

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
VIRGÍNIA AFONSO DE OLIVEIRA MORAIS DA ROCHA**

**A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: REPERCUSSÕES SOBRE A
RESPONSABILIDADE PENAL DOS ACIONISTAS
CONTROLADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS SOB A
PERSPECTIVA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**

Nova Lima
2014

VIRGÍNIA AFONSO DE OLIVEIRA MORAIS DA ROCHA

**A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: REPERCUSSÕES SOBRE A
RESPONSABILIDADE PENAL DOS ACIONISTAS
CONTROLADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS SOB A
PERSPECTIVA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial.

Linha de pesquisa: A Empresa na contemporaneidade.

Projeto Estruturante: Tutela punitiva da empresa na contemporaneidade: o direito penal econômico e a atividade empresarial.

Orientador: Prof. José Barcelos de Souza.

Nova Lima
2014

ROCHA, Virgínia Afonso de Oliveira Morais da

R672 f A função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade penal dos acionistas controladores de sociedades anônimas sob a perspectiva da teoria do domínio do fato. Virgínia Afonso de Oliveira Morais da Rocha - Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2014.

120 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. José Barcelos de Souza

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Referências: f. 109-119

1. Função social. 2. Responsabilidade penal do acionista. 3. Domínio do fato. I. Souza, José Barcelos de. II. Faculdade de Direito Milton Campos III. Título

CDU 343.221:347.19 (043)
347.72



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “*A função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade penal dos acionistas controladores de sociedades anônimas sob a perspectiva da teoria do domínio do fato*”, de autoria da mestranda **VIRGÍNIA AFONSO DE OLIVEIRA MORAIS DA ROCHA**, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. José Barcelos de Souza
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Nova Lima, __ de _____ de 2014.

Alameda da Serra, nº 61 – Bairro vila da Serra – Nova Lima/MG – CEP: 34000-000 – Minas Gerais – Brasil.
Tel.: (31) 3289-1900

A Eduardo Morais da Rocha, sempre.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Elder Afonso, por ter investido e acreditado sempre na minha educação e me incentivado a trilhar os caminhos do conhecimento.

À minha mãe Magda, exemplo incansável de carinho e dedicação.

Ao meu orientador Professor Doutor José Barcelos de Souza, por sua competência teórica e seus ricos ensinamentos durante todo o mestrado.

Ao Senhor Antônio Geraldo da Rocha e Senhora Zélia Moraes, pelo apoio constante e por terem me acolhido como uma filha.

Em especial, à Professora Sônia Diniz Viana, por ter me mostrado a arte de lecionar.

RESUMO

Com base no princípio da função social, segundo Leon Diguít, em seu marco conceitual acerca da superação das regras individualistas, a atividade empresarial deverá ser desenvolvida buscando conciliar o princípio constitucional da livre iniciativa com a busca do interesse social. Pretende-se analisar a responsabilidade penal do acionista controlador a partir dos conceitos de autor e partícipe, segundo a teoria do domínio do fato sob a forma especial de domínio da vontade em virtude de uma estrutura organizada de poder (domínio da organização), aprimorada por Claus Roxin. Nesse sentido, esta Dissertação tem a finalidade de demonstrar que quando os acionistas controladores exercerem efetivamente o seu poder de forma abusiva e leviana, sobrepondo-se aos interesses da companhia, dos acionistas minoritários e da coletividade, a tutela estatal deverá ser imposta por meio da aplicação do Direito Penal Econômico, criminalizando-se referida conduta.

Palavras-chave: Função social. Responsabilidade penal do acionista. Domínio do fato.

ABSTRACT

Based on the principle of social function, according to Leon Diguít in its conceptual framework about the overcoming of individualistic rules, business activity should be developed seeking to reconcile the constitutional principle of free enterprise with the pursuit of social interest. We intend to analyze the criminal liability of the controlling shareholder from the author of concepts and participant, according to the theory of the fact of the domain under the special form of mastery of the will because of an organized power structure (area of organization), enhanced by Claus Roxin. Thus, this Dissertation aims to demonstrate that when the controlling shareholders effectively exercise their power to abuse and lightly, overriding the company's interests, minority shareholders and the community, the State control should be imposed by application of Economic Criminal Law, criminalizing up that conduct.

