhor representem tal relação entre o subordinado

⁷⁸⁸ MILGRAM. **Obediência à autoridade.** P. 81.

⁷⁸⁹ MILGRAM. **Obediência à autoridade.** P. 82. Em igual sentido, é devastador observar como Hitler era admirado por uma boa parte do povo alemão durante a ascensão do regime nazista. Observe: “o próprio Hitler: ele é um homem sem meio-termo. [...] Não conhece vida familiar nem vícios. É a encarnação da vontade nacional. [...] Também em assuntos privados de comportamento exemplar e grandeza humana ... quer Hitler ... seja recebido com aplausos por trabalhadores comuns, ou fique comovido e chocado junto ao leito de seus companheiros assassinados, ele está sempre cercado por essa grandiosidade e profunda humanidade... Essa personalidade única... Um grande e bom ser humano. O espírito de Hitler é universal. [...] Hitler é um homem modesto, e o mundo precisa de homens modestos. Por isso, as pessoas o amam. [...]”. LANGER, Walter. **A mente de Adolf Hitler:** o relatório secreto que investigou a psique do líder da Alemanha Nazista. Trad. Carlos Szlak. São Paulo: Leya, 2020. P. 49.

⁷⁹⁰ MILGRAM. **Obediência à autoridade.** P. 82. Digno de nota. ORWEL, George. **1984.** 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

⁷⁹¹ MILGRAM. **Obediência à autoridade.** P. 82.

⁷⁹² MILGRAM. **Obediência à autoridade.** P. 82.

e o superior sejam lealdade, dever e disciplina. Afinal, trazem consigo, em maior ou menor medida, uma noção de cumprimento de uma obrigação para com outros⁷⁹³.

Dessa forma, a lealdade à autoridade, o dever à função e a disciplina para fazer o que “deve ser feito” são poderosos gatilhos responsáveis por moldar o comportamento do agente. Sobretudo, para que ele se oriente conforme à ordem superior em detrimento de referências outras, como a norma penal. O decisivo é que para o subordinado ir contra isso é impensável e inconcebível. Deixar de atuar conforme a determinação superior constitui, assim, uma situação altamente desagradável, na qual o indivíduo negaria uma satisfação subjetiva.

Mas, em caso de obediência, o agente entende não estar praticando um fato de sua responsabilidade, senão do superior. Prova disso é que amiúde o indivíduo se defende de algo sob o argumento de que estava apenas cumprindo ordens⁷⁹⁴ v.g o Eichmann. O fato é que para alguém se sentir responsável por suas ações, deve entender que o comportamento partiu de si próprio⁷⁹⁵, elemento ausente nos casos de obediência à autoridade. Nesse sentido,

Consideremos um indivíduo que normalmente é gentil e bondoso. Mesmo em momentos de raiva ele não se revolta contra outros que o contrariaram. Ao sentir que deve espancar uma criança travessa, ele acha a tarefa desagradável; de fato, os próprios músculos do seu braço tornam-se paralisados, e ele abandona a tarefa. Porém, ao ingressar no serviço militar ele é obrigado a lançar bombas em pessoas, e ele assim o faz. O ato não se origina do seu próprio sistema de iniciativa e, portanto, não é controlado pelas forças inibidoras do seu sistema psicológico interno. Ao crescer, o indivíduo normal aprende a controlar a expressão dos impulsos agressivos. Mas a civilização falhou, quase inteiramente, ao não conseguir inculcar controles internos às ações que tem suas origens na autoridade⁷⁹⁶.

Por fim, no terceiro passo, Milgram verifica os fatores de sustentação da obediência. A análise tem especial relevância nos casos em que o indivíduo decide não mais cumprir a ordem, mas mesmo assim continua o fazendo.

A primeira circunstância é a natureza sequencial da ação. A ação obediente não é uma conduta isolada, senão um ato contínuo e, possivelmente, gradual. Na primeira ordem há instruções iniciais, as quais direcionam e informam as demais. Logo, se trata de um processo dinâmico no qual a ação concreta decorre da última e influencia a próxima⁷⁹⁷. Assim, “a natureza periódica das ações ordenadas à pessoa por si só cria forças de sustentação.”⁷⁹⁸ De

⁷⁹³ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 82.

⁷⁹⁴ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 82.

⁷⁹⁵ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 82.

⁷⁹⁶ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 83.

⁷⁹⁷ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 84.

⁷⁹⁸ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 84.

toda forma, “se ela continuar, estará tranquila quanto ao seu comportamento passado. As ações passadas ocasionam desconforto, que é neutralizado por ações futuras.”⁷⁹⁹

O último fator de sustentação da obediência é o que se denomina de obrigações situacionais. Trata-se de deveres que o agente obediente cria para si em razão de determinada ocasião social. Para evitar conflitos e embaraços, o agente respeita a forma como a situação foi orquestrada pelo outro. O decisivo é que seja mantida a estrutura das relações⁸⁰⁰. Assim, “qualquer tentativa de alterar a estrutura definida será considerada como uma transgressão moral e irá provocar ansiedade, embaraço e sentimentos de desvalorização própria”⁸⁰¹.

Não ceder às obrigações situacionais, sobretudo, a ordem emanada pela autoridade têm consequências. Atualmente, os superiores raramente utilizam-se da violência física para punir os subordinados. Senão se valem de uma violência mediada/velada, tal como desferir comentários hostis em relação à pessoa para a prejudicar de alguma forma⁸⁰². Assim bem ilustra Christophe Dejours:

Fazer o “trabalho sujo” na empresa está associado, para os que exercem cargos de direção – os líderes do trabalho do mal –, à virilidade. Quem recusa ou não consegue cometer o mal é tachado de “veado”, “fresco”, sujeito “que não tem nada entre as pernas”. E não ser reconhecido como um homem viril significa, evidentemente, ser um “frouxo”, isto é, incapaz e sem coragem, logo, sem “a virtude” por excelência.⁸⁰³

Em suma, segundo Milgram, a obediência a autoridade pode ser entendida a partir do fato de que as pessoas são moldadas desde crianças a obedecer aos superiores. A situação se reforça na medida em que os agentes obedientes são recompensados e os desobedientes punidos. Uma das consequências mais relevantes é a noção de que o agente não se sente responsável pelos atos cometidos em razão da obediência, o que facilita a prática de crimes e outros atos igualmente reprováveis. Além disso, ainda que o agente não queira mais obedecer às ordens, continua a fazê-lo em razão de um dever gerado por obrigações situacionais, cujo descumprimento é punido de modo bastante significativo. Sobretudo, a obediência continua porque a ação tem natureza sequencial e gradual. A obediência inicia-se com pequenas tarefas e vai progredindo até chegar o momento em que a próxima ação só pode ser justificada quando compreendida como uma continuação das demais, cuja natureza lesiva pode ser “maquiada” por uma ideologia subordinante, a qual controla (e modela) a interpretação dos atos.

⁷⁹⁹ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 84.

⁸⁰⁰ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 85.

⁸⁰¹ MILGRAM. **Obediência à autoridade**. P. 85.

⁸⁰² ZIMBARDO. **O Efeito Lúcifer**. P. 390.

⁸⁰³ DEJOURS. **Banalização da injustiça social**. P. 82.

Por fim, destaque-se que o fenômeno da obediência à autoridade não significa necessariamente que o indivíduo se submeterá às ordens, senão que dados esses fatores há maior probabilidade de ocorrência da submissão.

3.7.3 *Elementos dogmáticos indispensáveis*

3.7.3.1. *Poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente*

O elemento poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente deve ser analisado em duas frentes, a saber, os pressupostos de existência da organização e o reconhecimento, no âmbito de tal estrutura, da autoridade do agente. Com efeito, esse último elemento não só se concretiza na possibilidade de dar ordens, mas, sobretudo, no fato de que elas têm alta probabilidade de serem cumpridas.

Na análise dos pressupostos de existência da organização carece de se lembrar que, em total conformidade com o descrito no tópico 3.2, os membros de um aparato organizado de poder podem ser divididos em razão de sua posição hierárquica (cúpula, intermediário e executor).

Entretanto, somente os membros da cúpula e os agentes executores são rigorosamente indispensáveis à estrutura básica da autoria mediata. O decisivo é que muito embora a atividade intermediária – organização, planejamento e supervisão - seja imprescindível, os agentes *per se* não o são.

Na ausência dos intermediários, contudo, os integrantes da cúpula têm o ônus de administrar e supervisionar toda a atividade dos executores. É dizer, o essencial é que a ordem seja despachada do nível mais alto para o mais baixo e chegue aos agentes fungíveis *em razoáveis condições de cumprimento*.

Superados os pressupostos de existência do aparato, o critério do poder de mando indica mais claramente uma subordinação/uma cadeia de comando na organização. Dito de modo mais claro, alguém há de mandar e outro carece de obedecer. Não se olvide, no entanto, que no grupo de casos aqui tratado, o liame entre as diferentes classes integrantes do aparato é a ordem.

Nesse ponto, a ordem não se apresenta como uma razão operativa, senão tão somente como uma auxiliar. Afinal, vincula o desejo de produção do resultado típico (razões operativas), fomentado nos agentes pela organização, à possibilidade de efetivá-lo. De modo mais detalhado, a ordem ilícita é um elo entre os executores e a cúpula, a qual se aproveita tanto de

condições pré-existentes na organização como dos elementos empíricos criminógenos para produzir resultados típicos de forma praticamente automática.

Por este motivo é que *a ordem deve ser direcionada ao aparato organizado de poder*. O significado disso é que ela deve determinar a realização de fatos por meio dos recursos e da hierarquia estruturada pela própria organização. Naturalmente, assim, se um dos integrantes da cúpula não utiliza do aparato, mas sim de um ou outro agente isolado, não faz parte do grupo de casos aqui tratado.

Ademais, *a ordem tem que ser ilícita*. Tal exigência se apresenta pela necessidade de melhor diferenciar as espécies de autoria mediata - erro, coação e por organização. Sobretudo, considerando que a terceira parece ser um natural complemento das modalidades mais convencionais, conforme bem apontou Roland Hefendehl. De fato, sintoma de todo este cenário dogmático são as exigências impostas pela interpretação substancial do artigo 22 do Código Penal Brasileiro, conforme tratado no tópico 2.3.2. Desse modo, o comando da cúpula tem que determinar a realização de fatos sobre os quais não recaiam quaisquer dúvidas sobre a natureza ilícita.

Mas, parece ser muito rigoroso e desnecessário exigir que a ordem seja explícita ou direta, no sentido de “matem agora ...” ou “praticuem o crime tal ..., previsto no art. X da Lei X”. Talvez seja mais razoável que se admita também uma ordem de caráter implícito e/ou indireto, assim como a utilização de alguma das técnicas de neutralização moral, desde que o contexto afaste eventual ambiguidade. A título de ilustração, uma simples frase como “*mande resolver o problema*” pode ser suficiente para configurar uma ordem ilícita, embora por si só não indique nenhuma prática delitiva. Outro possível exemplo é o caso do Conselho de Defesa Nacional da RDA. O órgão não determinou expressamente o homicídio de quem tentasse evadir para o lado ocidental, senão que os soldados protegessem as fronteiras utilizando dos recursos previstos na legislação específica.

Por fim, um último exemplo pode ser encontrado em Hefendehl. Trata-se do caso de um superior hierárquico que ordena ao seu subordinado a falsificação de um documento contábil. Embora o argumento usual é que a ordem só seria obedecida se se estivesse numa organização desvinculada do direito, Hefendehl assinala que não se trata de mandar alguém “falsificar um documento”. Mais do que isso, o decisivo era “determinar a implementação de novos métodos contábeis”, cuja inconformidade com a ordem jurídica é manifesta. Em outras palavras,

determinar a produção de um resultado não necessariamente típico, como o aumento do lucro⁸⁰⁴, conquanto os meios para isso sejam ilícitos penais.

Uma terceira exigência deve recair sobre a ordem. Nos casos de domínio por organização, na maioria das vezes, o que existe são o que se convencionou denominar de crimes de massa. Entretanto, dificilmente pode se afirmar que os membros da cúpula autorizam especificamente a prática de cada um dos delitos, senão a ordem é dada uma só vez e de forma geral.

A ordem ilícita, então, tampouco necessita apresentar uma vítima concreta, como “matem agora José, Maria e Joaquim”. Suficiente é a delimitação de quais os delitos serão praticados e contra qual potencial grupo de vítimas v.g os judeus no regime nacional-socialista e, na Alemanha oriental, quem tentasse pular o muro de Berlim.

Em síntese, *a ordem, direcionada ao aparato de poder, deve, expressa ou implicitamente, dar uma ideia geral: (a) do delito a ser praticado; (b) do grupo de pessoas afetadas.*

3.7.3.2. *Fungibilidade de executores inclinados ao fato ilícito*

A noção de fungibilidade de executores inclinados ao fato ilícito é desenvolvida considerando, sobretudo, a correção da dupla perspectiva, tal como delineada por Roxin. Mas, o modelo aqui defendido se distancia, suavemente, da concepção original na medida em que acrescenta ao critério da fungibilidade o da inclinação ao fato ilícito.

Com efeito, a inovação impõe a necessidade de se expor o critério a partir de uma diferenciação pautada em parâmetros qualitativos e quantitativos. Na prática, o significado disso é que alguns elementos devem necessariamente ostentar uma determinada qualidade enquanto outros pressupõem uma análise meramente quantitativa, como é o requisito da grande quantidade de agentes.

Nesse ponto, conforme descrito no tópico 3.4.2.2, a autoria mediata pelo domínio por organização pressupõe um grande número de agentes, os quais devem ter capacidade intelectual e física, para cumprir a ordem emanada pela cúpula.

Ademais, é verdade que não é possível apontar um número mínimo de agentes sem recair em uma potencial arbitrariedade. É dizer, caso se indique o número 100, poderia se questionar por que não 50, 150, 200, 500 ou qualquer outra razoável quantidade. No final das

⁸⁰⁴ HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. P. 54.

contas, não se chegaria nem perto de uma unanimidade plenamente racional e científica. O essencial, de toda forma, é que, no caso de uma hipotética recusa, o número seja suficiente para garantir a substituição do agente. Sobretudo, que o substituto seja capaz em medida similar ao do substituído.

De fato, pressupor que a grande quantidade de agentes tenha competência para executar o fato já é, em alguma medida, um atributo qualitativo e não quantitativo, mas é em grau meramente secundário. Em primeiro lugar está a necessidade de que o indivíduo possa ser qualificado como fungível e inclinado ao fato típico.

Para além do que já foi tratado no âmbito da dupla perspectiva de Roxin, no que se remete aos tópicos 3.4.2 e 3.4.4, a exigência da fungibilidade se justifica também pelo fato de que não faz parte do grupo de casos aqui trabalhado a hipótese em que a organização conte com um significativo contingente pessoal, mas a tarefa seja deveras complexa para a maior parte dos membros da organização, de modo a ser necessário requisitar que o fato seja praticado por um especialista.

A questão é que não há óbices à configuração do domínio por organização se todos os agentes forem especializados e tiverem competência para obedecer à ordem, ou seja, serem substituíveis. Isso quer dizer que a especialidade de um agente só deve ser considerada como um empecilho se for especial em relação aos demais. Mas, antes disso, o preponderante é que o cumprimento da ordem requisite, como elemento imprescindível, tal *expertise*.

Ademais, o agente fungível também deve estar sujeito a qualificação de estar *inclinado ao fato ilícito*. Não obstante, a proposta aqui defendida, diferente de suas inspirações, rechaça que este critério esteja envolto de elementos subjetivos, senão há de ter natureza estritamente objetiva.

Assim, não se considera, em primeiro plano, a inclinação individual do homem da frente, senão, preponderantemente, a do coletivo. *Essa entendida no sentido de ser um resultado das condições empíricas/ambientais da organização ou das denominadas circunstâncias produtoras de fungibilidade.*

Na prática, a inclinação ao fato típico pode ser considerada presente na medida em que se verifica empiricamente a produção regular de resultados típicos ou o automatismo da organização. Não obstante, para se verificar a ausência da inclinação ao fato típico de um agente específico é necessária a análise individual sobre o homem da frente: se este se recusou a obedecer à ordem, naturalmente não é possível afirmar que estivesse inclinado àquele ilícito, o que não prejudica nem a inclinação dos demais executores, nem o domínio do homem de trás.

Na verdade, a recusa só prejudicará a autoria mediata do homem de trás se deixar de ser eventual e se tornar endêmica. Nesse caso, o domínio do fato resta fragilizado pelo não domínio da organização, o que, de toda forma, não deixa de ser um reflexo do enfraquecimento dos elementos empíricos presentes na organização. É dizer, o funcionamento quase automático do aparato de poder é um poderoso indício da presença dos elementos criminógenos e, sobretudo, *prova da fungibilidade de executores inclinados ao fato ilícito*.

3.7.4. Proposta de sistematização do domínio (do fato) por organização

Para se realizar uma análise sistemática da autoria mediata pelo domínio por organização parece ser metodologicamente mais adequado esquematizar o instituto dogmático. Diante disto, expõe-se a seguir cada etapa de sua verificação, sem prejuízo de eventuais outras análises anteriores e posteriores.

