

## APRESENTAÇÃO

O livro que o leitor tem em mãos reúne seis estudos escritos por quatro autores. Esperamos que, por trás da multiplicidade de autores e de trabalhos, o leitor reconheça uma *unidade* que se manifesta em três planos: no que diz respeito ao objeto dos estudos, ao contexto no qual eles se originaram, e principalmente, à atitude que neles se manifesta.

A unidade se apresenta, primeiramente, no que diz respeito ao *objeto* dos artigos aqui reunidos. Eles cuidam da teoria do domínio do fato, isto é, de um reconhecido critério para a distinção entre autor e partícipe no direito penal. Desde o histórico julgamento do caso *Mensalão* (AP 470/STF), a ideia de domínio do fato vem despertando vivo interesse naqueles que lidam com o direito penal, seja na qualidade de estudantes, de aplicadores do direito ou mesmo de possíveis imputados. Os dois primeiros artigos (GRECO; LEITE, «O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal»; GRECO; TEIXEIRA, «Autoria como realização do tipo: Uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro») pretendem-se didáticos: aqui, o objetivo é explicar as linhas mestras da teoria e desfazer muitos dos severos mal-entendidos que vêm sendo propalados mesmo por nossos mais altos tribunais e mais respeitados juristas. O primeiro dos estudos tem feição primariamente histórica e descritiva, além de ocupar-se de forma alongada de vários enganos em curso na discussão nacional. O segundo deles é de natureza mais dedutiva e sistemática. O objetivo é explicitar a correlação entre o conceito de autor e o de tipo e demonstrar como é possível interpretar o direito brasileiro à luz de uma teoria que diferencie autor e partícipe. O terceiro dos estudos (GRECO; ASSIS, «O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa») examina – e refuta – aquele que talvez seja o motivo do recente interesse pela ideia de domínio do fato: a esperança de que, com base nela, seria

finalmente possível responsabilizar pessoas que ocupam posições de comando, que, supostamente, permaneceriam impunes segundo a leitura tradicional de nosso art. 29 do CP. Ver-se-á que, exceção feita a uma hipótese (a da chamada coautoria alternativa), o novo modelo de autoria e participação, quando muito, restringe a punibilidade em comparação com o modelo tradicional. Os próximos estudos, o quarto e o quinto, cuidam do uso que vem sendo feito da ideia de domínio do fato por duas de nossas mais importantes instâncias: de um lado, pelo Supremo Tribunal Federal na AP 470/STF (LEITE, «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»), que compreendeu a teoria erroneamente como uma responsabilização por deter uma posição; de outro, pelo Senado Federal, no Projeto 236/2012, que, num impensado afã de inovação, sacrificou a única verdadeira vantagem do sistema tradicional, sua simplicidade, sem qualquer ganho que compense esse sacrifício (GRECO; LEITE, «A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal [PLS 236/2012]»). O último estudo, mais específico, propõe-se a examinar e refutar o chamado princípio da autorresponsabilidade, que por muitos é usado como objeção à ideia de que possa existir uma responsabilização a título de autoria se alguém atua atrás de pessoa plenamente responsável (GRECO, «Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade»).

Em segundo lugar, a unidade diz respeito ao *contexto de origem* dos presentes estudos. Eles foram escritos por um grupo de brasileiros reunidos na Universidade Ludwig Maximilian, de Munique, Alemanha, que desenvolvem suas pesquisas com base em um convívio e discussão diários e sob a orientação de dois dos mais reputados defensores da ideia de domínio do fato, os professores Claus Roxin e Bernd Schünemann. Talvez já se possa falar, assim, em algo como um grupo brasileiro em Munique.