Keywords: Social function. Criminal liability of the shareholder. Domain fact.

LISTA DE SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
AGE – Assembleia Geral Extraordinária
AGO – Assembleia Geral Ordinária
AP – Ação Penal
CC/2002 – Código Civil de 2002
CJF – Conselho de Justiça Federal
CP – Código Penal
CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
LSA – Lei das Sociedades por Ações
SA – Sociedade Anônima
STF – Supremo Tribunal Federal

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – artigo
C/c – combinado com
Nº. – número

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	16
2.1	O princípio da função social da empresa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	17
2.2	O princípio da função social da empresa no Código Civil de 2002 e na Lei nº. 6.404/1976.....	23
3	A RESPONSABILIDADE DO ACIONISTA CONTROLADOR E DOS ADMINISTRADORES DA SOCIEDADE ANÔNIMA.....	33
3.1	Responsabilidade dos administradores.....	36
3.2	Responsabilidade do acionista controlador	47
4	CONCURSO DE PESSOAS	53
4.1	Requisitos para o concurso de pessoas.....	53
4.2	Teorias sobre o concurso de pessoas	58
4.3	Autoria.....	61
4.1.1	<i>Autoria mediata</i>	67
4.1.2	<i>Coautoría</i>	69
4.2	Participação	71
4.4.1	Teorias da acessoriedade da participação.....	75
4.5	Punibilidade no concurso de pessoas	78
5	TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	82
5.1	Concepções acerca da teoria do domínio do fato.....	86
5.1.1	<i>A teoria do domínio do fato para Hans Welzel</i>	86
5.1.2	<i>A teoria do domínio do fato para Maurach</i>	89
5.1.3	<i>A teoria do domínio do fato para Roxin</i>	92
5.2	Domínio da organização como forma de aplicação da Teoria do Domínio do Fato aos crimes cometidos por administradores, na gestão da sociedade empresária.....	98
6	CONCLUSÃO	104
	REFERÊNCIAS.....	109

1 INTRODUÇÃO

Ao mesmo tempo em que se verificam avanços tecnológicos e estruturais no mercado, com a busca incessante pela maximização dos lucros, deve-se resguardar a coletividade de possíveis abusos cometidos pelos controladores de sociedades anônimas.

O retrógado pensamento de que a finalidade da empresa é unicamente o lucro fica restrita a uma interpretação míope do conceito econômico de empresa utilizada por alguns acionistas controladores, de forma a mascarar possíveis fraudes.

Segundo o art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/1976, o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social.

Não basta somente sustentar que a função social da empresa determina a quebra do contratualismo clássico. A discussão é extremamente complexa, uma vez que a prática da atividade empresarial requer a tutela dos princípios constitucionais, preservando, assim, o interesse social. A função social da empresa necessita de um estudo mais aprofundado, estabelecendo uma proteção maior a toda coletividade, uma vez que a atividade empresarial repercute na vida de toda uma população.

Para a aplicação da responsabilidade penal dos acionistas controladores de sociedades anônimas deve-se, a princípio, analisar a estrutura do poder de controle empresarial.

Um dos fenômenos básicos da sociedade anônima moderna é a da possibilidade da escolha de um administrador que não seja acionista ou o sendo, não possua o controle majoritário. Ressalta Karl Marx que:

[...] a produção capitalista chegou a tal ponto que o trabalho de direção geral (*Oberleitung*), completamente separado da propriedade do capital, anda à solta. Daí já não ser necessário que esse trabalho de direção geral seja desempenhado pelo capitalista. Um chefe de orquestra não precisa, minimamente, ser proprietário dos

instrumentos da orquestra, e tampouco é da sua função de dirigente ter algo que ver com os salários dos demais músicos.¹

Assim, analisando a empresa na contemporaneidade, pode-se verificar, em alguns casos, a possibilidade da eleição de um administrador por um grupo ou classe de acionistas controladores. Percebe-se, portanto, a falta de independência dos administradores, que se vêem vinculados aos interesses daqueles que o elegeram.