1. Análise preliminar

- 1.1 Produção de um resultado típico por um homem da frente em razão de um comando do homem de trás;
- 1.2 Ausência de elementos configuradores da coação física (*vis absoluta*), da coação moral irresistível (*vis compulsiva*) ou de qualquer espécie de erro;
- 1.3 Existência de uma organização na qual o homem da frente e o de trás sejam membros.

2. Análise do critério do poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente

- 2.1 A organização trata-se de um aparato organizado de poder, com supremacia e subordinação (cúpula/executores);
- 2.2 A produção do resultado típico foi determinada por meio de uma ordem ilícita, explícita ou implícita, do líder (ou alguém com poderes para tanto) à organização;
- 2.3 A ordem ilícita específica, minimamente, o delito a ser praticado e o grupo de pessoas a ser afetado;

3. Análise do critério da fungibilidade de executores inclinados ao fato ilícito

- 3.1 A organização conta com uma grande quantidade de agentes, de semelhante nível intelectual e mental;
- 3.2 A lesão ao bem jurídico individualmente considerada insere-se em um contexto muito maior, no qual há uma produção regular de resultados típicos, de modo que se um agente

se recusar ou não conseguir obedecer a uma ordem é, prontamente, substituído por outro de similar capacidade;

3.3 Há um funcionamento quase automático do aparato de poder no cumprimento da ordem ilícita.

Diante disso, em síntese, é possível assinalar que a autoria mediata pelo domínio por organização está presente quando o homem da frente, livre e consciente dos pressupostos fáticos e jurídicos, produz um resultado típico em razão de ter obedecido a uma ordem manifestadamente ilícita do superior hierárquico da organização em que está integrado, desde que nela exista uma clara relação de supremacia, subordinação e uma significativa quantidade de agentes. Igualmente imprescindível é que esta lesão seja uma pequena parte do todo, porque o aparato organizado de poder funciona de modo praticamente automático, tendo em vista que se um agente se recusar a praticar o fato, imediatamente, outro o faz.

Ademais, a proposta também pode ser vislumbrada a partir do método de *typus* ideal de domínio por organização, semelhante ao utilizado por Ibáñez⁸⁰⁵. Desse modo, entende-se que a autoria mediata pelo domínio por organização é representada pela seguinte fórmula (AEAM⁸⁰⁶ + PDMEOH⁸⁰⁷ + FEI⁸⁰⁸ = AMDO⁸⁰⁹).

Naturalmente, cada um dos elementos pressupõem uma equação distinta. O poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente segue tal lógica: (O⁸¹⁰ + SS⁸¹¹ + OIVO⁸¹² = PDMEOH). A fungibilidade dos executores inclinados ao fato ilícito pressupõe os seguintes elementos (GQA⁸¹³ + FI⁸¹⁴ + PRRT e PA⁸¹⁵ = FEI). No final, a proposta pode ser sintetizada pela seguinte fórmula ((O+SS+OIVO = PDMEOH) + (GQA+ FI + PRRT ou PA = FEI) + (-CMI⁸¹⁶ - CF⁸¹⁷ - E⁸¹⁸ = AEAM) = AMDO)).

Aliás, essa estrutura torna evidente a necessidade de que todos os pressupostos estejam presentes. Mas, um modelo com a pretensão de mais se aproximar da lógica da coisa deve

⁸⁰⁵ IBÁÑEZ. **La autoria mediata en aparatos organizados de poder**. P. 236/245.

⁸⁰⁶ Ausência de outras espécies de autoria mediata.

⁸⁰⁷ Poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente.

⁸⁰⁸ Fungibilidade dos executores inclinados ao fato.

⁸⁰⁹ Autoria mediata pelo domínio por organização.

⁸¹⁰ Organização.

⁸¹¹ Supremacia e subordinação.

⁸¹² Ordem ilícita voltada à Organização.

⁸¹³ Grande quantidade de agentes de nível intelectual e mental semelhante.

⁸¹⁴ Fungibilidade instantânea.

⁸¹⁵ Produção regular de resultados típicos ou funcionamento praticamente automático.

⁸¹⁶ Coação moral irresistível.

⁸¹⁷ Coação física.

⁸¹⁸ Erro.

considerar que o conceito é só um espectro, um esquema da realidade. Conforme observa Ibáñez⁸¹⁹, uma análise integral deve verificar a intensidade da presença de cada um dos elementos para, finalmente, analisar a possibilidade de afirmar que o homem de trás tem o domínio do fato.

Dessa forma, o fato de que todos os elementos dogmáticos do domínio por organização estão presentes é condição necessária, mas insuficiente a sua configuração no caso concreto. *O decisivo, no entanto, é que o nível de presença de cada um, ainda que mínimo, garanta a produção regular de resultados típicos de forma praticamente automática.* De toda forma, a forte e robusta presença de um pressuposto pode compensar uma eventual fragilidade do outro, mas nunca a ausência.

Diante disso, parece prudente afirmar que a proposta de aperfeiçoamento do domínio por organização não deve ser compreendida como uma figura de outrora, estanque e alheia às atuais estruturas da realidade. Senão como um modelo dinâmico, em consonância com a noção central de autoria como figura central do acontecer típico, sobretudo, com sua base dialética concreta.

⁸¹⁹ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 236/245.

4. DA AUTORIA MEDIATA PELO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO NA CRIMINALIDADE DE EMPRESA

4.1 Aspectos gerais

Na introdução de um estudo sobre o injusto estrutural das organizações (responsabilidade penal da pessoa jurídica), o professor espanhol Javier Cigüela Sola pondera que, considerando a complexidade das interações sociais favorecedoras de condutas criminosas, há momentos históricos em que os fenômenos criminais dificilmente são explicados pela perspectiva individual, senão resta necessária uma abordagem estrutural ou sistêmica⁸²⁰.

Nesse contexto, o professor espanhol indica a violência política dos regimes totalitários da primeira metade do século XX como exemplos do fenômeno da criminalidade de massa. Mas, acrescenta que nas últimas décadas esta espécie de delinquência retorna gradualmente⁸²¹.

Embora sem a roupagem dos regimes ditatoriais, as novas formas de organização social por vezes envolvem os indivíduos em situações tão diversas quanto proporciona a contemporaneidade com seus instrumentos tecnológicos, de forma que a expectativa organizacional, ainda que amiúde incompatível com a normativa, tem o peso mais acentuado na estrutura interpessoal. Dito de modo mais claro, as organizações assumiram tamanha superioridade frente aos indivíduos - e esses tanta dependência delas - que facilmente os coloca em uma situação na qual os agentes encontram-se imersos a fatos e condutas criminosas, cujo arrefecimento é aparentemente impossível⁸²².

De fato, malgrado Cigüela Sola não tratar especificamente dos problemas específicos do concurso de pessoas, suas reflexões amoldam-se nesse terreno como uma luva. Prova disso é que no século passado a autoria mediata pelo domínio por organização poderia ser indiscutivelmente situada nos gabinetes bélicos e nos quartéis militares ou paramilitares. Atualmente, entretanto, é bastante debatida a viabilidade de seu acolhimento ao globalizado contexto no qual as sociedades empresariais gradativamente assumem um destacado e maior protagonismo na configuração da vida em sociedade.

Naturalmente, há vozes mais conservadoras que negam a extensão do domínio por organização à criminalidade empresarial, bem como há outras que entendem ser possível sua aplicação, pelo menos, em tese.

⁸²⁰ CIGÜELA SOLA, Javier. El injusto estructural de la organización – aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica. **InDret**. Barcelona, 2016. P. 02.

⁸²¹ CIGÜELA SOLA. El injusto estructural de la organización. P. 02.

⁸²² CIGÜELA SOLA. El injusto estructural de la organización. P. 02.

A posição majoritária parece ser a defendida pelo pai da teoria, Claus Roxin, segundo a qual a dilatação do domínio por organização à criminalidade empresarial é indevida⁸²³. Relevante observar que não só seu posicionamento, mas também suas razões são extremamente prestigiadas no contexto acadêmico⁸²⁴. Certamente, como reconhecido anteriormente por Schroeder, a notável clareza dos argumentos apresentados pelo professor alemão é um ponto que o diferencia de seus objetores.

Não obstante, ainda assim, conforme noticiado anteriormente, a delimitação procedida por Roxin não foi observada pelo BGH. A corte alemã, no caso dos atiradores do muro, consignou que o domínio por organização também resolve o problema da responsabilidade penal nos casos de criminalidade de empresa⁸²⁵.

Ademais, não só na jurisprudência, mas até entre os discípulos de Roxin há vozes que defendem o desenvolvimento da teoria e sua natural aplicação a sociedades empresariais, de que é exemplo Roland Hefendehl⁸²⁶.

Também há quem rechace a aplicação do domínio por organização na criminalidade empresarial, mas apresente uma proposta de autoria mediata específica ao contexto de empresa⁸²⁷, inclusive, relativamente semelhante ao modelo de Roxin.

De toda forma, para uma análise mais completa o possível da problemática posta é recomendável, em primeiro lugar, uma detida exposição sobre os pressupostos da criminalidade empresarial. Sobretudo, considerando a necessidade de a diferenciar objetivamente de conceitos outros, cuja manifestação fenomênica amiúde se dá de forma não só nebulosa e complexa, mas extremamente semelhante.

⁸²³ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 580 e 701.

⁸²⁴ Os argumentos de Roxin são encontrados em: BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 4. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2019. P. 173. CIRINO DOS SANTOS. **Direito Penal**. P. 353/354. DIAS. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. P. 370/371. BRITO, Teresa Quintela. Autoria das contra-ordenações e dos dirigentes. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. V. II. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 217-218. 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 de (Org.). Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. V. II. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. P. 1015-1018. SCALCON. Problemas especiales de autoría.

⁸²⁵ BGHSt, 40, 236. Apud: ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 580.

⁸²⁶ HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica.

⁸²⁷ SOUZA SANTOS, Humberto. Autoria mediata por meio da dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. RBCCRIM. Vol. 117. Nov. Dez. 2015.

4.2 Criminalidade econômica. Criminalidade na empresa. Criminalidade de empresa. Empresa ilícita. Organização Criminosa. Distinções.

Adán Nieto Martín entende que, do ponto de vista jurídico, a nomenclatura mais adequada para tratar dos casos envolvendo delitos econômicos e grandes corporações é direito penal econômico. A justificativa é que esse termo faz referência aos bens jurídicos tutelados⁸²⁸, os quais amiúde são supraindividuais⁸²⁹. Essa classificação é explicada pelo fato de que eles representam as principais instituições do modelo capitalista e da ordem econômica (livre concorrência, mercado de ações, sistema de crédito, confiança nas informações societárias, etc.), bem como os meios pelos quais o Estado intervêm na economia (fazenda pública, seguridade social, subsídios públicos, regulação do comércio exterior, etc.)⁸³⁰.

O professor espanhol, inclusive, observa que o termo criminalidade de empresa faz mais sentido à luz da criminologia. Isto porque enfoca o elemento empírico. É dizer, os delitos que são cometidos por empregados e dirigentes, no âmbito da atividade da empresa, com a intenção de a beneficiar⁸³¹.

Com alguma similaridade, Schünemann assinala que criminalidade econômica é um termo mais abrangente que criminalidade empresarial, uma vez que compreende todas as ações penalmente puníveis praticadas no meio econômico e não só aquelas cuja origem é uma sociedade empresarial⁸³².

Assim, o vínculo entre a criminalidade de empresa e a econômica parece ser pautado por uma relação gênero e espécie, na qual a primeira é espécie da segunda.

Nessa lógica, embora o direito penal econômico seja muito mais abrangente que o empresarial e, por isso, permita um horizonte investigativo mais rico, doravante restringe-se a análise à criminalidade de empresa.

O decisivo é que nesse grupo de casos encontram-se mais bem acentuados, em razão da estrutura organizacional, elementos indispensáveis ao domínio por organização, a saber, os

⁸²⁸ Ver para aprofundamento: BRODT, Luís Augusto Sanzo. Bem jurídico e criminalidade econômica: Uma abordagem sob a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico. In: **Criminalidade econômica em debate**. Luís Augusto Sanzo Brodt (Org.). – Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2018. P. 103/118.

⁸²⁹ Ver para aprofundamento: BADARÓ, Tatiana Maria. Bens jurídicos-penais supraindividuais e o direito penal econômico. In: **Criminalidade econômica em debate**. Luís Augusto Sanzo Brodt (Org.). – Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2018.

⁸³⁰ MARTÍN. Introducción al derecho penal económico y de la empresa. P. 47. In: MARTÍN, Adán Nieto. *Et al.* **Derecho penal económico y de la empresa**. Madrid, Ed. Dykinson. 2018.

⁸³¹ MARTÍN, Adán Nieto. Introducción al derecho penal económico y de la empresa. P. 46.

⁸³² SCHÜNEMANN. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa.

fenômenos da divisão de funções e tarefas, hierarquia e subordinação, sobretudo, as influências de grupo.

Mas, antes de adentrar nessas questões, observe-se que ao tratar de delitos ocorridos no âmbito empresarial, a doutrina especializada amiúde apresenta distintos conceitos, nos quais há um intuito classificatório. A função deles é proporcionar um panorama sistemático do fenômeno por meio de pontos de referência que facilitem a identificação da natureza e/ou intensidade da criminalidade presente em determinado caso. A importância disso é singular na medida em que orienta e aponta caminhos dogmáticos que devem ser seguidos ou não. Nessa lógica, há de se deixar bem firme a diferença entre “criminalidade na empresa” (*Betriebskriminalität*) e “criminalidade de empresa” (*Unternehmenskriminalität*)⁸³³.

A criminalidade na empresa se refere aos fatos criminosos desencadeados no âmbito da sociedade empresarial, mas não pela própria organização, não em seu benefício. Portanto, cuida-se de conflitos de relevância penal entre funcionários ou envolvendo esses e clientes. Sintomático disso é o fato de que, neste grupo de casos, até a própria sociedade empresarial pode figurar como vítima. Aliás, não se trata de situações tão complexas, senão podem facilmente ser resolvidas pelas usuais regras do direito penal clássico⁸³⁴.

A criminalidade de empresa, por sua vez, apresenta maiores dificuldades ao aplicador da lei penal. A razão disso é que, neste grupo de casos, se inclui os delitos praticados a partir de uma sociedade empresarial, ou seja, é em seu benefício e decorrente da própria atividade da organização. Além disso, conforme ensina Schünemann, lesiona bens jurídicos e interesses externos à empresa⁸³⁵, não raramente supraindividuais⁸³⁶.

Outros fatores que explicam a maior dificuldade de tratamento dogmático na criminalidade de empresa são as complicações para delimitar individualmente as competências normativas. Isso afeta diretamente a imputação ou não de responsabilidade penal a cada um dos

⁸³³ SCHÜNEMANN. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. P. 529/530. ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. ESTELLITA. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. P. 34. VALENTE, Victor Augusto Estefam. **Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada: responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos**. Curitiba. Juruá. 2015. P. 103.

⁸³⁴ SCHÜNEMANN. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. P. 529.

⁸³⁵ SCHÜNEMANN. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. P. 530/531.

⁸³⁶ SILVA SÁNCHEZ. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. P. 10. CERVINI. ADRIASOLA. **El derecho penal de la empresa**. P. 140.

agentes envolvidos com a produção do resultado típico. Aliás, não se pode esquecer a possível presença nas organizações de um elemento criminógeno, uma “atitude criminal de grupo”⁸³⁷.

Com efeito, justamente nesse ponto o professor espanhol Sola apresenta uma classificação na qual se distingue tipologias estruturais coletivas por um critério em que se aponta a influência que os elementos empíricos da organização exercem em seus colaboradores⁸³⁸.

A primeira estrutura é a preventiva. Nesse caso os subordinados não só são educados e treinados de acordo a expectativa normativa, senão têm a sua disposição instrumentos para garantir uma normalidade institucional, como canais de denúncia, investigação corporativa, sobretudo, *efetivos* programas de integridade (*compliance*)⁸³⁹.

A segunda estrutura é a neutra. Estão neste campo as organizações em que não há (ou não funcionam efetivamente) instrumentos e mecanismos de treinamento, conscientização e prevenção de delitos. Embora não seja impossível a existência de um mínimo padrão organizativo que informe os deveres e os potenciais riscos jurídicos⁸⁴⁰.

A estrutura facilitadora é a terceira. Neste modelo não há qualquer incentivo à prática de delitos, mas também não há qualquer sistema de controle e prevenção. Uma quarta estrutura é a incentivadora, na qual os funcionários são necessariamente estimulados, seja por pressão econômica ou psicológica, à obtenção de vantagens ilícitas pela prática delinvente⁸⁴¹.

A última estrutura se caracteriza como a anuladora. Nessa, a pressão organizacional é deveras intensa que o resultado é a virtual abolição de qualquer traço de individualidade dos colaboradores, ou seja, praticamente não há abertura para a consciência e a ação individual. Para Sola, nesse modelo, estão os estados totalitários, empresas escravagistas e as seitas⁸⁴².

Embora nenhum desses modelos esteja totalmente imune à criminalidade de empresa, naturalmente, observa-se que a probabilidade de produção do resultado típico aumenta à medida que avança de uma à outra. Sintoma disso é que a diferença da estrutura preventiva com a anuladora (ou mesmo a incentivadora) é absurda, razão pela qual parece ser impraticável tratá-las como semelhantes.