Possivelmente se perguntará se há algo que caracteriza esse grupo além de uma contingência geográfica (brasileiros em Munique) e científico-genealógica (orientados por Claus Roxin e Bernd Schünemann). Queremos crer que esse traço distintivo se encontra menos na aceitação de certas teses, teorias ou, para usar termos da moda, paradigmas ou marcos teóricos, e sim numa *atitude* – com o que chegamos ao terceiro e mais importante plano em que a unidade do livro deve manifestar-se. Essa atitude pode ser sintetizada com base em duas características: uma preocupação com problemas concretos e um compromisso com a integridade e independência da crítica científica.

A *preocupação com problemas concretos* significa que somos, em princípio, céticos em relação a teorias que se apresentam como fins em si mesmos. Idealmente, teorias têm de ser criadas para resolver problemas, casos reais que se apresentarão no dia-a-dia da prática judiciária. Uma teoria que

pretende suplantar uma concorrente tem de mostrar que casos ela soluciona de modo diverso e por que sua solução é de preferir-se. Pensamos, assim, que importam menos os «ísmos», os paradigmas, do que as respostas que se darão a questionamentos bem concretos. As manifestações mais claras dessa atitude são provavelmente o terceiro estudo (GRECO; ASSIS, «O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa»), que se esforça por esclarecer se a teoria do domínio do fato expande ou não a punibilidade do diretor de uma empresa, e o quarto (LEITE, «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»), que busca o real sentido que o Supremo Tribunal Federal conferiu ao termo «domínio do fato», ao fazer uso da ideia em sua argumentação. Isso não significa ecletismo ou superficialidade, mas apenas uma exigência de que a reflexão teórica preste contas a respeito de suas implicações práticas. Isso também significa que atentamos não apenas a como autores e os tribunais – principalmente nossos tribunais – descrevem uma teoria em suas manifestações ou ementas, mas principalmente aos casos em que eles a aplicam.

E a segunda nota característica de nossa atitude é um *compromisso com a integridade e independência da crítica científica*. A ciência busca razões e não autoridades. Razões não precisam envergonhar-se de ser apenas isso, razões, e de por vezes desafiar autoridades. Somos animados, assim, pela convicção de que a crítica é o *modus operandi* da ciência, de que a ciência não apenas não precisa, como não pode desculpar-se por dela fazer uso. Autoridade não é uma razão, mas é o objeto primário do escrutínio crítico que sai à busca de razões: daí nossa preocupação em examinar o domínio do fato segundo o STF ou o Projeto de CP em trâmite, ou segundo manifestações de autores de renome. O livro apresenta uma atitude que superou definitivamente a empoeirada cultura do *data venia*, ainda que isso signifique que brios e sensibilidades possam ser feridos. A permissão (*venia*) já foi dada, e isto de modo implícito, pelo mero fato de haver-se publicamente afirmado algo. Quem se ofende por ser destinatário de crítica científica, desqualificando-a como denúncia invejosa, confessa implicitamente que se considera fonte de autoridade e não porta-voz de razões.

Por fim, cumpre agradecer aos amigos Heloísa Estellita e Gustavo Quandt, pela ajuda na revisão dos estudos, e à editora Marcial Pons, nas pessoas de Marcelo Porciuncula, de meus dois colegas Iñigo Ortiz e Ramón Ragués e de Ida Gouveia.

Munique, março de 2014.

LUÍS GRECO



## ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS

Em livro escrito a oito mãos, é preciso buscar uma unidade terminológica. As razões não são meramente estéticas. É fundamental evitar que o leitor seja confundido pela utilização assimétrica de determinados termos, ou seja, que à dificuldade inerente à matéria se acrescentem dificuldades linguísticas.