Na realidade, trata-se da nomeação de quase um preposto (administrador) para representar os interesses dos acionistas controladores e não a indicação de um terceiro verdadeiramente independente, que deveria representar o interesse de todos os acionistas.²

Portanto, em determinadas situações, o administrador da sociedade anônima, apesar de ter o poder de gestão na companhia, não tem independência, agindo como um *longa manus* do(s) acionista(s) controlador(es).

Em tal caso, ao praticar atos de gestão que desviem a empresa de sua função social, com reflexos na seara penal, embora o acionista controlador não tenha praticado diretamente os elementos objetivos do tipo penal, deverá responder conjuntamente com o administrador, por eventual crime praticado.

Desta forma, para a aplicação da responsabilidade penal dos acionistas controladores de sociedades anônimas deve-se, a princípio, analisar a gestão dos negócios empresariais, identificando quais os deveres dos administradores foram descumpridos em razão da ordem emanada pelo acionista controlador, qual a conduta específica de cada um (autoria e participação) e em que concepção o interesse social deveria guiar tal conduta.

Muitas das vezes, os acionistas controladores encorajam os administradores a entrar em negócios arriscados para maximizar os seus lucros, fazendo com que sejam rompidos os deveres de diligência, lealdade,

¹ MARX, K. Das Kapital. *Kritik des politischen Ökonomie*. Berlim: J.H.Dietz Nachfolger, 1929, p. 335.

² ARAGÃO, Leandro Santos de. Interlocking Directorates [personalle Verflechtungen] e a proibição do art. 147, § 3º, inciso I, da Lei das Sociedades Anônimas: o conflito entre a liberdade de concorrência e a liberdade de estruturação do organograma administrativo da sociedade empresária. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de. (coord.). *Sociedade Anônima, 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 376.

transparência e o de informação, praticando, muitas vezes, condutas típicas na esfera penal.

A intitulada teoria do domínio do fato criada por Welzel e aprimorada por Roxin, admite como autor aquele que tem o domínio da ação; quem tem o domínio da vontade e quem tem o domínio funcional do fato.

Analisando o conceito de domínio da vontade preceituado por Roxin, dá-se a autoria mediata, quando, na prática de um crime, o autor utiliza um terceiro que atua como instrumento.

A autoria mediata é forma de autoria e não participação. Aliás, conforme leciona Maurach, citado por Batista³, enquanto na instigação encontra-se a corrupção do indivíduo livre, na autoria mediata verificamos a corrupção do homem não-livre e, por meio desse abuso, é que o autor mediato controla toda a ação.

A aplicação da autoria mediata vem sendo acolhida pela maioria dos doutrinadores, porém, no que tange ao domínio da vontade em virtude de um aparato organizado de poder, sua aplicação vem se restringindo especificamente às estruturas estatais. Essa interpretação limita sobremaneira a aplicação de tal teoria, devendo ser possível a sua fixação no ambiente empresarial.

Diante dessas breves considerações, chega-se ao tema do presente trabalho, o qual visa a responder a seguinte pergunta: Seria possível estender da seara pública a teoria do domínio do fato, desenvolvida por Roxin, na sua forma de domínio da vontade em virtude de uma estrutura organizada de poder ao âmbito empresarial, nos casos em que o administrador da sociedade anônima não tem o controle efetivo da gestão da empresa, agindo como *longa manus* do acionista controlador?

A hipótese que se apresenta nesta pesquisa é a de que é possível aplicar a teoria do domínio do fato, sob a forma especial de domínio da vontade, de Roxin, em virtude de um aparato organizado de poder no mundo empresarial.

Para que esta hipótese se concretize, do ponto de vista do Direito Constitucional Penal Econômico, deve-se analisar a conduta do acionista

³ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 729.

controlador, o seu efetivo poder de decisão e a falta de independência dos administradores, em certas circunstâncias, em uma sociedade anônima. Portanto, em determinadas situações, o administrador da sociedade anônima, apesar de ter o poder de gestão da companhia, não possui o seu controle efetivo, agindo nessa situação como *longa manus* do acionista controlador.