⁸³⁷ SCHÜNEMANN. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. P. 529/531.

⁸³⁸ CIGÜELA SOLA. El injusto estructural de la organización. P. 11.

⁸³⁹ CIGÜELA SOLA. El injusto estructural de la organización. P. 11.

⁸⁴⁰ CIGÜELA SOLA. El injusto estructural de la organización. P. 11.

⁸⁴¹ CIGÜELA SOLA. El injusto estructural de la organización. P. 11.

⁸⁴² CIGÜELA SOLA. El injusto estructural de la organización. P. 11.

Não obstante a relevância incontestada dessas diferenças ambientais/empíricas, os dois modelos são amiúde tratados pela jurisprudência como se fossem duas manifestações distintas de um mesmo fenômeno: a criminalidade organizada.

Conforme denunciado por Estellita, isso ocorre pelo fato de que as organizações criminosas e as sociedades empresariais assemelham-se em razão da pluralidade de agentes, da organização horizontal (divisão de funções e tarefas) e vertical (cadeia de comando), do caráter permanente (ou pelo menos não eventual), da busca pelo lucro, sobretudo, da relação de supremacia e subordinação⁸⁴³.

O maior problema é o fato de que enquanto as estruturas preventiva, neutra e a facilitadora parecem ser organizações com finalidade lícita, em conformidade com os ditames dos artigos 5º, XVII⁸⁴⁴, 966⁸⁴⁵ e 982⁸⁴⁶ do CC, o modelo incentivador e o anulador não.

Pelo contrário, essas estruturas têm muito mais similaridades com o que a doutrina convencionou denominar de empresa ilícita ou de fachada. Esse título é conferido ao fenômeno da criação de uma sociedade empresarial cuja finalidade é tão somente a prática de crimes⁸⁴⁷, isto é, se valem de uma estrutura jurídica para produzirem resultados típicos; usam o direito contra o próprio direito. Em razão disto, Estellita e Greco observam que nesses casos facilmente se configurará uma organização criminosa⁸⁴⁸.

De toda forma, parece certo o fato de que dificilmente uma empresa de fachada se apresentará como tal, senão sua vantagem é justamente impulsionar o negócio ilícito aproveitando-se das possibilidades jurídicas proporcionadas por sua “limpa aparência”.

Naturalmente, na prática jurídica, o resultado disso é que não raramente as sociedades empresariais responsáveis por eventualmente produzirem resultados típicos sejam tratadas

⁸⁴³ Nesse sentido, Estellita e Greco: “A empresa, tanto quanto a organização criminosa, é composta por um grupo de pessoas (normalmente mais de quatro), associadas em uma organização, com objetivos comuns, divisão de trabalho, códigos de conduta, sistema de tomada de decisões, tendência a autoconservação (associação permanente). Está orientada ao fim de lucro. E as pessoas que dela formam parte podem vir a cometer delitos.” ESTELLITA, Heloisa. GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. Revista Brasileira de Ciências Criminais. **RBCCRIM**. N. 91. 2011. P. 397.

⁸⁴⁴ Art. 5º, XVII, da CRFB. “É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.”

⁸⁴⁵ Art. 966 do CC. “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.”

⁸⁴⁶ Art. 982 do CC. “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967);”

⁸⁴⁷ O termo está presente em: CERVINI. ADRIASOLA. **El derecho penal de la empresa**. P. 148. ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 397. BRODT, Luis Augusto Sanzo. BARROS DE OLIVEIRA, José Ourismar. Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento de suas ordens. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas. Pouso Alegre**. V. 32. N. 105/136. Jan/jun. 2016. P. 120. VALENTE. **Direito penal de empresa**. P. 103.

⁸⁴⁸ ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 397.

como uma organização criminosa, nos termos da Lei 12.850/13⁸⁴⁹. É dizer, o que muitas vezes é só uma organização lícita, ainda que com seus problemas com a lei penal, é tratado como se fosse uma empresa ilícita ou de fachada.

Portanto, necessário se faz um critério a mais para distinguir a criminalidade de empresa e a empresa ilícita, sem que se esqueça de possíveis outras situações intermediárias, como v.g a da sociedade empresarial em que só a cúpula ostenta uma atitude criminosa (grupo ilícito para gestão operativa)⁸⁵⁰.

Diante dessa problemática assume especial relevância uma solução proposta por Estellita e Greco, cujo critério distintivo inicia-se na análise do bem jurídico. Os professores relatam que usualmente a doutrina indica que o bem jurídico tutelado nos delitos de associação ilícita ou organização criminosa é a paz, segurança e/ou ordem pública⁸⁵¹ e etc. Inclusive, conforme descrevem, até o Código Penal nacional situa o crime de associação criminosa (art. 288) entre os crimes contra a paz pública⁸⁵².

Mas, em conformidade com as lições de Roxin⁸⁵³, Estellita e Greco entendem que essas concepções deveras abrangentes – paz, ordem, segurança pública – não podem ser entendidas como um bem jurídico coletivo hábil para legitimar uma incriminação. Sobretudo, porque só são afetadas à medida que interesses outros, principalmente de natureza individual, também se encontrem sob ataque⁸⁵⁴.

Sem esquecer o fato de que os indivíduos organizados têm um potencial lesivo muito maior do que aqueles que atuam sozinhos⁸⁵⁵, Estellita e Greco advogam no sentido de que nos delitos associativos e de organização há uma antecipação da punibilidade legitimada pela incrementada periculosidade desses fenômenos⁸⁵⁶. É dizer, os bens jurídicos afetados são os

⁸⁴⁹ Art. 1. §1º. Lei n. 12.850/13. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

⁸⁵⁰ CERVINI. ADRIASOLA. **El derecho penal de la empresa**. P. 148/149. BRODT. BARROS DE OLIVEIRA. Da responsabilidade penal do superior empresarial. P. 121.

⁸⁵¹ Defendendo que o bem jurídico tutelado é desse gênero estão: GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Legislação penal especial**. Saraiva. São Paulo. 2016. P. 847. CUNHA, Rogério Sanchez. PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: Comentários à Lei 12.850/2013**. JusPodivim, Salvador. 2016. P. 18

⁸⁵² ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 399.

⁸⁵³ “Por último e em nono lugar, os objetos de proteção de uma abstração incompreensível não devem reconhecer-se como bens jurídicos. O Direito Penal alemão sanciona, por exemplo, numerosas formas de comportamento sob a condição de que sejam “idôneas” para “perturbar a paz pública”. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu Giacomolli – 2. Ed. 3ª. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. P. 25.

⁸⁵⁴ ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 400.

⁸⁵⁵ GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva**. São Paulo: Marcial Pons. 2018. P. 67.

⁸⁵⁶ ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 398/399.

mesmos dos que se dirigem à finalidade delitativa da associação ou da organização criminosa⁸⁵⁷.

Mas,

entender o delito associativo como uma proteção antecipada do bem afetado pelos crimes-fim não significa, contudo, que o delito associativo deve ser absorvido no caso de cometimento do crime-fim. Isso porque o perigo que gera o delito associativo não se dirige ao bem concreto que o cometimento de um crime-fim lesiona, e sim a todos os bens da mesma classe, dos quais em geral é titular um número indeterminado de pessoas⁸⁵⁸.

Isso significa que a incriminação da organização criminosa se justifica pela transcendência da lesão ao bem jurídico. A título de ilustração, a tutela penal não é só com a vida de X, senão com a vida de todas as pessoas que se encontram em situação semelhante. Se um grupo terrorista mata cento e vinte pessoas, os responsáveis devem ser punidos: (a) pela lesão ao bem jurídico *vida* dos indivíduos afetados; e (b) *por se organizarem para lesionar o referido bem jurídico*⁸⁵⁹. Então, o decisivo da organização criminosa é necessariamente o ato de se *organizar*, de acordo com os critérios previstos na lei, *com a finalidade de praticar crimes*.

Aliás, de um ponto de vista constitucional, parece ser muito correto entender que o bem jurídico nos delitos organizativos tutelam uma antecipação daqueles que o aparato se propõe a violar. Principalmente, considerando que a proteção estatal se dirige não somente à lesão, mas também à ameaça ao direito. Se diferente fosse, os delitos tentados não poderiam sequer ser punidos.

De fato, a antecipação da proibição, marca incontornável dos delitos de natureza associativa (associação criminosa e integração de organização criminosa⁸⁶⁰), só se justifica em razão de um especial perigo que se constitui na própria estrutura organizativa. No âmbito organizacional, esse perigo pode ser compreendido como uma tendência objetiva criminosa, razão pela qual muito se fala de um injusto de organização⁸⁶¹.

Estellita e Greco ressaltam que a partir do momento em que se aplica este raciocínio à dificuldade prática de se distinguir a criminalidade de empresa da empresa ilícita, não se pode entender que o determinante é o motivo originário da associação. Dito de uma outra forma, a razão inicial pela qual a organização foi constituída não é um elemento relevante. Sobretudo, considerando que os gestores de uma sociedade empresarial totalmente em conformidade com

⁸⁵⁷ ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 399.

⁸⁵⁸ ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 401.

⁸⁵⁹ Exemplo semelhante encontra-se em: ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 401.

⁸⁶⁰ Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.

⁸⁶¹ ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 402/403.

o direito podem posteriormente rebelar-se contra as expectativas normativas e transformarem a estrutura em uma verdadeira organização criminosa⁸⁶².

Segundo Estellita e Greco, o realmente decisivo é que a organização impulse a prática delitiva, independentemente da vontade individual de seus integrantes. Isto é, a vontade coletiva da organização faz com que resultados típicos sejam produzidos de forma praticamente automática⁸⁶³.

Nessa lógica, ainda que a sociedade empresarial produza resultados típicos com alguma regularidade não é possível rotular como uma organização criminosa se não existir justamente essa vontade coletiva delinvente, essa tendência objetiva facilitadora da atitude transgressora. É dizer, *a sociedade empresarial só pode ser considerada uma organização criminosa se a ocorrência de crimes econômicos seja mais do que contumaz, senão o resultado indiscutível de uma engrenagem criminosa que atue muito próxima do automatismo*. Aliás, presentes estes elementos, a organização não perde o adjetivo de criminosa ainda que a maior parte do aparato atue em conformidade com o direito e outra menor não⁸⁶⁴.

Finalmente, para não se compreender uma empresa lícita como uma ilícita, ou seja, a punir tanto pela organização como pelos crimes praticados, valiosa é a fórmula desenrolada por Estellita e Greco segundo a qual entende-se *não existir organização criminosa se ao subtrair mentalmente a prática de quaisquer outros delitos não subsistir elementos outros que indiquem um desvalor suficiente que justifique uma sanção penal*⁸⁶⁵.

4.3 A jurisprudência e o domínio por organização na criminalidade de empresa

Já na primeira vez em que o critério do domínio por organização foi aplicado pelo BGH, no paradigmático caso dos atiradores do muro, consolidou-se o entendimento de que se poderia aplicar também nas empresas⁸⁶⁶.

Além do caso da interrupção do tratamento⁸⁶⁷, seguindo o entendimento firmado no caso dos atiradores do muro, a teoria foi aplicada pelo BGH em um caso de estelionato no qual uma sociedade anônima continuou suas atividades, mesmo insolvente, do que resultou na lesão aos seus fornecedores⁸⁶⁸.

⁸⁶² ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 403.

⁸⁶³ ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 403.

⁸⁶⁴ ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 404/405.

⁸⁶⁵ ESTELLITA. GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. P. 405.

⁸⁶⁶ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 579/580.

⁸⁶⁷ Ver os tópicos 3.1.1., 3.3.2 e 3.3.3.

⁸⁶⁸ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 586.

Inicialmente, a discussão foi em torno da questão fática de saber se os empregados que despacharam os pedidos atuaram ou não em erro, isto é, se conheciam a situação de insolvência. Caso eles não tivessem este conhecimento, os gestores responsáveis pelas ordens seriam condenados sob o título de autoria mediata, na espécie erro, porque os funcionários teriam agido como se fossem instrumentos “sem dolo”⁸⁶⁹.

Não obstante, embora com uma nevoa pairando sob as peculiaridades do quadro fático, a corte germânica entendeu que tanto os funcionários como os gestores eram plenamente responsáveis pelo estelionato. Diante disto, assim como relata Claus Roxin, o “BGH simplesmente assinala que, de acordo com *BGHSt*, 40, 236, (o precedente dos atiradores do muro) aplica-se o domínio por organização “também para atividades empresariais”⁸⁷⁰. Isto porque ““como autor em virtude do domínio do fato”, leva-se em conta “também aqueles que se aproveitam de condições básicas determinadas por estruturas da organização, que impulsionam o curso regular”⁸⁷¹.

Noutro caso, gestores de uma sociedade empresarial foram considerados autores mediatos pelo domínio por organização em razão da eliminação inadequada de resíduos maléficos ao meio ambiente. Conforme relata Roxin, a decisão do BGH destacou que os dirigentes abriram e indicaram “o caminho para que os detritos fossem eliminados ilegalmente”⁸⁷², conquanto o tribunal não tenha se desincumbido de seu ônus de indicar qual a conduta pela qual tal caminho foi aberto⁸⁷³.

O domínio por organização também foi aplicado pelo BGH a uma clínica veterinária – caso semelhante ao de n. 03. Nesse estabelecimento, os médicos veterinários prescreviam remédios e outras substâncias de forma contrária à Lei de Medicamentos⁸⁷⁴. Conforme destacou Roxin, a corte alemã assim fundamentou a aplicação da teoria:

O acusado, mediante a organização estritamente hierárquica de sua clínica [...] e das instruções direcionadas aos seus veterinários empregados [...] criou as condições para a prescrição dos medicamentos [...]. Em uma consideração valorativa, em relação aos médicos empregados, ele tinha o domínio do fato, já que devido a sua posição como empresário, eles estavam vinculados de maneira puramente fática às suas instruções [...]. Seu papel de diretor se viu reforçado por suas medidas de ocultação, se bem que não ficou excluído por ele o dolo dos veterinários empregados, posto que pode

⁸⁶⁹ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 586.

⁸⁷⁰ “BGH simplemente señala que, de acuerdo con *BGHSt*, 40, 236, es de aplicación la figura jurídica del dominio de la organización “también para actividades empresariales.” ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 586.

⁸⁷¹ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 89.

⁸⁷² ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 89.

⁸⁷³ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 89.

⁸⁷⁴ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 592.

considerar-se como provado que sabiam quais fármacos estavam autorizados e os que não existiam autorização⁸⁷⁵.

Na jurisprudência espanhola a autoria mediata pelo domínio por organização não encontra o mesmo acolhimento que tem na academia hispânica⁸⁷⁶, onde é bastante prestigiada. Apesar disso, as poucas decisões que a citam - e afastam sua aplicação não só na criminalidade empresarial, mas como um todo - demonstram uma madura compreensão do instituto. Basta ver o registro de Silva Sánchez segundo o qual a última vez que o Tribunal Supremo Espanhol mencionou o domínio por organização foi em dezembro de 2012, quando fez referência a uma outra decisão de 2010⁸⁷⁷. Nestes termos se manifestou o TS:

No caso dos aparatos organizados de poder, a autoria mediata se traduz no domínio da organização, caracterizada pela fungibilidade dos executores. [...] a existência de normas de comportamento que inclusive preveem represarias contra quem não cumpra o que se ordena. (STS nº 708/2010 – RJ 2010, 7342)⁸⁷⁸.

Finalmente, em solo brasileiro, principalmente após a Ação Penal 470 (mensalão), tornou-se excessivamente comum aplicar a autoria mediata pelo domínio por organização à criminalidade de empresa, sobretudo no âmbito dos processos de competência do TRF da 4ª Região. Há de se observar com maior atenção, entretanto, é que se naturalmente os casos julgados são diferentes, por outro lado, bastante preocupante é que a fundamentação seja praticamente idêntica⁸⁷⁹.

⁸⁷⁵ “El acusado, mediante la organización estrictamente jerárquica de su clínica [...] y de las instrucciones impartidas a sus veterinarios empleados [...] creó las condiciones para la dispensación de fármacos [...]. Para con los facultativos empleados tuvo dominio del hecho, para una consideración valorativa, ya que debido a su posición como empresario ellos estaban vinculados de manera puramente fáctica a sus instrucciones [...]. Su papel director se vio reforzado por sus medidas de ocultación, si bien no quedó excluido por ello el dolo de los veterinarios empleados, puesto que puede darse por probado que supieron qué fármacos estaban autorizados y que no existía la autorización.” (tradução livre). ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 592.

⁸⁷⁶ Nesse sentido: GIL, Alicia Gil. La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)**, Madrid, v. 61, n. 1, p. 53-88, 2008.

⁸⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. P. 111/112.

⁸⁷⁸ “En el caso de los aparatos organizados de poder, la autoría mediata se traduce en el dominio de la organización, caracterizada por la fungibilidad de los ejecutores. Al tiempo, al menos teóricamente, en la existencia de normas de comportamiento que incluso prevén represalias contra quién no cumpla lo que se le ordena.” (tradução livre) SILVA SÁNCHEZ. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. P. 115.