Utilizaremos, preferencialmente, o par conceitual *sistema unitário* e *sistema diferenciador* para designar os dois modelos mais gerais que historicamente se apresentaram como modelo de compreensão das formas de intervir no delito. O sistema unitário é aquele que (a) iguala todas as contribuições causais para o delito e prevê marcos penais idênticos para todas (*sistema unitário formal*), ou (b) que distingue no plano conceitual entre várias formas de contribuição, mas continua a prever os mesmos marcos penais para todas (*sistema unitário funcional*). O sistema diferenciador distingue várias formas de intervenção no delito, isto é, distingue entre autores e partícipes, e pode prever, ademais, diferentes marcos penais para as diferentes formas de intervenção. As *teorias subjetiva, objetivo-formal* e do *domínio do fato* são teorias que almejam delinear os critérios de distinção entre autores e partícipes. Essas teorias pressupõem, assim, um sistema diferenciador.

É preciso, igualmente, diferenciar entre um *conceito restritivo* e um *conceito extensivo* de autor. Para o conceito restritivo de autor, apenas o autor realiza a ação prevista nos tipos penais da parte especial, e as formas acessórias de intervir no delito (a cumplicidade e a instigação) devem permanecer impunes, a não ser que o legislador preveja uma norma de imputação que determine expressamente a punição dessas modalidades de intervenção. Essa norma de imputação é, portanto, uma norma extensiva de punibilidade. Para o conceito extensivo de autor, todos os intervenientes realizam a ação prevista no tipo penal, e o legislador pode prever normas que determinem a restrição

da punibilidade para determinadas contribuições, ou seja, normas restritivas da punibilidade.

Por fim, três considerações. O termo *coautoria*, provavelmente por influência do CP de 1940 (Título VI, Parte Geral: «Da coautoria»), é ainda usado no Brasil como sinônimo de concurso de pessoas. Na literatura espanhola, em tradução do termo alemão *Mittäterschaft*, coautoria significa uma forma específica de autoria, uma autoria em que todos os concorrentes agem em conjunto, cada qual respondendo pelo comportamento dos demais (imputação recíproca). É esse o sentido em que o termo é aqui utilizado. Frise-se: coautoria não é o mesmo que concurso de pessoas. Talvez fosse mais adequado falar em autoria conjunta ou comum, mas preferimos não inovar, por receio de incrementar a já existente confusão. O termo *monismo*, difundido no Brasil, nada tem a ver com a discussão sobre os sistemas de autoria e participação acima descritos. A discussão entre «monismo» e «pluralismo» diz com o título de imputação em delitos praticados por vários intervenientes. Mais concretamente, trata-se da seguinte pergunta: caso vários sujeitos tomem parte em um delito, há apenas um delito em que vários sujeitos tomam parte ou há, ao contrário, tantos delitos quantos intervenientes houver? Essa discussão é, do ponto de vista teórico, duvidosa e, de uma perspectiva prática, irrelevante; o leitor não encontrará muito a respeito dela nas páginas que seguem. Por fim, nós utilizaremos preferencialmente a expressão mais ampla *delitos especiais* para aquele grupo de delitos que possuem uma restrição do círculo de autores (o peculato, art. 312 do CP, por exemplo). Esses delitos são chamados por alguns autores de *delitos de dever* ou delitos de infração de dever.

OS AUTORES

## **AUTORES**

### **LUÍS GRECO**

Professor substituto na Universidade de Augsburg; Livre-docente pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique; doutor e LL.M. pela mesma instituição.

### **ALAOR LEITE**

LL.M. pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique; doutorando na mesma instituição.

### **ADRIANO TEIXEIRA**

LL.M. pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique; doutorando na mesma instituição.

### **AUGUSTO ASSIS**

LL.M. pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique; doutorando na mesma instituição.





## SUMÁRIO

Apresentação.....	9
Esclarecimentos terminológicos .....	13
Autores.....	15
O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal	
LUÍS GRECO E ALAOR LEITE .....	19
Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro	
LUÍS GRECO E ADRIANO TEIXEIRA.....	47
O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa	
LUÍS GRECO E AUGUSTO ASSIS .....	81
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	
ALAOR LEITE.....	123
A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)	
LUÍS GRECO E ALAOR LEITE.....	169
Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade	
LUÍS GRECO.....	203