Assim, afirma-se que o acionista controlador ao interferir nos atos de gestão da empresa, por intermédio de uma terceira pessoa, desviando a companhia de sua função social, com reflexos na seara do Direito Penal Econômico, poderá ser responsabilizado, conjuntamente, com o administrador, por eventual crime cometido, como autor mediato, apesar de não ter praticado diretamente os elementos objetivos do tipo penal.

O objetivo geral desta Dissertação é demonstrar a responsabilidade penal dos acionistas controladores de sociedades anônimas, à luz da teoria do domínio da vontade, de Roxin, nas situações em que o administrador não tenha autonomamente o controle efetivo da sociedade anônima.

Os objetivos específicos são: detalhar o princípio da função social da empresa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e suas relações com os demais princípios da ordem econômica; identificar qual concepção de interesse social deve guiar a conduta do acionista controlador; identificar os diferentes órgãos de gestão e deliberação existentes em uma sociedade anônima; identificar os deveres do acionista controlador, como forma de delimitação da sua responsabilidade; sistematizar a doutrina a respeito da tutela dos interesses constitucionalmente protegidos e a proibição do excesso no exercício da livre iniciativa empresarial; analisar a teoria do domínio do fato desenvolvida por Welzel e aprimorada por Roxin, na sua forma de domínio da vontade; apresentar a evolução do estudo do concurso de pessoas, destacando a dificuldade em diferenciar coautoria e participação; identificar as possibilidades de legítima aplicação da intervenção punitiva estatal a partir de uma leitura constitucionalizada do Direito Penal; delimitar as relações entre Direito Penal Econômico e a atividade empresarial; e avaliar as repercussões econômicas da responsabilidade penal dos acionistas controladores de sociedades anônimas.

Para desenvolver o objeto da pesquisa será feita uma coordenação de conteúdos de disciplinas de setores do conhecimento referentes ao campo do Direito Empresarial, por meio do estudo da função social da empresa, bem como do Direito Penal, por intermédio da teoria do domínio do fato, de Claus Roxin, dando ao presente trabalho o caráter interdisciplinar.

O processo de estudo dar-se-á principalmente pela vertente jurídico-dogmática e pelo tipo de investigação jurídico-descritivo, ao se tentar descrever e delimitar o uso da função social no Direito Empresarial, bem como pelo tipo de investigação jurídico-interpretativo, ao se propor interpretações que adéquem a utilização da tutela penal estatal à ordem constitucional vigente.

Para isso o raciocínio a ser utilizado no discurso argumentativo, para testar e comprovar a hipótese, será o dedutivo, pois se partirá de uma análise genérica dos institutos propostos para, depois, se chegar à análise de casos concretos.

A natureza dos dados e das fontes a serem incorporados à pesquisa será tanto primária quando secundária. Os dados primários serão aqueles extraídos da legislação relacionada ao tema, bem como da jurisprudência dos tribunais superiores, regionais e estaduais que tratem dessa matéria. Já os dados secundários consistem no conteúdo de livros, artigos de revistas especializadas, doutrina e legislações interpretadas.

Utilizar-se-á, como técnica de desenvolvimento, a pesquisa teórica, procedendo-se, então, a diversos processos discursivos e argumentativos, a fim de convencer acerca da adequação do modelo a ser proposto ao final da investigação.

Importante ressaltar que esta Dissertação conterà seis capítulos. O primeiro será a introdução onde é apresentado o tema objeto do presente trabalho, a hipótese de pesquisa, o objetivo e a metodologia a ser utilizada.

O segundo capítulo abordará o princípio da função social da empresa, fazendo-se uma breve introdução sobre esse instituto e tratando da função social na CRFB/1988, no Código Civil de 2002 (CC/2002) e na Lei 6.404/1976.

No terceiro capítulo, será trabalhado o tema da responsabilidade dos acionistas controladores e administradores das sociedades anônimas (S.A),

cujo principal fundamento será extraído da Lei das Sociedades por Ações (LSA) – Lei nº 6.404/1976.

O quarto capítulo tratará do instituto do concurso de pessoas, apresentando os requisitos para a sua configuração, as teorias que tem o objetivo de explicá-lo, a definição de autoria e participação e suas formas, e como se dá a punibilidade no concurso de pessoas. Será feita também uma breve explanação a respeito da teoria do domínio do fato, a fim de introduzir o assunto que será abordado com mais cuidado.