⁸⁷⁹ Em pesquisa jurisprudencial foram encontradas em diversas decisões, além das criticadíssimas considerações da Ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber na Ação Penal 470 (vide: LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. 2014), o seguinte trecho: “A teoria do domínio do fato, como gênero, deve ser aplicada no caso de crimes cometidos pelos altos dirigentes de entidades empresariais na sua espécie conhecida como domínio das organizações. Diferentemente da teoria do domínio do fato - cujo intuito principal é distinguir de maneira precisa as figuras do autor e do partícipe -, a teoria do domínio da organização, também desenvolvida por Claus Roxin, situa-se como forma autônoma de autoria mediata, em que o líder da organização, dotado de poder de mando (“homem de trás”), determina a prática delitiva, podendo ser responsabilizado por esta. Embora a adoção da teoria do domínio das organizações tenha surgido em contexto

4.4 Aplicabilidade do domínio por organização na criminalidade de empresa

4.4.1. Argumentos desfavoráveis à aplicação

Ao comentar as decisões do BGH, em que a autoria mediata pelo domínio por organização foi aplicada na criminalidade de empresa, Roxin demonstra toda sua inconformidade com a expansão da teoria.

Já na decisão dos atiradores do muro, Roxin entende que o BGH foi longe demais porque ignorou que é o requisito do divórcio ao direito que faz com que as estruturas organizadas produzam “resultados regulares” e o executem de forma “praticamente automática”⁸⁸⁰.

O professor alemão argumenta que se a estrutura não estiver divorciada do direito é de se esperar que o executor direto se negue a cumprir o comando ilícito. Com isso exemplifica: se o chefe de um departamento numa sociedade empresarial manda que seu subordinado falsifique um documento e este o faz, o homem de trás deve ser punido sob o título de instigador e não autor mediato. Isso porque não é a hierarquia nem a competência que fundamentam a autoria mediata pelo domínio por organização⁸⁸¹.

bastante específico, a partir dos crimes havidos no estado totalitário alemão, tenho que a mesma bem explica a atuação do autor mediato (o homem de trás) no contexto de crimes praticados por intermédio de organizações. Explicando a posição de Roxin sobre o tema, na perspectiva do direito alemão, Alaor Leite assevera que o domínio das organizações ocorre quando *"o homem de trás (a) dominar um aparato organizado de poder desvinculado da ordem jurídica e (b) possuir poder de mando, (c) pode emitir ordens que serão cumpridas por executores fungíveis, e é exatamente o domínio dessa estrutura organizacional com funcionamento automático que transformaria, segundo Roxin, em autor mediato dos delitos perpetrados pelos executores imediatos"*. (LEITE, Alaor. *in* Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Luis Greco ...[et alli]. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 139/140). Não se ignora que a posição de Alaor Leite, frente ao direito brasileiro, colocaria o tema na perspectiva de crime omissivo impróprio, na forma do art. 13, § 2º, do Código Penal. Todavia, a "importação da teoria" para a teoria no direito brasileiro, para bem explicar a questão da autoria mediata de crimes no meio de empresas que acaba por realizar atividades ilícitas, por meio de seus mais elevados administradores, parece-me apropriada, ainda que originalmente ela exigisse apropriação ilícita das estruturas do Estado. Mas, de qualquer forma, não basta que o agente ocupe posição de proeminência hierárquica na estrutura da organização, mas que reste demonstrado que ele efetivamente participa na tomada de decisão, ainda que não realize pessoalmente os elementos tipificadores do crime, mas determine ou permite que seus subordinados hierárquicos o façam, para atender determinação do "homem de trás" e no interesse da organização.” Presente nas decisões: (TRF4, ACR 5004728-97.2017.4.04.7002, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 05/03/2020); (TRF4, ACR 5001464-70.2016.4.04.7208, OITAVA TURMA, Relator NIVALDO BRUNONI, juntado aos autos em 05/02/2020); (TRF4, ACR 5013268-73.2018.4.04.7205, OITAVA TURMA, Relator NIVALDO BRUNONI, juntado aos autos em 31/01/2020); (TRF4, ACR 5019262-86.2016.4.04.7000, OITAVA TURMA, Relator NIVALDO BRUNONI, juntado aos autos em 24/01/2020); (TRF4, ACR 5005917-61.2018.4.04.7201, OITAVA TURMA, Relator NIVALDO BRUNONI, juntado aos autos em 24/01/2020), (TRF4, ACR 5000882-78.2018.4.04.7118, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 09/07/2020), etc.

⁸⁸⁰ ROXIN. *Autoria y dominio*. P. 580.

⁸⁸¹ ROXIN. *Autoria y dominio*. P. 580.

Em outra oportunidade, Roxin complementa seu raciocínio no sentido de que se o subordinado aceita cumprir a ordem ilícita de seu superior ambos não estão atuando em favor do aparato, senão contra ele⁸⁸².

Esse entendimento de Roxin reflete em seus comentários posteriores. No famoso caso da interrupção do tratamento, sem se aprofundar na questão da eutanásia e dos direitos da paciente⁸⁸³, o professor alemão esclarece que não há de se falar em poder de mando. Embora tanto o filho da anciã como o médico responsável tenham utilizado do poder de instrução para orientar os enfermeiros a produzirem o resultado típico morte, o determinante é que esta faculdade se limitava aos direcionamentos em conformidade com o direito⁸⁸⁴.

Aliás, Roxin complementa que o ambiente hospitalar do caso não apresentava sequer indícios de que a estrutura estava desvinculada do direito, tampouco tinha agentes fungíveis e dispostos ao fato. Tudo isso restou consolidado pelo fato de que o chefe dos enfermeiros se negou a executar o comando e o encaminhou ao tribunal tutelar, onde a suspensão da alimentação foi vetada⁸⁸⁵.

Com efeito, Roxin apresentou semelhantes reprovações nos casos do estelionato da sociedade empresarial insolvente e da dispensa irregular de resíduos maléficos ao meio ambiente. A par disso, no caso da clínica veterinária, o professor alemão argumenta que a possibilidade dos veterinários “desobedientes e insubmissos” serem demitidos por seus superiores é, em alguma medida, semelhante a de todos os demais funcionários. Desse modo, a “consequência de terem que buscar, dado o caso, outro posto de trabalho, há de ser suportada por qualquer empregado”⁸⁸⁶. Além disso, Roxin comenta e colaciona observações do professor Thomas Rotsch:

Rotsch avalia acertadamente esta sentença como “prova da desintegração das estruturas de participação tradicionais”, assinalando: “Nada permanece da figura jurídica roxiniana do domínio por organização”. Em realidade, se redefine aqui um claro caso de indução como um de autoria mediata. A clínica participava no tráfico jurídico regular, logo não era um “aparato de poder” à margem do direito, e seus veterinários empregados eram eles mesmos responsáveis por seus fatos como autores dolosos. Tampouco eram desde logo, como peões fungíveis, substituíveis por outros

⁸⁸² ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 244.

⁸⁸³ Ver para aprofundamento: SIQUEIRA. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. ROXIN, Claus. A apreciação jurídica-penal da eutanásia. Trad. Luís Greco e Flávia Siqueira. In.: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa. *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. P. 129/168.

⁸⁸⁴ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 88.

⁸⁸⁵ ROXIN. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. P. 88.

⁸⁸⁶ ROXIN. *Autoría y dominio*. P. 592. “La consecuencia de tener que buscar, dado el caso, otro puesto de trabajo, há de soportala cualquier empleado.” (tradução livre).

médicos que estariam dispostos. Nem existia a necessidade político-criminal para a punição do acusado como autor mediato, sendo o mesmo marco penal da indução.⁸⁸⁷

Roxin, finalmente, destaca o fato de que suas objeções/seus argumentos encontram amplo acolhimento doutrinário⁸⁸⁸, bem como indica a solução dos delitos de infração de um dever para o problema da criminalidade empresarial⁸⁸⁹.

Igualmente crítico da aplicação da autoria mediata em aparatos organizados de poder à criminalidade de empresa é Schünemann. Segundo seu entendimento, o fato de o subordinado ter a faculdade de deixar a organização a qualquer tempo advoga contra a aplicação da teoria em uma corporação. Isso, mesmo que se trate de uma organização lícita, mas estruturada sobre um financiamento político-partidário criminoso, por exemplo⁸⁹⁰.

Sintoma disso é que a teoria pressupõe uma superioridade do homem de trás em relação aos homens da frente; um sistema pautado por um exercício de poder semelhante àqueles existentes nos regimes ditatoriais ou nas organizações mafiosas. Com efeito, isso parece se assemelhar ao modelo organizacional anulador, descrito por Sola. Ademais, para Schünemann, a necessidade de um critério como o da desvinculação à ordem jurídica é autoevidente⁸⁹¹.

⁸⁸⁷ “Rotsch evalúa acertadamente esta sentencia como “prueba de la desintegración de las estructuras de la participación tradicionales”, señalando: “Nada queda en ella de la figura jurídica roxiniana del dominio de la organización”. En realidad, se redefine aquí un caso claro de inducción como uno de autoría mediata. La clínica participava en el tráfico jurídico normal, luego no era un “aparato de poder” al margen del Derecho, y los veterinarios empleados eran ellos mismos responsables de sus hechos como autores dolosos. Tampoco eran desde luego, como peones fungibles, reemplazables por otros facultativos que estuvieran dispuestos. Ni existía la necesidad político-criminal para la punición del acusado como autor mediato, siendo el mismo el marco penal de la inducción.” (tradução livre) ROTSCH, Thomas. Comentario a la sentencia del BGH de 3.7.2003. En JR. 2004. P. 245/248. Apud: ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 592.

⁸⁸⁸ “La fundamentación aquí indicada para la exclusión del dominio de la organización en organizaciones que sustancialmente operan en el marco de la ley (empresas, hospitales, entes públicos) ha encontrado amplia acogida en la doctrina. [...] Joecks dice: “Roxin ha apuntado con razón que es premisa del dominio de la organización la circunstancia de que la maquinaria de poder dirigida por el sujeto de detrás, en su conjunto, esté desvinculada de la ley”. Otto señala: “Las empresas non son [...] “maquinarias de poder [...] en las que se haya suprimido la ley del Estado”. Merkel subraya: “A esta forma de autoría mediata le impuso con buenos motivos Roxin, su “descubridor”, la etiqueta “en virtud de maquinarias organizadas de poder”, desarrollándola para supuestos de terror estatal a gran escala”; esta no serviría como “instancia de resolución dogmática de toda diferencia de autoridad entre los intervinientes en un delito”. [...] Bosch resume: “La estimación de autoría mediata queda limitada [...] a Estados totalitarios, bandas de criminales y estructuras mafiosas”. Leemos en Hoyer: “Dada la actuación plenamente responsable del receptor de las órdenes [...] en el ámbito de la economía privada, para el que manda lo único que parece no problemático es la punibilidad como inductor”. Las citas podrían multiplicarse, e indican que la doctrina dominante comparte la interpretación restrictiva, aquí propugnada, de la autoría mediante en virtud de maquinarias de poder organizadas. En un balance sintetizador del debate a lo largo de años, constata Imme Roxin por eso acertadamente: “La autoría mediata en virtud de maquinarias organizadas de poder no es trasladable a la actividad empresarial”.” ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 701/702.

⁸⁸⁹ ROXIN. **Autoría y dominio**. P. 703.

⁸⁹⁰ Observação no mesmo sentido é feita por Beatriz Camargo Corrêa. CAMARGO. Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. P. 389.

⁸⁹¹ SCHÜNEMANN. A figura jurídica do “autor por trás do autor” e o princípio dos níveis do domínio do fato. P. 155.

Raul Cervini e Gabriel Adriasola também apresentam objeções ao domínio por organização na criminalidade empresarial. Os professores descrevem o fato de que um óbice a tal finalidade é a exigência de que a organização esteja necessariamente desvinculada da ordem jurídica. Posteriormente, todavia, noticiam que o professor Kai Ambos já apresentou boas razões para superar este pressuposto⁸⁹², no que se remete ao tópico 3.3.

Não obstante, os professores pontuam que o real óbice é a dificuldade de constituir uma engrenagem fungível do crime numa organização substancialmente lícita. É dizer, neste grupo de casos, os membros da sociedade empresarial não podem estar nem em erro, nem sob coação, senão devem praticar o delito de forma plenamente responsável, ainda que exista uma pressão organizacional pela prática do ilícito. Mas, para Cervini e Adriasola, esse último elemento revela uma organização *per se* criminosa⁸⁹³.

Consequência disso é que os professores entendem ser possível a aplicação do domínio por organização só àquela parte do “direito penal empresarial” em que as sociedades empresariais são no final das contas organizações criminosas disfarçadas (empresa ilícita ou de fachada), bem como naquelas cuja estrutura lícita se torna o instrumento de uma organização criminosa⁸⁹⁴.

Diante disso, o critério distintivo parece ser, de fato, a finalidade do ato organizacional, o que deve ser entendido como expressão de um conjunto de pessoas se reunirem para colocar em ação um determinado plano para alcançar um interesse em comum, o qual pode ser lícito, como o empresarial, ou criminoso, como um escritório especializado na lavagem de capitais. De toda forma, diga-se claramente, se a atividade empresarial da sociedade for só uma dissimulação da criminosa, então, para os fins do domínio por organização, divorciada do direito ela está.

A posição de Cervini e Adriasola parece ser semelhante à de Ambos, para quem se as “atitudes criminais” são majoritárias, substancialmente, a sociedade empresarial já se tratará de uma organização criminosa. Não obstante, alerta o professor alemão que isso não é suficiente para a aplicação da teoria. Senão necessário se faz que todos os requisitos sejam cumpridos, a saber, a estrutura de uma organização estrita e a possibilidade de fungibilidade dos membros⁸⁹⁵.

⁸⁹² CERVINI. ADRIASOLA. **El derecho penal de la empresa**. P. 121/122.

⁸⁹³ CERVINI. ADRIASOLA. **El derecho penal de la empresa**. P. 142/143.

⁸⁹⁴ CERVINI. ADRIASOLA. **El derecho penal de la empresa**. P. 140/141.

⁸⁹⁵ AMBOS. Kai. Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Trad. M. Cancio Melia, en **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**. Núm. 9 A. Año V. Ad-hoc, Buenos Aires, 1999. P. 392/401. Apud: FORNARI, Ignacio Carlos. ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? In: RUBINSKA, Ramiro M.; SCHURJIN ALMENAR, Daniel (Coords.). **Derecho penal económico**. Tomo I. Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Marcial Pons. 2010. P. 732.

Muñoz Conde, na mesma linha, assinala que mesmo que se dispense o critério do divórcio ao direito e que as sociedades empresariais constituam significativos aparatos de poder não resta correta a aplicação do domínio por organização à criminalidade de empresa. Isso porque de modo algum se configuraria o domínio do fato em virtude da organização, sobretudo, considerando que no âmbito empresarial amiúde só se atua se o agente ostentar conhecimentos específicos, o que prejudicaria deveras a realização do critério da fungibilidade⁸⁹⁶. Finalmente, além de tudo isto, o argentino Poggeto indica que a dificuldade de se aplicar o domínio por organização na criminalidade empresarial é a ausência da automaticidade essencialmente criminosa no funcionamento do aparato⁸⁹⁷.

4.4.2. Argumentos favoráveis à aplicação

Na contramão da posição majoritária, Roland Hefendehl defende a aplicação do domínio por organização nas sociedades empresariais. De fato, assim o professor de Dresden o faz porque confere um enfoque maior em premissas distintas daquelas seguidas pelo mestre (Roxin) de seu mestre (Schünemann)⁸⁹⁸.

Relembre-se que Hefendehl vê o domínio por organização como um complemento necessário a hipóteses tradicionais de autoria mediata⁸⁹⁹ ou melhor: um terceiro caminho que se aproveita da bifurcação entre erro e coação moral irresistível.

Segundo a posição defendida por ele, em última instância, a autoria mediata em aparatos organizados de poder reflete uma situação na qual o homem da frente transita entre as hipóteses de erro e coação moral, sem que elas estejam presentes, contudo. Dito de outro modo, o executor em um momento estará muito próximo de estar em erro e em outro perto da coação moral irresistível. Apesar disso, sua autonomia não estará viciada por nenhuma delas.

A justificativa para tudo isso desenvolve-se, todavia, nos campos da criminologia e da psicologia social. Similar ao exposto no tópico 3.7.2, Hefendehl argumenta que, no âmbito empresarial, os funcionários, mais especialmente os de nível hierárquico mais inferior, amiúde

⁸⁹⁶ MUÑOZ CONDE. 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 organizada y empresarial? En E. A. Donna. (dir.) **Garantías constitucionales y nulidades procesales**. II. Rubinzal Culzoni Editores. P. 785. Apud: FORNARI. ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 732/733.

⁸⁹⁷ POGGETO. **La autoria penal en los delitos cometidos a través de organizaciones jerarquizadas**. Ad-hoc. Buenos Aires. 2004. P.116/118. Apud: FORNARI, Ignacio Carlos ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 733.

⁸⁹⁸ HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. P. 43/56.

⁸⁹⁹ HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. P. 56.

estão expostos a uma coação, uma pressão social que os tornam menos resistentes a prática de ilícitos penais, bem como também estão sujeitos a técnicas de neutralização moral⁹⁰⁰.