O quinto capítulo fará um estudo mais detalhado sobre a teoria do domínio do fato, trabalhando as concepções sobre essa teoria de três autores de grande expressão nesse assunto (Welzel, Maurach, e Roxin) e a teoria do domínio da organização, segundo Roxin, como forma de aplicação da teoria do domínio do fato aos crimes cometidos pelos administradores, na gestão da sociedade empresária, com o conhecimento, o consentimento, a conivência ou seguindo ordem do acionista controlador.

Finalmente, o sexto capítulo apresentará a conclusão do presente trabalho, com as principais impressões da autora sobre o assunto proposto.

Por fim, cumpre acrescentar que a elaboração desta Dissertação observará as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e o Padrão de Normatização da Faculdade Milton Campos, no que tange a sua formatação.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Com a instauração de uma sociedade voltada para a aplicação e efetivação das condições sociais da pessoa humana, percebe-se uma interdependência entre o crescimento econômico e o desenvolvimento social.

Em um Estado Democrático de Direito, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve servir como marco regulador, limitando, se necessário, a autonomia privada do empresário a fim de proporcionar justiça social.

Para Farias e Rosenvald⁴, não se trata de uma limitação da autonomia privada. O que ocorre é que o princípio da função social conforma a liberdade individual aos valores sedimentados pela CRFB/1988 e alçados à condição de direitos/princípios fundamentais.

Enfatiza Silva que o Estado Democrático de Direito:

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.⁵

Verifica-se que o pensamento contemporâneo coloca como premissa máxima a constitucionalização do Direito Empresarial, estabelecendo um novo desenho para a autonomia privada baseada em valores que se encontram plasmados na Constituição. Assim observa Wainstein:

É mister que se atente para o fato de que, sendo a Constituição um diploma que exige a conformidade de todas as normas hierarquicamente inferiores, ficam-lhe vinculados o legislador e, de modo geral, o intérprete, seja o juiz, o órgão da administração ou o próprio cidadão, porquanto o jurista, cultor do direito privado ou mesmo de qualquer ramo do direito, deve formar uma "mentalidade constitucionalística", isto é, na sua obra de intérprete e de construtor do sistema, deve buscar nas normas contidas na Constituição as direções hermenêuticas e construtivas fundamentais.⁶

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 53, de 19-12-2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 120.

⁶ WAINSTEIN, Bernardo Julius Alves. *Novo direito dos contratos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 122.

Não se pretende com o presente trabalho vedar a livre iniciativa, a circulação de riquezas, a liberdade de concorrência ou a busca de lucro, mas sim compatibilizar tais objetivos com a função social da empresa, principalmente com o Direito Penal Empresarial.

2.1 O princípio da função social da empresa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Primeiramente, deve-se destacar a importância dos princípios que, ao longo dos anos, vêm se afastando do conceito de Direito Natural para efetivamente se inserirem na definição de norma jurídica. Nos dizeres de Lorenzetti:

A palavra “princípio” pode ter muitos usos. Tem uma função evocativa dos valores fundantes de um ordenamento jurídico, também alude ao início de algo, às noções básicas de uma ciência (princípios de ética ou de matemática), às características essenciais de um ordenamento que representa seu “espírito”. Na jurisprudência, o princípio é concebido como uma regra geral e abstrata que se obtém indutivamente, extraído o essencial de normas particulares, ou como uma regra geral preexistente. Para alguns são normas jurídicas; para outros, regras de pensamento, para alguns são interiores ao ordenamento, enquanto para outros são anteriores ou superiores ao sistema legal.⁷

Para Grau os princípios são “elementos internos ao sistema; isto é estão nele integrados e inseridos. Por isso a interpretação da Constituição é dominada pela força dos princípios”.⁸

Já Canotilho⁹ afirma que os princípios possuem um alto grau de abstração e de determinabilidade na aplicação ao caso concreto; um caráter de

⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 312.

⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 165.

⁹ CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

fundamentalidade no sistema com proximidade da ideia de direito e uma função normogenética fundamentante.