De modo mais pormenorizado, a posição do agente na organização pode o tornar vulnerável aos estímulos criminosos oriundos do próprio ambiente corporativo. Sobretudo, de seus superiores, em um nível vertical. Embora também de seus iguais, em um nível horizontal. Soma-se a isso as ambições e os receios individuais, os quais são potentes instrumentos que permeiam a ponderação entre as possibilidades de sucesso (ascender no âmbito empresarial) ou fracasso (ser dispensado e ter que arcar com as dificuldades financeiras tão comuns no mundo contemporâneo).

Com efeito, esta lógica evidentemente muito se parece com o que a dogmática penal denomina de coação moral irresistível. Principalmente, se se considerar a circunstância de que o “sucesso” profissional está aparentemente condicionado à realização de condutas criminosas. Apesar disso, não há sequer confusão entre as duas situações tendo em vista que nos casos de coação moral irresistível estão ausentes as condições de resistência juridicamente garantidas e relevantes.

Ademais, complementar à coação corporativa sofrida pelo subordinado, Hefendehl destaca os persuasivos mecanismos de neutralização moral, os quais embora não levem o homem da frente ao erro, sem dúvidas o deixam muito próximo.

O ponto distintivo entre um e outro é que na neutralização moral o executor obedece à ordem, mas não porque foi enganado, senão porque sua capacidade de julgar a licitude do ato foi encoberta, suspensa ou neutralizada por artifícios meramente linguísticos. Apesar disso, as técnicas de neutralização moral não suprimem uma parte do contexto fático ou normativo do homem da frente, como parece ser elemento constitutivo do erro, o que é motivo mais do que suficiente para evitar qualquer confusão entre as duas noções.

Em síntese, diante de tudo isto, Hefendehl defende a aplicação do domínio por organização nas sociedades empresariais porque entende que os subordinados amiúde obedecem a ordens ilícitas à medida que estão imersos a um ambiente corporativo que os expõe a situações nas quais, por um motivo ou por outro, agir de modo contrário não parecia ser uma boa opção. É dizer, Hefendehl entende ser possível aplicar a teoria nos casos em que a organização tenha uma cultura corporativa que incita a prática delitiva⁹⁰¹.

Não obstante, Greco e Assis pontuam que o argumento de Hefendehl padece de um dilema lógico. Se a cultura corporativa é não só facilitadora, mas também estimuladora da

⁹⁰⁰ HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica.

⁹⁰¹ HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica.

prática de delitos, muito provavelmente há uma organização criminosa. Caso contrário, se não existir tal ambiente organizacional, ou ainda que ele seja só um pouco inclinado a prática delitiva, não seria possível afirmar a fungibilidade. Os funcionários não cumpririam o comando ilícito de forma praticamente automática, assim como requer a dogmática da autoria mediata pelo domínio por organização⁹⁰².

Mas, uma das maiores diferenças entre a proposta de Hefendehl e a de Roxin é que os dois partem justamente de distintas noções de fungibilidade. Roxin parece pressupor uma fungibilidade imediata “aqui e agora”, hábil para conduzir a produção regular de resultados típicos. Hefendehl parece se filiar à noção de fungibilidade sucessiva, conquanto não use necessariamente tal nomenclatura.

Veja bem, para Hefendehl a fungibilidade é um sintoma da configuração pós-moderna do Estado, da sociedade e também do mercado. Para ilustrar seu argumento, o professor expõe que trabalhos industriais e manufactureiros diminuem gradualmente, enquanto para outros serviços não faltam profissionais interessados, ainda que necessite de alguma especialização. Então, por mais complexa que seja a demanda, a fungibilidade é uma realidade inescapável⁹⁰³.

Por exemplo, quem pode se considerar insubstituível na vida profissional hoje? Temos a boa esperança de poder desenvolver certas habilidades e experiências especiais em nosso trabalho, mas isso não deve, como regra geral, se deixar levar pela ilusão de que somos insubstituíveis. Poucos podem, com razão, se considerar portadores de tais características, talvez se possa pensar em um médico que tem "mãos de ouro". Claro que um professor pode afirmar que sua forma de ensinar é única, mas também pode acontecer que o mercado não exija essa particularidade. Os alunos querem estar preparados para o exame final. Se o professor A estiver ausente, o professor B pode assumir a tarefa, embora possa não ser tão agradável para alguns dos alunos. Isso pode ser frustrante ou reconfortante, mas sem nós quase todas as instituições podem continuar a funcionar⁹⁰⁴.

Finalmente, diante dessas razões, Hefendehl conclui que o critério da fungibilidade não é um problema para a aplicação do domínio por organização no âmbito empresarial. Aliás, o

⁹⁰² GRECO, Luís. ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís (org.). **Autoria como domínio do fato**. P. 104.

⁹⁰³ HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. P. 48.

⁹⁰⁴ “Por ejemplo, ¿quién puede considerarse así mismo hoy día irremplazable en la vida laboral? Tenemos la buena esperanza de que podemos desarrollar ciertas destrezas y experiencias especiales en nuestro trabajo, pero ello no nos debiera, por regla general, dejarnos llevar por la ilusión que somos irremplazables. Sólo muy pocos pueden con derecho considerarse portadores de tales características, quizás pueda pensarse en un médico que tiene “manos de oro”. Desde luego, un profesor puede tener la pretensión de que su manera de dar clases sea única, pero puede suceder también que el mercado no exija dicha particularidad. Los estudiantes quieren ser preparados para su examen final. Si el profesor A faltase, el profesor B puede asumir dicha tarea, aun cuando no pueda resultar tan simpático para una parte de los estudiantes. Esto puede resultar frustrante o también tranquilizador, pero sin nosotros puede seguir funcionando prácticamente cualquier institución” (tradução livre). HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. P. 48.

professor entende ser imprescindível o requisito do aparato de poder organizado hierarquicamente; negando, por consequência, sua aplicação a empresas pequenas e extremamente especializadas⁹⁰⁵.

Em solo argentino, Ignacio Fornari⁹⁰⁶ também defende a aplicação do domínio por organização à criminalidade de empresa. O professor entende que uma das características da criminalidade empresarial é justamente a existência de uma confusão entre as atividades lícitas e ilícitas, razão pela qual entende ser supérflua e ingênua a restrição de Roxin de aplicar a teoria nas organizações empresariais⁹⁰⁷.

Tal fundamentação, somada aos conhecidos argumentos de Ambos, é suficiente para que Fornari dispense a exigência de que a organização esteja apartada da ordem jurídica. Consequência disso é que entende ser suficiente a existência de uma estrutura hierárquica rigorosa que funcione de forma automática e a fungibilidade dos executores materiais⁹⁰⁸.

Em relação ao critério da fungibilidade, Fornari parece defender um modelo semelhante ao defendido nesta investigação, isto é, o argentino requer uma quantidade considerável de empregados substituíveis nas situações de recusa de cumprimento da ordem ilícita⁹⁰⁹.

Não obstante, Fornari entende que a fungibilidade nas sociedades empresariais é formada de modo distinto do que nas organizações militares. O ponto é que enquanto nas últimas está em jogo uma forte questão disciplinar e hierárquica; nas primeiras são outros fatores e valores em campo. O elemento financeiro faz total diferença à medida que as empresas podem favorecer os indivíduos obedientes com promoções, aumentos de salários, bônus, viagens, etc. Assim como podem punir, direta e indiretamente, os insubmissos⁹¹⁰.

Em última instância, pontua Fornari, as organizações empresariais podem, inclusive, dispensar todos os colaboradores que não têm o “perfil” requisitado e contratar um novo grupo,

⁹⁰⁵ HEFENDEHL. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. P. 49.

⁹⁰⁶ FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 709/766. In: RUBINSKA, Ramiro M.; SCHURJIN ALMENAR, Daniel (Coords.). **Derecho penal económico**. Tomo I. Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2010.

⁹⁰⁷ FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 742 e 747.

⁹⁰⁸ FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 742/743.

⁹⁰⁹ FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 746.

⁹¹⁰ FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 746.

cuja probabilidade de obediência aos comandos ilícitos seja muito maior. Enfim, são inúmeras as ferramentas que podem ser utilizadas para produzir o elemento fungibilidade⁹¹¹.

Ademais, para comprovar a correção de sua tese, Fornari cita as lições de Schünemann, nas quais o discípulo de Roxin leciona que o poder de direção da empresa se sustenta na estrutura hierárquica, na distribuição de trabalho (do que entende desmembrar ainda mais nos polos inferiores, tornando-se um poderoso elemento da fungibilidade), na existência e na formação de um código de conduta e no poder de mando sobre os meios de produção⁹¹².

Além disso, também menciona o entendimento de Schild, segundo o qual embora as sociedades empresariais não sejam, no todo, comparáveis com as estruturas militares, sobretudo pela menor rigidez disciplinar, não se poderia fechar os olhos ao fato “autoevidente” de que as grandes corporações também conseguem funcionar de forma previsível e automatizada⁹¹³.

O professor argentino não esquece também o fato de que as grandes empresas, ao se converterem em influentes atores econômicos, podem ser consideradas verdadeiros aparatos organizados de poder⁹¹⁴.

Os argumentos do professor são ilustrados com o caso das administradoras de fundos de aposentadoria e pensões (AFJP). Relata-se que devido a comissão paga aos promotores da AFJP, eles tornaram inúmeras pessoas afiliadas à organização, embora elas não tenham consentido com a inscrição, razão pela qual restou configurado o delito previsto no artigo 135 da Lei 24.241, que tutelava a livre afiliação dos trabalhadores a AFJP⁹¹⁵.

Em breve digressão, Fornari relata que os responsáveis pelo diretório nacional decidiram angariar a maior quantidade possível de afiliados, seja com o consentimento ou não do trabalhador. Nesse sentido os diretores responsáveis pelas filiais foram orientados e transmitiram as diretivas aos promotores. Tudo isso sempre ressaltando o fato de que quanto

⁹¹¹ FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 746.

⁹¹² SCHUNEMANN. Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. En **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal**. P. 131/132. Apud: FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 744.

⁹¹³ SCHILD. **Täterschaft als Tateherrschaft**. 1994. P. 22/23. Apud: FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 745.

⁹¹⁴ FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 745.

⁹¹⁵ FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 751.

maior o número de afiliados mais vantagens econômicas os agentes iriam auferir, o que seria um reflexo do poder financeiro que a AFJP ostentaria⁹¹⁶.

Ademais, em razão do alto número de promotores, se algum se recusasse a seguir as orientações logo era substituído por um disposto⁹¹⁷. Diante disto, o professor argentino conclui que

A empresa funcionava de forma automática e os membros do diretório mantiveram o domínio dos fatos, já que podiam assegurar-se do cumprimento do plano delitivo, ao conceber como meros instrumentos intercambiáveis os promotores, sem prejuízo que estes também eram penalmente responsáveis. Do mesmo modo, corresponde considerar aos chefes das filiais que transmitiram as diretivas aos promotores que tinham a seu encargo, sobretudo quando – segundo o exemplo – eles também se beneficiaram economicamente pela maior quantidade de afiliações conseguidas e isso servia para auferir melhor posição diante de seus superiores⁹¹⁸.

Ademais, Silva Sánchez parece entender ser aplicável o domínio por organização à criminalidade de empresa. Seu argumento é que nesse grupo de casos há uma estrutura organizada de forma vertical e horizontal. Apesar disso amiúde só os executores imediatos são penalmente responsabilizados, o que afirma ser uma questão insatisfatória a finalidades político-criminais. Sobretudo quando resta comprovado que os indivíduos realmente responsáveis pela produção do resultado típico são agentes situados nas posições hierárquicas superiores da organização, os quais tinham em suas mãos agentes fungíveis. Diante disto, embora assinala que a estrutura dos delitos omissivos seja mais adequada à criminalidade de empresa, o professor espanhol entende ser possível aplicar também a figura do “autor por trás do autor”, ou seja, o domínio por organização. Principalmente, considerando que a teoria é não só adequada às necessidades político-criminais como também é compatível com o marco ontológico⁹¹⁹.

⁹¹⁶ FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 752.

⁹¹⁷ FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 752.

⁹¹⁸ “Dicha circunstancia demuestra que la empresa funcionaba en forma automática y que los miembros del directorio mantenían el dominio de los hechos, ya que podían asegurarse del cumplimiento del plan delictivo, al concebir como meros instrumentos intercambiables a los promotores, sin perjuicio que éstos también eran penalmente responsables. Del mismo modo, corresponde considerar a los jefes de sucursal que transmitieron las directivas a los promotores que tenían a su cargo, máxime cuando – según el ejemplo – ellos también se favorecían económicamente por la mayor cantidad de afiliaciones conseguidas y les servía para situarse mejor ante sus superiores.” FORNARI ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 752.

⁹¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español. **Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin**. J.M. Bosch Editor, Barcelona. 1995. P. 369/370. Apud: FORNARI. ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? P. 735.

Por fim, Ransiek entende ser possível aplicar a teoria do domínio por organização na criminalidade empresarial, desde que se afaste o critério da fungibilidade. Segundo seu entendimento, o relevante é que o subordinado obedeça à ordem ilícita no interesse da organização e porque a integra⁹²⁰.

4.5 Alternativas à solução do domínio por organização

Após considerar que o domínio por organização não é compatível com a criminalidade empresarial diversos autores desenvolveram e ofertaram uma solução a este grupo de casos. De fato, algumas dessas propostas se assemelham sobremaneira com a própria teoria desenvolvida por Roxin; outras já parecem partir do rechaço praticamente integral à noção de domínio do fato.

A primeira alternativa é a desenvolvida por Schild, quem desenvolve seu próprio modelo a partir das críticas ao desenvolvimento de Roxin, embora tenha mantido intocáveis os pressupostos da fungibilidade e do poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente. O diferencial, no entanto, é que o professor não só rechaçou a exigência de que a organização deveria estar apartada da ordem jurídica como também entendeu ser imprescindível um “domínio social” (*sozialen Herrschaft (Macht)*)⁹²¹.

O domínio social nada mais é do que ostentar uma posição de poder dentro da organização. Observe-se que, para Schild, o determinante para a configuração da autoria mediata não era a fungibilidade ou a produção regular de resultados típicos, tampouco a posição jurídica do agente, senão o poder fundado na configuração social da organização. É dizer, para ele autor mediato é quem substancialmente dá a última palavra, independentemente da configuração do organograma do aparato⁹²².

Com efeito, efetuadas tais mudanças na concepção de Roxin, Schild propõe aplicar seu modelo aos aparatos sociais v.g fabricas e sociedades empresariais, desde que funcionem de maneira automatizada e previsível⁹²³.

⁹²⁰ RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*. P. 46. Apud: GRECO, Luís. ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís (org.). *Autoria como domínio do fato*. P. 104.

⁹²¹ SCHILD. *Täterschaft als Tatherrschaft*. P. 22. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 189.

⁹²² SCHILD. *Täterschaft als Tatherrschaft*. P. 22. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 189.

⁹²³ SCHILD, W. *Täterschaft als Tatherrschaft*. P. 22. Apud: IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. P. 190.

É verdade que uma proposta ainda mais audaciosa pode ser encontrada no texto do professor brasileiro Humberto Souza Santos⁹²⁴ - quem, inclusive, em outra oportunidade se dedicou ao interessante tema da coautoria culposa⁹²⁵. Não obstante, interessa aqui o que se convencionou denominar de autoria mediata por meio da dependência estrutural econômica-profissional no âmbito das organizações empresariais.

Souza Santos afirma ser um equívoco de alguma parcela da doutrina a insistência em tentar aproveitar os requisitos do domínio por organização no contexto empresarial. Um dos pontos é que o modelo de Roxin foi desenvolvido para atuar nas organizações hierárquicas desvinculadas do direito, como os Estados totalitários, as organizações terroristas ou mafiosas, mas não nas organizações empresariais⁹²⁶.

O decisivo para afirmar a correção de tal premissa é a intuição de que não é plausível “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”⁹²⁷, senão só poderia estar presente se fosse consequência das relações estabelecidas na estrutura empresarial, da qual é marcante a natureza econômica-profissional⁹²⁸.

Posteriormente, o professor Souza Santos, lembrando em muito alguns dos melhores argumentos de Hefendehl, esclarece que em uma sociedade capitalista amiúde os funcionários de menor especialização e hierarquia dependem da existência e do sucesso econômico da sociedade empresarial de que são empregados para obter condições mínimas de sustento. Em seguida, Souza Santos pondera que embora o nível de dependência seja variável de uma pessoa a outra, não seria equivocado assinalar que quanto mais dependente seja o subordinado maior é a pressão psíquica para que ele obedeça às ordens superiores e eventualmente produza um resultado típico. Como mencionado anteriormente, tal situação seria muito próxima à coação moral irresistível, mas não necessariamente a configuraria pois não restariam preenchidos seus pressupostos⁹²⁹, o que em alguma medida deixaria uma lacuna dogmática a ser resolvida exclusivamente no âmbito empresarial.

É dizer, o instituto da instigação parece não explicar o fenômeno em toda sua reprovabilidade; o domínio por organização de Roxin não seria aplicável pelos motivos

⁹²⁴ SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista brasileira de Ciências Criminais*. RBCCRIM Vol. 117 (novembro- dezembro). 2015.

⁹²⁵ SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. Barueri: Manole. 2004.

⁹²⁶ SANTOS, Autoria mediata por meio de dependência estrutural.

⁹²⁷ SANTOS, Autoria mediata por meio de dependência estrutural.

⁹²⁸ SANTOS, Autoria mediata por meio de dependência estrutural.

⁹²⁹ SANTOS. Autoria mediata por meio de dependência estrutural.

expostos; também não há erro ou coação. Então, como se classificaria o aporte ao resultado típico do homem de trás no especial contexto empresarial?

A solução descrita por Souza Santos é justamente a autoria mediata por meio da dependência estrutural econômica-profissional no âmbito das organizações empresariais. Afinal, conforme o professor, ela confere o domínio do fato ao homem de trás e instrumentaliza o homem da frente, sem que o torne um inimputável⁹³⁰. Entretanto, tal espécie só existe “diante da ocorrência, em conjunto, de três requisitos essenciais, representados *ex ante* tanto pelo autor mediato quanto pelo autor imediato”⁹³¹, a saber, *a perda da função pode causar relevante prejuízo econômico e profissional ao homem da frente, o homem da frente dificilmente será absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização econômico-profissional e, por fim, o desligamento do homem da frente é incapaz de ocasionar relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização econômico-profissional*⁹³².

Finalmente, diferentemente de seus anteriores, Bernardo Feijoo Sanchez parece dispensar por completo a noção de domínio do fato, senão segue uma linha muito próxima do normativismo desenvolvido pelo catedrático de Bonn, Günther Jakobs.

Feijoo Sanchez relata que após Schünemann, em 1979, iniciar uma série de estudos mais aprofundados sobre a criminalidade econômica e empresarial, uma parcela da doutrina tentou aplicar o domínio por organização também nesse grupo de casos. A razão foi, sobretudo, os entraves políticos-criminais que a problemática enfrenta⁹³³.

Ademais, o catedrático de Madrid assinala que embora não raramente exista uma ordem hierárquica nas sociedades empresariais, não se pode dizer que ela se compara àquelas de natureza militar, paramilitar e criminosas. É dizer, uma empresa não é desenvolvida como uma pirâmide estritamente hierarquizada, cuja cúpula “domina” boa parte das ações⁹³⁴. Diante disso, pontua que:

Na doutrina alemã nota-se cada vez mais uma clara tendência para separar o tratamento paralelo que era dado tradicionalmente aos problemas relativos à responsabilidade individual no quadro de organizações empresariais e à criminalidade de Estado ou coberta pelo Estado, sob influência dos conhecimentos fornecidos pelas ciências sociais relativas à organização. De forma muito representativa, Schünemann, seguindo as contribuições de autores como Heine, Rotsch ou Bosch, considera que “esta ideia de uma direção absoluta por uma ou mais pessoas onipotentes na empresa que estão no topo da hierarquia (...) não é realista relativamente a sistemas erigidos e dominados por seres humanos, e, em particular, relativamente à complexidade da

⁹³⁰ SANTOS. Autoria mediata por meio de dependência estrutural.

⁹³¹ SANTOS. Autoria mediata por meio de dependência estrutural

⁹³² SANTOS. Autoria mediata por meio de dependência estrutural.

⁹³³ FEIJOO SANCHEZ. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. P. 32.

⁹³⁴ FEIJOO SANCHEZ. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. P. 33/34.

*grande empresa moderna, porque a divisão do trabalho conduz a uma diferenciação funcional e a uma descentralização dos processos de ação e de decisão através das quais o poder de domínio inicial dos órgãos dirigentes se transforma num 'poder de intermediação' e em vez de domínio da ação existe uma função de coordenação, o que, juntamente com a descentralização simultânea do conhecimento, pode até conduzir, como resultado final, a uma 'irresponsabilidade penal organizada'*⁹³⁵ (grifos originais).

Ademais, diante do crescente processo de descentralização de decisões e delegação de funções e deveres, Feijoo Sanchez assinala que a inidoneidade do domínio por organização para solucionar os problemas da criminalidade empresarial fica mais evidente à medida que aumenta a complexidade organizacional⁹³⁶.

Em última análise, o que Feijoo Sanchez quer dizer é que a cúpula das sociedades empresariais não tem domínio de quase nada do que efetivamente ocorre nos níveis intermediário e inferior, senão sua atuação é menos concreta, mais administrativa e estratégica⁹³⁷.

Sem dúvida parece correto afirmar que este é um dos motivos pelos quais o professor de Madrid entende ser impraticável a noção de domínio do fato por meio da organização na criminalidade de empresa. Apesar disso, Feijoo Sanchez vê com bons olhos a valoração das organizações como realidade social, especialmente, as de natureza empresarial, diante de seu protagonismo na configuração da sociedade contemporânea.

Como consequência dessa posição ele descarta soluções baseadas em uma lógica individualista, como o recurso aos delitos de violação de um dever, por exemplo⁹³⁸. Afinal, “pretender compreender normativamente as condutas dos que trabalham numa empresa de um prisma exclusivamente individual representa uma cegueira face à realidade”⁹³⁹. Sobretudo, se se considera que o resultado típico produzido pelo agente individual é decorrência de um agir coletivo, o qual, portanto, deve ser redirecionado à própria sociedade empresarial⁹⁴⁰.

De fato, é nesta linha que segue a proposta de Feijoo Sanchez. O professor entende que em primeiro lugar deve se investigar se o crime é objetivamente imputável à sociedade empresarial. Na prática, isso ocorre quando a empresa não atuou dentro dos limites do risco

⁹³⁵ SCHÜNEMANN. ADP. 2002 P. 16. Apud: FEIJOO SANCHEZ. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. P. 34.

⁹³⁶ FEIJOO SANCHEZ. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. P. 35.

⁹³⁷ “teóricos do *management* e das organizações concluíram há já algum tempo que quanto maior se torna a organização, menor é o controle exercido pelos que se encontram em posições de topo sobre os *outputs* daquela.” Além disso, “a responsabilidade dos membros do governo da empresa tem mais a ver com a administração e o consequente controle dos riscos inerentes ao trabalho coletivo e à repartição de funções”. FEIJOO SANCHEZ. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. P. 35.

⁹³⁸ FEIJOO SANCHEZ. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. P. 36.

⁹³⁹ FEIJOO SANCHEZ. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. P. 36.

⁹⁴⁰ FEIJOO SANCHEZ. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. P. 36.

permitido, ou seja, no âmbito das condutas admitidas pelo direito penal. Igualmente relevante é avaliar se o resultado típico não foi produzido em razão de uma conduta defeituosa da própria pessoa lesada. Além disso, Feijoo Sanchez também ressalva que, salvo casos excepcionais, por maior que seja o contato e a vinculação contratual, as empresas não são garantes umas das outras⁹⁴¹. Deste modo, “é irrelevante que se saiba que a outra empresa defrauda a Fazenda Pública, comete infrações contra o meio ambiente ou não respeita as normas de segurança no trabalho.”⁹⁴²

Em um segundo momento, após a consideração concreta que o fato é imputável à sociedade empresarial, o professor de Madrid indica ser necessário verificar, no âmbito organizacional, quais são os indivíduos competentes pelo fato, seja na condição de autoria ou participação. A proposta nesse momento é no sentido de identificar os agentes responsáveis pelo departamento em razão do qual o resultado típico foi produzido. Isso porque a lesão ao bem jurídico partiu da esfera de competência justamente deles. Então, a título de exemplo, os indivíduos que integram a linha de produção de um determinado bem de consumo nenhuma competência têm sobre a publicidade enganosa que dele se faz, senão só sobre os procedimentos e padrões de segurança que recaem em sua produção; assim como os publicitários nenhuma competência têm sobre o processo produtivo⁹⁴³.

Finalmente, a função do último passo é analisar quem, entre os competentes, frustrou a expectativa normativa. Nesse ponto, Feijoo Sanchez observa que a situação se torna especialmente nebulosa se há uma pluralidades de agentes compartilhando os deveres de garante. *A solução indicada para arrefecer este problema e elidir eventual responsabilidade penal é constatar o cumprimento das obrigações normativas por parte do indivíduo.* Ademais, o conteúdo dos deveres de cada um pode ser mais bem delimitado com auxílio do que se convencionou denominar de princípio da confiança⁹⁴⁴.

4.6 Tomada de posição

Naturalmente, a tomada de posição deve responder a indagação que motivou a presente pesquisa, isto é, há alguma possibilidade de aplicar a autoria mediata pelo domínio por organização na criminalidade empresarial?

⁹⁴¹ FEIJOO SANCHEZ. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. P. 36/39.

⁹⁴² FEIJOO SANCHEZ. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. P. 38.

⁹⁴³ FEIJOO SANCHEZ. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. P. 36 e 39/41.

⁹⁴⁴ FEIJOO SANCHEZ. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. P. 36 e 41/43. Sobre o princípio da confiança, ver para aprofundamento: SIQUEIRA, Flávia. O princípio da confiança no Direito Penal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

Não obstante, um desafio preliminar se coloca antes da resposta. É dizer, para que se possa fornecer uma fundamentação dogmática integral, ou seja, que considere a questão de forma mais ampla o possível, necessário é que se defina e delimite a extensão do fenômeno da criminalidade de empresa.

Igualmente relevante é a necessidade de se estabelecer um critério objetivo e empiricamente verificável, ainda que negativo, que possibilite diferenciar a criminalidade empresarial da organizada. A importância disto é incontestável considerando, em conformidade com o caminho aberto por Estellita e Greco, que o amplo conceito de organização criminosa abarca facilmente uma sociedade empresarial que eventualmente produza resultados típicos. Principalmente, quando se direciona às atenções exclusivamente aos elementos e recursos estruturais, pessoais e operacionais (a existência de uma hierarquia, uma cadeia de comando, divisão de funções e tarefas, etc.) em detrimento das questões empíricas (a cultura organizacional).

Fundamental, nesse ponto, talvez seja a contribuição dogmática do professor Sola, especificamente, no que se refere a diferenciação entre as cinco estruturas organizacionais, cujo critério distintivo é, sobretudo, como o aparato influencia o comportamento de seus colaboradores.

Nesta lógica, rememore-se o fato de que quanto mais próxima a organização estiver do modelo preventivo menor é a probabilidade de produção de um resultado típico. Mas, quanto mais próxima do outro extremo, a estrutura anuladora, maiores são as chances de lesão ao bem jurídico.

De toda sorte, considerando a correção do conceito de Bernd Schunemann - segundo o qual a criminalidade de empresa configura-se quando os delitos praticados são decorrentes da própria atividade da organização e em seu benefício -, então parece correto concluir que todas essas estruturas, por mais eficientes e atuantes que sejam os programas de integridade e os mecanismos de prevenção de delitos, podem *eventualmente* produzir um resultado típico, cuja natureza seja evidentemente empresarial.

Apesar desta aparente situação equivalente, não se pode esquecer que a estrutura anuladora e a facilitadora, em diferentes medidas, ostentam uma autêntica “tendência objetiva” para a prática delitiva. Nelas há um desvalor a mais em razão do qual torna-se razoável tratá-las não nos quadros da criminalidade empresarial, senão da própria criminalidade organizada. *A valoração se confirma, sobretudo, quando essa tendência objetiva for concretizada por uma produção regular de resultados típicos muito próxima do automatismo.*

A partir do momento em que se tem ciência desse elemento diferenciador, a fronteira conceitual entre a criminalidade empresarial e a organizada torna-se mais clara e menos nebulosa. É dizer, se uma pessoa jurídica começar a produzir resultados típicos de forma não só contumaz, senão praticamente automática, ainda que decorrentes de sua atividade empresarial e em seu benefício, ultrapassa os limites da criminalidade empresarial e se configura como uma organização criminosa.

Há de se observar que a superação dessa questão preliminar repercute deveras na resposta a indagação fundamental da investigação. Se é verdade que a *produção regular de resultados típicos muito próxima do automatismo* é um elemento hábil para indicar que a sociedade empresarial, apesar do cumprimento de pressupostos legais de natureza civil e administrativa, substancialmente não é mais do que uma organização criminosa, *então é forçoso reconhecer que não é possível aplicar a teoria do domínio por organização na criminalidade empresarial*.

O argumento é simples. Há uma interseção entre a autoria mediata em aparatos organizados de poder e a criminalidade organizada, tanto uma como a outra pressupõem uma atuação criminosa praticamente automatizada. Se esse elemento não estiver presente, ao menos potencialmente, não é possível dizer que a organização seja *per se* criminosa, assim como torna-se inviável afirmar a fungibilidade inerente ao domínio por organização.

Com efeito, em última instância, parecem ser nesse sentido os posicionamentos dos professores Kai Ambos, Raul Cervini, Gabriel Adriasola, Luís Greco, Augusto Assis, Poggeto e também de Pérez Cepeda. Aliás, o único ponto de divergência com o professor argentino Fornari é que o que ele considera sociedades empresariais aptas para o domínio por organização, aqui se valora já como uma organização criminosa, conquanto de natureza empresarial.

De outro lado, não obstante, há de se observar que embora os resultados aqui alcançados sejam semelhantes aos de Roxin, no sentido de se negar a aplicação da autoria mediata pelo domínio por organização na criminalidade empresarial, as razões diferem, ainda que de forma bem sutil.

Relembre-se que, segundo Roxin, o óbice é justamente o fato de que em uma organização vinculada ao direito o subordinado dificilmente obedecerá a uma ordem ilícita. De toda forma, na remota hipótese em que se obedeça estará configurado, no máximo, uma instigação/indução. Sobretudo, porque não se terá preenchido os demais requisitos do domínio por organização.

É verdade que a objeção de Roxin, à rigor, não é errada, mas parece ser incompleta ou, melhor, focada em uma questão secundária. O ponto é que, como visto anteriormente, o elemento responsável por conferir o domínio do fato ao homem de trás não é o fato de a organização estar ou não em conformidade com a ordem jurídica. *Senão, conforme as palavras do próprio Roxin, é a dupla perspectiva que vai impulsionar o homem de trás até o centro do acontecer típico.* Com efeito, isso só ocorre na medida em que o superior enxerga o homem da frente como uma mera peça anônima e fungível na engrenagem criminosa, o que só é ontologicamente possível se a organização produzir resultados típicos de forma praticamente automática.

Aliás, as objeções de Schunemann também direcionam as atenções em questões não relacionadas ao efetivo domínio do fato do homem de trás. A razão disso talvez seja o fato de que ele segue a linha de Roxin no que se refere ao requisito de uma organização desvinculada do direito, na qual ainda parece pressupor uma estrutura totalmente anuladora, onde o homem da frente não tenha sequer a possibilidade de deixar o grupo. Este posicionamento é paradoxal considerando que se o homem da frente pode até se recusar a cumprir a ordem, por qual motivo não poderia deixar o grupo criminoso? Ademais, tamanha limitação à conduta do executor poderia facilmente ser interpretada como uma coação moral irresistível e, assim, torna dispensável o critério da organização.

A objeção de Muñoz Conde também não toca no ponto crucial. Assim como registrado no tópico 3.7.3.2, se é verdade que na criminalidade empresarial cada vez mais só há profissionais altamente especializados, então não haveria muita diferença de um agente para o outro. Isso quer dizer que todos seriam *teoricamente* substituíveis/fungíveis.

Por outro lado, as tentativas doutrinárias de fundamentar o domínio por organização na criminalidade empresarial também não parecem estarem amparadas pelas melhores razões.

Muito embora sejam louváveis os posicionamentos vanguardistas de Roland Hefendehl, seja ao indicar o domínio por organização como um complemento necessário às hipóteses tradicionais de autoria mediata ou por trazer para a problemática as contribuições da criminologia e da psicologia social, sua proposta não parece ser hábil para fundamentar a autoria mediata do homem de trás.

Nesse sentido, é verdade que o domínio por organização pressupõe um ambiente que incite a prática criminosa. Mas, como bem objetado por Luis Greco e Assis, se essa tendência criminosa é tão forte a ponto de que os subordinados sejam fungíveis na produção de resultados típicos, então, na verdade, já se trata de uma organização criminosa.

Entretanto, o equívoco maior de Hefendehl consiste justamente no fato de que, para justificar sua posição, contorna a noção de fungibilidade instantânea para defender um modelo semelhante a denominada fungibilidade sucessiva, cuja insuficiência dogmática para fundamentar uma autoria mediata já foi demonstrada no tópico 3.4. Ademais, igual deficiência dogmática encontra-se no modelo proposto por Ransiek, quem rechaça o critério da fungibilidade.

É verdade que a mesma objeção pode ser feita também ao domínio social, desenvolvido por Schild, e a autoria mediata por meio da dependência estrutural econômica-profissional no âmbito das organizações empresariais, descrita por Humberto Souza Santos.

O modelo de Schild malgrado não se afaste do critério da fungibilidade, há de ser reprovado pelo fato de entender ser determinante o poder fundado na configuração social da organização. Não se nega que ele seja um requisito extremamente importante, mas não parece ser razoável afirmar que ele fundamente a autoria mediata do dirigente de uma sociedade empresarial, tampouco de um ditador em um Estado Totalitário. Este poder é, sem dúvidas, representativo de um potencial domínio, mas *per si* carece de um fato.