Fernandes¹⁰ fazendo alusão à excelente síntese feita pela jurista portuguesa esclarece que os princípios, diferentemente das regras, possuem alto grau de abstrativização e que por serem vagos e indeterminados necessitam de uma concretização feita pelo legislador ou pelo juiz.

Afirma ainda que os princípios apresentam um papel fundamental no ordenamento jurídico, tendo em vista a sua hierarquia, sendo o fundamento de regras, uma vez que “estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas”.¹¹

Alexy enfatiza que os princípios são mandamentos de otimização, diferenciando-os das regras da seguinte forma:

... princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só dependem das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

[...]

Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente.¹²

É importante ressaltar que não se deve fazer uma análise isolada de algum princípio ou criar diretrizes estanques entre o direito privado e o direito público, pois em um Estado Democrático de Direito todos os ramos estão interligados, tendo como ponto em comum a Constituição.

Deve-se buscar a harmonia entre as normas, até mesmo porque muitas das vezes estamos diante de conceitos vagos e de difícil delineamento, necessitando-se, pois, de uma interpretação para a compreensão do seu valor.

¹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, revista, ampliada e atualizada até a EC nº 71 de 29/12/2012 e em consonância com a Jurisprudência do STF. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

¹¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, revista, ampliada e atualizada até a EC nº 71 de 29/12/2012 e em consonância com a Jurisprudência do STF. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 221.

¹² ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. 2ª Ed. México: Fontamara, 1998, p. 12.

Com o fim de dar uma unidade de sentido aos princípios constitucionais é necessária a análise da dignidade da pessoa humana, princípio insculpido no art. 1º da CRFB/1988. Nesse sentido, Frazão salienta que

As constituições democráticas vêm procurando destacar a importância da autonomia, em seu duplo deslocamento público e privado, por meio da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, que traz em si a ideia “Kantiana” de que cada um tem o direito de decidir, de forma autônoma, sobre o seu próprio projeto de vida. O grande avanço é que, com a constitucionalização, o princípio deixa de ter um valor apenas moral e passa a assumir a vinculação e a obrigatoriedade que são características das normas jurídicas.

[...]

Ao resgatar o propósito de assegurar o igual direito de todos de realizarem os seus respectivos projetos de vida, o princípio da dignidade da pessoa humana rompe, de vez, com a tradicional dicotomia entre o interesse privado e o interesse público, mostrando que os direitos subjetivos são relações sociais, intersubjetivas e comprometidas com uma sociedade formada por cidadãos livres e iguais.¹³

Nesse mesmo sentido, enfatiza Sarlet:

Assim, seguindo uma tendência que parece estar conduzindo a uma releitura e recontextualização da doutrina de Kant (ao menos naquilo em que aparentemente se encontra centrada exclusivamente na noção de autonomia da vontade e racionalidade), vale reproduzir a lição de Dieter Grimm, eminente publicista e Magistrado germânico, ao sustentar que a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade e, mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim ser considerado e respeitado pela sua condição humana.¹⁴

Assim, a finalidade da função social seria impor uma atuação positiva ao empresário em favor da coletividade, buscando assegurar justiça social. Segundo Fernandes,

A preocupação aqui não é com a pessoa em si (a partir de bases jusnaturalistas), como acontece na doutrina alemã, mas no processo de inserção dessa pessoa no tecido social; isto é, a pessoa assume não apenas um direito, mas também um dever de contribuir para o progresso da sociedade com o seu trabalho. Ao que parece, essa

¹³ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 188-189.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 51.

vertente da ideia de dignidade parece ter ficado olvidada por alguns juristas brasileiros que importaram a matriz alemã.¹⁵

É importante ressaltar que os doutrinadores não chegaram a um consenso do que seja dignidade da pessoa humana. Deve-se, portanto, ter em mente que se trata de um meta-princípio ou superprincípio, irradiando “valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais”.¹⁶

Portanto, ao se destacar o princípio da função social da empresa deve-se atrelá-lo ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o comportamento dos controladores e administradores de companhias deve se coadunar com tais ideais.

O filósofo, teólogo e padre dominicano do século XIII São Tomás de Aquino¹⁷ foi o primeiro a difundir a ideia de função social, quando declarou que os bens adquiridos individualmente teriam uma destinação comum.

Mas o desenvolvimento do conceito jurídico de função social se deu a partir da vinculação entre poder-dever que foi amplamente aprimorado pelo constitucionalista Santi Romano. Afirmava o autor que a função social era um direito subjetivo.¹⁸

Salienta Perlingieri que:

A função social, construída como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais sem os limites, ficariam íntegros e livres. Este resultado está próximo à perspectiva tradicional. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.¹⁹

Nesse mesmo sentido, enfatiza Frazão que:

¹⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, revista, ampliada e atualizada até a EC nº 71 de 29/12/2012 e em consonância com a Jurisprudência do STF. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, 299.

¹⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, revista, ampliada e atualizada até a EC nº 71 de 29/12/2012 e em consonância com a Jurisprudência do STF. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 300.

¹⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social do contrato: Conceito e critérios de aplicação*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 168, out./dez., 2005.

¹⁸ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social do contrato: Conceito e critérios de aplicação*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 168, out./dez., 2005.

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 226.

Na atualidade, apesar da existência de algumas posições mais restritivas, segundo as quais a função social seria mera limitação negativa ao exercício da propriedade, a fim de coibir abusos, a parte mais significativa da doutrina reconhece a dimensão ativa da função social, enfatizando o compromisso positivo do proprietário com o atendimento dos interesses sociais.²⁰

Na mesma orientação, defendendo o sentido positivo da função social, Tepedino alega que a sua essência seria “a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu *perfil* interno e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *massimo sociale*”.²¹

No que tange especificamente à função social da empresa, deve-se partir do pressuposto de que a função social da propriedade sempre gerou reflexos sobre os bens de produção.

Defende Vaz²² que a função social da empresa seria o respeito a toda sociedade. Nesse mesmo sentido assevera Frazão:

Logo, não há dúvida de que o reconhecimento da função social dos bens de produção representou uma importante etapa da consolidação da função social da empresa, ao ressaltar que o patrimônio desta não poderia estar comprometido apenas com os interesses do empresário ou dos sócios da sociedade empresária, mas deveria atender igualmente aos interesses da coletividade. Entretanto, a função social dos bens de produção não esgotou a questão da função social da empresa, tendo em vista que esta é uma realidade complexa e que não se restringe ao seu aspecto patrimonial. Com efeito, em face da existência do poder de controle e da dissociação entre este e a propriedade, a função social da empresa precisou alargar-se para vincular igualmente o controle e a administração.²³

Assim, tendo em vista o elevado grau de indeterminabilidade do que venha a ser o princípio da função social da empresa, a despeito da falta de um regramento constitucional expresso, se faz necessária a utilização de uma interpretação extensiva.

²⁰ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 103.

²¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339.

²² VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

²³ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 110.

Primeiramente, torna-se inevitável a análise do art. 170 da Constituição Federal, que trata da ordem econômica. *Verbis*,

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação da EC nº 42/03);

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (Redação da EC nº 6/95).²⁴

Gontijo²⁵, baseando-se numa interpretação sistemática dos direitos fundamentais com foco no empresário e na empresa concebeu o princípio da dignidade da pessoa jurídica, com o objetivo de viabilizar a existência e a manutenção da pessoa jurídica, fonte produtora de riquezas.

Para Gontijo, referido princípio preconiza que “as pessoas jurídicas têm direito a uma existência digna e protegida”, pois “a ordem jurídica nacional lhe assegura o direito de existir e se personificar”, ou seja, “a pessoa jurídica é reconhecida pela ordem jurídica brasileira, na medida em que a entidade, antes mesmo de ser pessoa, tem o direito subjetivo à personificação assegurada in abstracto pela ordem legal”. Logo, segundo o autor, se a pessoa jurídica “tem direito de existir, de ser pessoa pela ordem jurídica nacional, evidentemente esta existência tem de ser digna”.²⁶

Ainda segundo Gontijo²⁷, o art. 1º, III, da CRFB/1988 sedimentou o princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro e

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: Angher, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 15ª Ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 21-106.