A autoria mediata por meio da dependência estrutural econômica-profissional pode ser objetada pela pretensão de se restringir a relações empresariais. De fato, tal delimitação não soa natural. Há de se questionar: quais as boas razões para se adaptar o domínio por organização a uma estrutura válida somente para a criminalidade empresarial? O que ela tem de diferente que justifique tal tratamento diverso? Por que ela e não a criminalidade informática ou outro nicho criminoso? Qual a legitimidade dogmática desta proposta?

Com efeito, essas questões são secundárias e não devem ser respondidas nessa sede, senão a análise aqui envolve a capacidade de fundamentar a autoria mediata do homem de trás, o que também não parece estar presente. O fato é que, por mais sofisticados e interessantes que sejam seus requisitos, não há nenhum elemento que sequer se aproxime da noção elementar de fungibilidade, automaticidade e produção regular de resultados típicos. O que existem, entretanto, são as descrições de possíveis consequências para o empregado. Mas, conforme observou Roxin, no caso dos veterinários, todos os funcionários já estão sujeitos a elas, independentemente da licitude ou não da ordem. O importante, no final das contas, é que a proposta não apresenta boas razões que justifiquem dogmaticamente a autoria mediata do dirigente empresarial.

Finalmente, o que Bernardo Feijoo Sanchez sugere é deixar de lado a noção de domínio do fato e, por consequência, de domínio por organização, para fundamentar a responsabilidade penal, no âmbito da criminalidade empresarial, pela via de uma moderna, estrutural e sistêmica

compreensão de violação de um dever, o que não parece ser uma má alternativa. Principalmente, considerando que o próprio Roxin, em alguma medida, é dela adepto.

5. RESOLUÇÃO DOS CASOS PROPOSTOS

Caso 1: Trata-se do caso da instituição financeira Münze S.A. Na análise preliminar, observa-se que só com a abertura fraudulenta das contas bancárias, considerando a presença do fim especial de agir, já estaria configurado o tipo penal previsto no art. 27-C da Lei n. 6385/76⁹⁴⁵. Mas, também se relata a elevação significativa do valor mobiliário das ações negociadas na bolsa nacional, assim como os altos bônus aos colaboradores.

De toda forma, o importante é que embora os resultados típicos se encontrem mais próximos dos gerentes, só ocorreram em razão dos comandos dos homens de trás. Além disso, não há nenhum indício de coação física, moral irresistível ou erro. Finalmente, tanto os gerentes como os membros da cúpula são funcionários da instituição financeira Münze S.A.

Posteriormente, na análise do critério do poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente, observa-se que a instituição financeira Münze S.A pode ser considerada um aparato de poder em razão de seu poderio econômico, sua organização hierárquica com uma divisão de tarefas e funções bem definida, assim como uma clara separação entre os membros da cúpula (CEO, CFO e CCO) e os gerentes.

Em sequência, os resultados típicos foram produzidos por meio de uma ordem ilícita, implícita, direcionada à organização, isto é, os dirigentes desenvolveram uma política de recuperação financeira na qual estava “disfarçado” um comando ilícito para a abertura de contas fraudulentas. Há também o fato de que as novas diretrizes vieram acompanhadas de materiais e vídeos de treinamento; alguns, inclusive, gravados pelo próprio CEO. Não se pode esquecer, finalmente, a carta direcionada aos gerentes na qual não só reforça a necessidade da nova política e promete bônus pelo cumprimento das metas, mas, sobretudo, impulsiona e fomenta uma atitude hostil com quem se recusasse a seguir às normativas então apresentadas.

A determinação ainda indica, em alguma medida, o grupo de vítimas, pessoas de uma determinada região com possibilidade de abrir uma conta bancária, e o delito a ser praticado ou o resultado típico esperado.

Na análise do critério da fungibilidade de executores inclinados ao fato ilícito, observa-se, inicialmente, que os mais de cinco mil gerentes são mais do que suficientes para preencher o requisito da grande quantidade de agentes. Assim como não há indícios de que seja necessária

⁹⁴⁵ Art. 27-C da Lei n. 6385/76. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros:

a atuação de um especialista, afinal os colaboradores parecem ter um semelhante nível intelectual e mental.

Mais importante, no entanto, é que a atuação ilícita de cada um dos gerentes é parte de um contexto criminoso muito maior. Nesta situação, a hipotética recusa de um dos agentes é insignificante ao propósito organizacional. Sobretudo porque há uma produção regular de resultados típicos, em razão da qual se uma “peça” se mostra “defeituosa” é prontamente substituída e em nada prejudica o todo. Assim, existe um funcionamento quase automático do aparato de poder a partir da ordem ilícita.

Diante disso, entende-se que os diretores da Münze S.A (CFO, o CEO e o CCO), sob o título de autores mediatos pelo domínio por organização, são penalmente responsáveis pela produção do resultado típico previsto no artigo 27-C da Lei n. 6.385/76.

Ademais, talvez a repercussão mais importante disso seja o fato de que, ao produzir resultados típicos de forma praticamente automática, a instituição financeira se tornou, substancialmente, uma organização criminosa.

Caso 2: Trata-se do caso da empreiteira. Na análise preliminar, observa-se que os resultados típicos ocultação e/ou dissimulação de bens oriundos de infrações penais foram produzidos pelos funcionários do departamento especial em razão de ordens de seus superiores. Também não há indícios de coação física, moral irresistível ou erro. Finalmente, tanto os homens da frente (os subordinados) como os de trás (CEO e chefe do setor) faziam parte da mesma organização.

Na sequência, entretanto, parece que o caso da empreiteira não resiste à análise do critério do poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente. O ponto é que embora exista subordinação, hierarquia e alguma divisão de tarefas e funções, parece ser demais afirmar que um setor montado especificamente para o fim de lavagem de dinheiro possa ser considerado um aparato organizado de poder.

De toda forma, ainda que se discorde e considere tal departamento como uma organização de poder, a ordem ilícita não aponta para um grupo de vítimas em potencial, de modo a desencadear uma atuação em massa, uma ação organizativa. Senão, o comando superior autoriza o pagamento a um número específico de servidores corrompidos, o que é um ponto que, no mínimo, fragiliza a produção regular de resultados típicos. Ademais, não se pode afirmar que o setor conte com uma quantidade de agentes suficientes para uma substituição imediata.

Diante disto, entende-se que o CEO e o chefe do setor são penalmente responsáveis por instigarem seus subordinados a praticarem o delito de lavagem de dinheiro. Além disso, parece ser autoevidente que o departamento especial, substancialmente, trata-se de uma organização criminosa, ainda que em proporções mais tímidas.

Caso 3: Trata-se do caso do hospital veterinário. Na análise preliminar, observa-se que os maus tratos aos animais internados foram produzidos pelos veterinários em razão de uma ordem superior. Não há indícios de coação física, moral ou erro. Além disso, tanto os homens da frente (veterinários) como o de trás (chefe dos médicos) faziam parte da organização.

Entretanto, assim como o caso da empreiteira, este não resiste à análise do critério do poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente. O decisivo é que não há como considerar um hospital veterinário como um aparato organizado de poder, por maior que seja a hierarquia e a subordinação existente ou por mais organizado, bem estruturado que seja o seu funcionamento interno.

Aliás, acrescente-se que, muito embora o estabelecimento contasse com uma quantidade significativa de médicos veterinários, as ordens ilícitas não eram direcionadas à organização, senão, em cada caso, diretamente a um veterinário diferente. Disso decorre a ausência da produção regular de resultados típicos, assim como torna-se inviável afirmar que cada delito é parte de um todo, um ato organizativo.

Diante disto, entende-se que o proprietário do hospital é penalmente responsável por instigar seus subordinados a praticarem o delito de maus tratos.

Varição: O elemento distintivo da variação é que, embora os maus tratos também tenham sido praticados pelos veterinários em razão de uma ordem superior, entrou em cena o argumento do “protocolo de tratamento inovador”, o qual só foi aplicado porque os veterinários acreditaram que era o melhor a ser feito para os animais. Com efeito, a situação parece ser típica de erro sobre os elementos constitutivos do tipo penal, conquanto possa se considerar que o erro seja evitável, sobretudo, para profissionais.

Diante disto, entende-se que o proprietário do hospital e o veterinário chefe, sob o título de autoria mediata por erro, são penalmente responsáveis pela prática do crime de maus tratos.

6. CONCLUSÃO

O propósito da pesquisa foi investigar, de modo integral, a possibilidade de aplicação da autoria mediata pelo domínio por organização na criminalidade empresarial. Para alcançar este objetivo, o desenvolvimento do texto foi dividido em três partes.

A primeira tratou de questões anteriores a uma eventual aplicação do domínio por organização. A pauta nuclear foi o instituto da autoria penal e suas espécies. Principalmente, a nebulosa autoria mediata.

Observou-se, no trato da autoria mediata, um ponto especialmente problemático. É dizer, quando comparada com a autoria imediata e a coautoria verifica-se sua ausência durante os atos executórios. Nessas espécies o agente executa o tipo penal com as próprias mãos ou valendo-se de uma divisão de tarefas e funções a partir da qual os agentes ofertam diretamente contribuições relevantes à produção do resultado típico.

Entretanto, como visto, o autor mediato só produz o resultado típico indiretamente, por meio de um executor, um instrumento. Mais do que isso, restou demonstrado que é imprescindível que o homem da frente tenha alguma conexão racional com o homem de trás, ainda que este liame seja extremamente sutil.

Por outro lado, para que o instituto da autoria mediata não se confunda com o da instigação comprovou-se ser necessário algo a mais; um elemento que se presente diminui o homem da frente a um mero instrumento, embora não necessariamente o reduza à condição de inimputabilidade.

Nessa investigação, não obstante, convencionou-se denominar este elemento como *o ato instrumentalizador*, o qual, por ser típico do autor mediato, há de estar minimamente presente e descrito na *norma especial constitutiva de punibilidade* responsável pela disposição legal deste instituto dogmático concursal.

A partir desta lógica, a primeira parte da pesquisa foi finalizada com uma investigação sobre as espécies de autoria mediata no Código Penal Brasileiro, para além dos tradicionais artigos presentes no Título IV, do concurso de pessoas.

A conclusão parcial foi de que a autoria mediata por erro está prevista sobretudo no artigo 20, § 2º, do Código Penal, sem prejuízo de outros dispositivos que melhor especifiquem uma situação ou outra. A coação moral irresistível se situa no artigo 22 do Código Penal. Finalmente, o domínio por organização pode ser encontrado também no artigo 22 do Código Penal. Entretanto, nesse caso, a via é o instituto da obediência hierárquica, desde que, naturalmente, estejam presentes os pressupostos dogmáticos da espécie complementar de

autoria mediata, se não a resposta mais lógica é realmente a classificação do aporte como instigação.

A segunda parte da pesquisa trata do domínio por organização *per se*, descrevendo e problematizando os requisitos desenvolvidos (ou, posteriormente, reconhecidos) por Claus Roxin.

Neste momento conclusivo, parece adequado lembrar que a nomenclatura utilizada foi domínio por organização como uma contração do domínio do fato por organização. A opção por esta terminologia se justificou pela ênfase à circunstância de que o domínio penalmente relevante é o do fato por intermédio da organização, a qual deve ser interpretada não só como sinônima de aparato de poder, mas também pelo ato de organizar os recursos pessoais e, principalmente, ambientais/empíricos responsáveis pelo funcionamento praticamente automático da corporação.

Outro ponto que deve ser reafirmado é o fato de que o tratamento conferido, nessa pesquisa, ao domínio por organização é o de uma teoria compatível com os valores presentes em um Estado Democrático de Direito. Isto serve para a distanciar tanto da assombrosa figura do “domínio da posição” como do entendimento de que se trata de uma teoria *ad hoc*, uma teoria de exceção.

Superada essas questões preliminares, as atenções voltam-se aos requisitos do domínio por organização. O primeiro deles, o poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente, se refere a necessidade de uma organização constituída sob uma cadeia de comando, na qual, em síntese, o grupo superior decide favoravelmente à produção do resultado típico em massa; o intermediário a organiza, planeja e, eventualmente, supervisiona a execução; enquanto ao nível inferior, fungível, resta a missão de cumprir as ordens superiores.

Nesta oportunidade, duas questões problemáticas se colocaram. A primeira cuida dos requisitos de validade da ordem do superior hierárquico. A solução, posteriormente apresentada, foi a de que o comando do homem de trás deve ser direcionado ao aparato de poder e, seja expressa ou implicitamente, tem que dar uma ideia geral do delito a ser praticado e do grupo de pessoas potencialmente afetado.

O segundo problema se refere a classificação do aporte dos agentes intermediários. Aqui houve uma discussão sobre a possibilidade de se aplicar a esses sujeitos as regras compatíveis com a autoria mediata, conforme a doutrina de Roxin, ou a coautoria, segundo Kai Ambos - sem olvidar de outras posições sumariamente rejeitadas em razão do fato de considerarem a contribuição à lesão do bem jurídico como típicas de alguma das espécies de participação.

Entretanto, após valorar que tanto as considerações de Roxin como de Ambos apresentavam argumentos convincentes, a solução sugerida foi de classificar o aporte dos agentes intermediários como típicos de uma coautoria de autoria mediata por domínio por organização.

Há de se observar que embora essa construção se inspire no elemento vanguardista dos desenvolvimentos da Corte Penal Internacional (CPI), coautoria mediata *stricto sensu* e autoria mediata em coautoria, se trata de uma proposta distinta. O ponto chave da coautoria mediata pelo domínio por organização é o fato de que há uma complementariedade na conduta dos agentes do nível superior e do intermediário. É dizer, a produção regular de resultados típicos só estará presente se houver a decisão da cúpula para tanto. Importância quase similar é a dos homens do meio da organização, os quais, embora não tenham poder decisório igual ao de seus superiores, têm o dever de organizar e operar a determinação. Isso torna seu agir imprescindível para a realização do ato instrumentalizador próprio do domínio por organização. Sobretudo, considerando o fato de que os intermediários, por não serem fungíveis, podem retardar, atrasar ou desviar a realização do intento criminoso. Assim, não parece equivocado fazer menção a uma complementariedade entre tais agentes para fundamentar, por ora, tal construção dogmática.

Posteriormente, tratou-se sobre a exigência de que a organização esteja desvinculada da ordem jurídica. A discussão principal foi entender se tal requisito, em alguma medida, influencia o domínio do fato do homem de trás, de modo a justificar seu *status* de pressuposto da autoria mediata pelo domínio por organização.

Após uma análise de casos, a saber, do regime nacional-socialista, dos disparos no muro e da interrupção do tratamento, aliado a observações de Ambos, Rotsch, Ibáñez e outros igualmente relevantes, concluiu-se que o critério não é hábil para influenciar em nada porque o falta uniformidade; não há qualquer segurança de previsibilidade em eventual aplicação do requisito.

Relembre-se que a legislação de referência em determinado momento é a positivada, depois é a supralegal, natural ou das convenções internacionais de direitos humanos. Além disso, a organização, em um primeiro momento, tem que estar totalmente desvinculada do direito, depois só uma parte é suficiente. Não obstante, o que é só uma parte? Como provar isso? Como se defender disso? Essas são questões centrais cujas respostas permanecem nebulosas.

Decorrente de toda esta confusão, o fato de o homem da frente depender de um juízo posterior sobre o *status* de legalidade da organização para tomar ciência se ela está ou não em

desconformidade com o direito, torna forçoso que se insista em defender a inabilidade do critério para distinguir a autoria mediata da instigação. É dizer, se a desvinculação da organização ao direito influenciasse realmente no domínio do fato do homem de trás e no comportamento do homem da frente, então, o executor fungível deveria saber previamente, com um nível de certeza acima do razoável, se o aparato de poder que integra está ou não divorciado do direito. Mas, este conhecimento é impossível de obter no momento dos fatos porque amiúde esta é uma questão que só será analisada e decidida quando for levada posteriormente ao Poder Judiciário.

No final das contas, defender a validade de um requisito como este parece ser um atentado contra o princípio da legalidade.

Sequencialmente, ao se analisar o requisito da fungibilidade destacou-se a noção de dupla perspectiva, segundo a qual o homem da frente é ao mesmo tempo autor imediato plenamente responsável e instrumento do homem de trás, o autor mediato. Isto porque, segundo os olhos do homem de trás, o executor não é mais do que uma pequena peça substituível em um aparato de poder.

Com efeito, é a dupla perspectiva que coloca o homem de trás no centro do acontecer típico, é ela que o confere o domínio do fato. Entretanto, não se deve olvidar de que só se pode reconhecer a autoria mediata do homem de trás pelo domínio por organização se houver uma substituição imediata e uma quantidade de agentes significativa e suficiente para viabilizar uma produção praticamente automática de resultados típicos.

Em relação ao critério da disposição incondicionada do executor à realização do fato, a análise foi realizada sob a ótica das construções de Schroeder, do BGH e de Heinrich. Não obstante a diferença entre as propostas, concluiu-se que a noção geral preocupa por não conseguir fundamentar o instituto da autoria mediata sem aviltar o da instigação. De toda forma, verificou-se não existir incompatibilidade em tratar o pressuposto como um mero reforço ou complemento à fungibilidade.

Sintoma disto é que a proposta de aperfeiçoamento apresentada do trabalho é composta justamente pelos elementos da *fungibilidade de executores inclinados ao fato típico* e do *poder de mando de uma estrutura organizada hierarquicamente*.

No segundo elemento, o poder de mando, não há maiores diferenças do que foi escrito anteriormente nesta conclusão. Por outro lado, quanto ao primeiro, acrescenta-se às considerações de fungibilidade - como substituição imediata, significativa quantidade de agentes e automatismo do aparato de poder - contribuições da criminologia e da psicologia social. Se reconhece a importância coletiva dos elementos empíricos presentes na organização

como um fator decisivo para a *inclinação dos executores ao fato típico*, o que pode ser objetado de forma individual, caso um dos membros do nível inferior não esteja disposto.

Finalmente, a terceira parte da investigação tratou especificamente da possibilidade de aplicar o domínio por organização na criminalidade de empresa. Com efeito, após um estudo das diferenças entre a criminalidade de empresa e a criminalidade organizada, concluiu-se que o critério distintivo entre uma e outra é o automatismo na produção de resultados típicos, ou seja, se uma sociedade empresarial produz regularmente resultados típicos então, na verdade, ela é substancialmente uma organização criminosa.

Diante disso, considerando que o pressuposto do automatismo na produção de resultados típicos representa uma interseção entre a autoria mediata em aparatos organizados de poder e a criminalidade organizada, então não é possível aplicar a teoria na criminalidade empresarial.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, R. Una defensa de la fórmula de Radbruch. **Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña**. núm.5. 2001.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Responsabilidade penal dos sócios e administradores por crimes contra a ordem tributária. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**. V. 114, n. 1/ 2019.

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

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**. Vol. 1, n. 1. 2003.

AMBOS, Kai. **Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro**. Trad.: Claudia López. *Criminalia*. v. 68. n. 2. 2002.

AMBOS, Kai. Algumas considerações sobre o caso Eichmann. In: AMBOS, Kai (org.). **Eichmann em Jerusalém: 50 anos depois**. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017.

AMBOS, Kai. **Dominio por organización (“ORGANISATIONSHERRSCHAFT”)**. Estado de la discusión. Dogmática actual de la Autoría y la participación criminal. Peru: Editorial Moreno, 2007.

AMBOS, Kai. Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze. **Goldammer's Archiv für Strafrecht**. 1998.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. Companhia das Letras. 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 4. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2019.

BADARÓ, Tatiana Maria. Bens jurídicos-penais supraindividuais e o direito penal econômico. In: **Criminalidade econômica em debate**. Luís Augusto Sanzo Brodt (Org.). – Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2018.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 19º. Ed. rev, ampl e atual. – São Paulo: Saraiva. 2013.

BOLEA BARDON, Carolina. **Autoría mediata en derecho penal**. Valência, Tirant, 2000.

BOLEA BARDON, Carolina. La autoria mediata en algunos supuestos de error. **RDPCR**. 2003.

BRANDÃO, Claudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Ed. Forense. 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. Ed. São Paulo. Atlas. 2015.

BRITO, Teresa Quintela. Autoria das contra-ordenações e dos dirigentes. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 217-218.

BRODT, Luis Augusto Sanzo. BARROS DE OLIVEIRA, José Ourismar. Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento de suas ordens. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**. Pouso Alegre. V. 32. N. 105/136. Jan/jun. 2016.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Do estrito cumprimento do dever legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Novo estudo sobre a consciência da ilicitude**. Porto Alegre: Núria Fabris. 2019.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal (parte geral) – Tomo II**. Editora Nacional de Direito. Rio de Janeiro. 1956.

BUSATO, Paulo. **Direito penal: parte geral** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **In: Código Penal Comentado [livro eletrônico]**. Luciano Anderson de Souza, coordenador. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 102, 2013, P. 365/393.

CERVINI, Raul. ADRIASOLA, Gabriel. **El derecho penal de la empresa: Desde una visión garantista**. Buenos Aires/Montevideo: Ed. B de F. 2005.

CHRISTIE, Agatha. **Cai o pano**. Trad. Clarisse Lispector. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2017.

CIGÜELA SOLA, Javier. El injusto estructural de la organización – aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica. **Indret**. Barcelona, 2016.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba, ICPC Cursos e Edições, 2014.

CONDE, Francisco Muñoz. OLASOLO, Hector. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder em América Latina y España. **Revista brasileira de Ciências Criminais**. Ano 19. N. 88. Jan-Fev./ 2011.

CRUZ, Carla. Em Nova Lima, clínica é suspeita de congelar animais mortos e continuar cobrando diária dos donos. **Mais Minas**. 2019. Disponível em: <https://maisminas.org/em-nova-lima-clinica-e-suspeita-de-congelar-animais-mortos/>. Acesso em 12 de abril de 2020.

CUNHA, Rogério Sanchez. PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: Comentários à Lei 12.850/2013**. JusPodivim, Salvador. 2016.

DEJOURS, Christophe. **Banalização da injustiça social**. Trad. Luis Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

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

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **La autoria en Derecho Penal**. PPU. Barcelona. 1991.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Límite entre la coautoría y la participación. A propósito de un caso real. Libertas: **Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales**. n. 0. Jun. 2012.

DURKHEIM, Émile. **O suicídio: estudo sociológico**. Rio de Janeiro: Zahar. 1979.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da organização. **Dissertação (Mestrado em Direito Penal)** – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

ESTELLITA, Heloisa. GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. Revista Brasileira de Ciências Criminais. **RBCCRIM**. N. 91. 2011.

ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: Estudo sobre a responsabilidade de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. São Paulo. Marcial Pons. 2017.

FARALDO CABANA, Patricia. La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata com aparatos organizados de poder. **AFDUDC**. 13. 2009.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. Trad. Vânia Costa Ramos; rev. Augusto Silva Dias. Revista Liberdades. N. 9. Janeiro/abril. 2012.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: Jose-Bushatsky. 1976.

FORNARI, Ignacio Carlos. ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? In: RUBINSKA, Ramiro M.; SCHURJIN ALMENAR, Daniel (Coords.). **Derecho penal económico**. Tomo I. Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2010.

FRAGOSO, Christiano. Código Criminal e Código Criminoso: subsídios e notas ao Código Penal nazista de 1936. In: **Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal** - Homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Editora Revan, Rio de Janeiro/RJ. 2014.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 13º ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

GIL, Alicia Gil. La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)**, Madrid, v. 61, n. 1, p. 53-88, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice del Derecho Penal**. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de publicaciones e intercambio, Madrid, 1966.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Legislação penal especial**. Saraiva. São Paulo. 2016.

GRECO, Luís (org.). **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. Dogmática e ciência do Direito Penal. In: As razões do direito penal. **Quatro estudos**. Tradução e organização: Eduardo Viana; Lucas Montenegro; Orlandino Gleizer. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto em la teoría de la pena de Feuerbach**. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal. Trad. da Ed. Alemã de Paola Dropulich y José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva**. São Paulo: Marcial Pons. 2018.

GRECO, Luís. ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís (org.). **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo. In: GRECO, Luís (org.). **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. **Parte Geral do Código Penal: uma proposta alternativa para debate**. Versão revisada e ampliada. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. 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, Luís (org.). **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. 17º Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GUZMÁN, Marco Barreto. Responsable de escritorio y ejecutor material em la criminalidad organizada. **Dogmática actual de la Autoría y la participación criminal**. Peru: Editorial Moreno, 2007.

HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. **Derecho Penal y Criminología**. ISSN 0121-0483. ISSN-e 2346-2108. Vol. 25. Nº. 75. 2004.

HEGLER. Die Merkmale des Verbrechens. **ZStW**. t. 36. 1915.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. La codelinquencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. 2ª Época. N. 17. 2006. P. 45/80.

HILGENDORF, Eric. VALERIUS, Brian. **Direito Penal: parte geral**. Trad. Orlandino Gleizeir. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HILTZIK, Michael. Column: That Wells Fargo accounts scandal was even worse than you can imagine. Los Angeles Times. 2020. Disponível em: <https://www.latimes.com/business/story/2020-01-27/wells-fargo-scandal>. Acesso em: 11 de abril de 2020.

HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: Da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco**. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HÜNERFELD, P. Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland. **ZStW**. 1987. N. 99.

HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo II. 5ª Ed. Forense. Rio de Janeiro.

IBÁÑEZ, Eva Fernández. **La autoria mediata en aparatos organizados de poder**. Granada: Editorial Comares, 2006.

INGRAO, Christian. **Crer e destruir: os intelectuais na máquina de guerra da SS nazista**. Trad. André Telles. Ed. Zahar. 2015.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 3ª. Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

JAKOBS, Günther. **Autoria mediata e sobre o estado de omissão**. Trad. par. Mauricio Antônio ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Gunther. Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?, **DOXA**. núms.17-18. 1995.

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

JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

JN. Juízes gregos pedem levantamento da imunidade de mais três deputados neonazis. 2013. Disponível em: <https://www.jn.pt/mundo/juizes-gregos-pedem-levantamento-da-imunidade-de-mais-tres-deputados-neonazis-3463615.html>. Acesso em 17 de junho de 2020.

KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho. **REJ – Revista de Estudios de la Justicia**. Nº 14. 2011.

KLEMPERER, Victor. **LTI: A linguagem do terceiro reich**. São Paulo: Contraponto, 2009.

KOCH, Arnd. Grundfälle zur mittelbare Täterschaft. § 25 I Alt. 2 StGB. **JuS**. 496. Augsburg. 2008.

LANGER, Walter. **A mente de Adolf Hitler: o relatório secreto que investigou a psique do líder da Alemanha Nazista**. Trad. Carlos Szlak. São Paulo: Leya, 2020.

LEIRIA, Antônio José Fabricio. **Autoria e participação criminal**. São Paulo. Davidip. 1974.

LEITE, Alaor. 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 (org.). **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LEITE, Alaor. Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. Trad. par. Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

LÓPEZ PEREGRÍN. **La complicidad en el Delito**. Valencia. Tirant, 1997.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo. Marcial Pons, 2018.

MAÑALICH, Juan Pablo. Intervención “organizada” en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 163. Ano. 28. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020. P. 239/264.

MAÑALICH, Juan Pablo. La estructura de la autoría mediata. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV**. Valparaíso. Chile. 2010.

MARTÍN. Introducción al derecho penal económico y de la empresa. In: MARTÍN, Adán Nieto. *Et al.* **Derecho penal económico y de la empresa**. Madrid, Ed. Dykinson. 2018.

MARTÍNEZ, Custodia Jiménez. Dominio del hecho y autoría mediata em aparatos organizadas de poder. **Tesis doctoral dirigida por Mariano Melendo Pardos (dir. tes.)**. UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). 2015.

MERTON, Robert. **Social Theory and social structure**. Glencoe: The Free Press. 1957.

MILGRAM, Stanley. **Obediência à autoridade: uma visão experimental**. tradução de Luiz Orlando Coutinho Lemos. Rio de Janeiro: F. Alves, 1983.

MONTOYA VACADÍEZ, Diego Mauricio. Autoría y dominio del hecho en los delitos económicos”. **Revista Derecho Penal y Criminología**, vol. 34, n.º 97, julio-diciembre de 2013, bogotá, universidad externado de colombia, 2013,

MUÑOZ CONDE, Francisco. La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado. **Revista penal**, ISSN 1138-9168, Nº 31, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. OLASOLO, Hector. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados poder en América Latina y España. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 19. N. 88. Jan.– Fev./ 2011.

MYERS, David G. **Psicologia Social**. 10 ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. La autoria conforme al Código Penal. **La Ley**. 14 de marzo de 2000.

ORTIZ, Mariana Tranches. Concurso de agentes nos delitos especiais. São Paulo: **IBCCRIM**, 2011.

ORWEL, George. **1984**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. Ed. rev. Atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo. 2019.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. **RP, La Ley**. 2002, núm. 9, P. 120.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010.

PUPPE, Ingeborg. **Der objektive Tatbestand der Anstiftung**. In: Goldammer’s Archiv für Strafrecht. 1984.

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

RATZINGER, Joseph. O que mantém o mundo unido: Fundamentos morais pré-políticos de um Estado liberal. In: **Dialética da secularização: sobre razão e religião**. Habermas, Ratzinger. Org. Florian Schuller. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida: Ideias e Letras. 2007.

RECKARD. E. Scott. Wells Fargo accuses workers of opening fake accounts to meet goals. **Los Angeles Times**. 2013. Disponível em: <https://www.latimes.com/business/la-fi-1004-wells-fargo-firings-20131004-story.html>. Acesso em: 11 de abril de 2020.

RENZIKOWSKI. **Direito Penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato**. Trad. e org. por Alaor Leite et al. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROBLES PLANAS, Roberto. **La participación en el delito: fundamento y límites**. Marcial Pons. Madrid. 2003.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. El autor mediato en Derecho penal español. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, ISSN 0210-3001, Tomo 22, Fasc/Mes 3, 1969.

ROMERO REYES, Ítalo. Contra la autoría mediata por dominio de la organización: una breve aproximación desde la doctrina alemana. **Revista de estudios de la justicia**, ISSN 0118-0853, Nº. 28, 2018.

ROTSCH. Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft? **ZStW** (2000). N. 112.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídica-penal da eutanásia. Trad. Luís Greco e Flávia Siqueira. In.: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (Org.). **Direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. P. 129/168.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu Giacomolli – 2. Ed. 3ª. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em Derecho Penal**. Trad. da 9ª Ed. Madrid. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General: Tomo II**. Especiales formas de aparición del delito. Trad. Luzón Peña e outros. Madrid: Thomson Reuters - Civitas. 2014.

ROXIN, Claus. Desarrollo y recepción de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. **V. Escuela Alemana de Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. E-reader**. Setembro/ outubro. Gottingen. 2019.

ROXIN, Claus. Las formas de intervencion en el delito: Estado de la Cuestion. In: **Sobre el estado de la teoría del delito**. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). 2000.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Alflen da Silva. **Revista Panóptica**. Ano 3. Volume 17. 2009.

ROXIN, Claus. Observações sobre a decisão da corte suprema peruana no caso Fujimori. Trad.: Alaor Leite. São Paulo. **Revista Brasileira de ciências criminais**. 2011.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1. ed. São Paulo. Tirant lo Blanch, 2019.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. Javier. Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica “transcendencia”. **ADPCP**. Vol. LI. 1998.

SANTO AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. Volume I. Livro I a VIII. Trad. J. Dias Pereira. 2ª Ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1996.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. **Revista brasileira de Ciências Criminais**. RBCCRIM. Vol. 117 (novembro- dezembro). 2015.

SANTOS, M. O. C.; BRODT, L. A. S. O domínio por organização no direito comparado. **Revista de Direito**, [S. l.], v. 13, n. 01, p. 01-34, 2021. DOI: 10.32361/2021130111301. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11301>. Acesso em: 21 mar. 2021.

SAX, W. Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission. **ZStW**. 1957.

SCALCON, Raquel Lima. Problemas especiales de autoría y de participación en el ámbito del derecho penal secundario: examen de la compatibilidad entre "dominio de la organización" (organisationsherrschaft) y criminalidad corporativa. **Revista de derecho Penal y Criminología**, ISSN 0034-7914, N.º. 3, 2016.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Der Täter hinter dem Täter**: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft; Vol. 2. Berlin. Duncker & Humblot, 1965.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. Tatbereitschaft gegen Fungibilität. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. **ZIS**. 11/2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. A figura jurídica do <autor por trás do autor> e o princípio dos níveis do domínio do fato. Trad.: de Adriano Teixeira. In: GRECO, Luís (Coord). **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **ADPCP**, 1988. P. 529-558.

SERRA, Teresa. A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder. **RPCC**. 5. 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. 2 Ed., Buenos Aires: B de F, 2016.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no Direito Penal**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2018.

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 de (Org.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. P. 1015-1018.

SOUZA SANTOS, Humberto. Autoria mediata por meio da dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. RBCCRIM. Vol. 117. Nov. Dez. 2015.

SUÁREZ, Hermencia Sabogal. Autoria mediata a través de aparatos organizados de poder. El nuevo paradigma de la Justicia penal em Colombia. Em el Marco de Los Derechos Humanos.

Tesis de grado para optar el título em Magister em Derecho Penal. Universidade Libre. Bogotá, 2014.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de Colarinho Branco:** versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. 1. Ed. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2014.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito.** 1. Ed. – Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Erro de tipo e erro de proibição no projeto de reforma penal.** RT. São Paulo, v. 578, 1983.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VALENTE, Victor Augusto Estefam. **Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada: responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos.** Curitiba. Juruá. 2015.

VOLI, Aphrodite. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft: Der Fall der Goldenen Morgenröte. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht.** ISSN 0017-1956, Vol. 166, N°. 6, 2019.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal:** Parte General; tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WERLE, Gerhard. BURGHARDT, Boris. La co-autoría mediata: ¿Desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?. Trad. Jaime Couso, Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales (chile). **Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania.** Kai Ambos/María Laura Böhm/ John Zuliaga (eds.). Serie CEDPAL. Volumen 1. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1943 à 1945** [livro eletrônico] Trad. Rodrigo Murad do Prado. – 1. Ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2019.

ZIEMER, Gregor. **Education for Death: The Making of a Nazi.** London; New York [etc.]: Oxford University Press, 1943.

ZIMBARDO, Philip. **O Efeito Lúcifer: como pessoas boas tornam-se más.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