²⁵ GONTIJO, Vinícius José Marque. *Do princípio da dignidade da pessoa jurídica*. In: Revista de Direito Mercantil – 149/150, p. 151-158.

²⁶ GONTIJO, Vinícius José Marque. *Do princípio da dignidade da pessoa jurídica*. In: Revista de Direito Mercantil – 149/150, p. 155.

²⁷ GONTIJO, Vinícius José Marque. *Do princípio da dignidade da pessoa jurídica*. In: Revista de Direito Mercantil – 149/150, p. 155-156.

o art. 170 da CRFB/1988, inserido no título que trata da ordem econômica e financeira, trata da dignidade da pessoa jurídica, que deve ser observada por todos (legislador e aplicadores do Direito) sob pena de se negar vigência ao preceito contido no próprio art. 170 da CRFB/1988.

2.2 O princípio da função social da empresa no Código Civil de 2002 e na Lei nº. 6.404/1976

Inicialmente cumpre relembrar que o CC/2002 foi elaborado sob a orientação de três princípios gerais ou diretrizes teóricas, que devem perpassar todos os institutos jurídicos disciplinados por este diploma normativo, guiando a atuação do intérprete e do aplicador do Direito. Tratam-se das diretrizes da eticidade, da socialidade e da operabilidade ou concretude.

Sob a diretriz da eticidade, o legislador tentou aproximar certas regras pertencentes, até então, apenas ao campo da moral, ao Direito positivado, a fim de criar uma maior identidade entre Direito e moral.

Tanto a norma moral como a norma jurídica são dotadas de sanção caso não sejam observadas. A norma moral possui sanção de ordem moral, podendo ser aplicada, por exemplo, pela comunidade em que a pessoa vive ou a família. A norma jurídica, por seu turno, possui sanção de natureza jurídica, sendo aplicada coercitivamente pelo Estado, independentemente da vontade da pessoa que a violou.

Por essa diretriz, Miguel Reale buscou uma aproximação entre o Direito e a Ética, elaborando as normas segundo padrões de comportamento considerados objetivamente morais pela sociedade. Com isso, a norma passa a trazer regras sociais de conduta, consideradas objetivamente corretas, deixando de considerar apenas o aspecto psicológico das pessoas.

A principal manifestação desse princípio geral, no CC/2002, é a incorporação do princípio da boa-fé objetiva nas relações jurídicas, nos diversos ramos do direito privado. Com isso, verifica-se se determinado

indivíduo agiu de acordo com o padrão de comportamento considerado ético pela sociedade.

Pautado no princípio geral da socialidade ou sociabilidade, o legislador buscou valorizar os direitos de natureza eminentemente sociais, equiparando-os aos direitos individuais em nível de tutela jurídica.

A principal expressão dessa diretriz foi a inserção do princípio da função social em diversos institutos disciplinados no CC/2002, a exemplo do direito das obrigações e dos contratos, do direito de propriedade e da posse.

Orientado pelo princípio geral da operabilidade (também chamado concretude ou efetividade), o legislador do CC/2002 fez uma clara opção pela prevalência do conteúdo das relações jurídicas em detrimento da forma, com o objetivo de conferir efetividade às normas e segurança jurídica aos indivíduos.

Com isso, estabeleceu-se uma distinção mais nítida entre prescrição e decadência, além de reduzir os respectivos prazos, a fim de conferir mais segurança aos negócios jurídicos.

Além disso, com a concretude, o legislador buscou, tanto quanto possível, afastar definições abstratas como “homem médio” e “bom pai de família”, em prol da análise de situações concretas, segundo as peculiaridades de cada caso.

Nesse trabalho, não serão abordados institutos fundados nas diretrizes da eticidade e da concretude por falta de pertinência ao tema proposto, o qual se limita, neste ponto, à função social da empresa.

Primeiramente, cumpre salientar que o CC/2002 não tratou expressamente da função social da empresa, limitando-se a se referir à função social dos contratos e da propriedade. Todavia, isso não significa que esse princípio não possa ser aplicado ao Direito Empresarial.

Nesse sentido, é importante destacar que o Enunciado 53, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal (CJF), dispõe que “Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa.”²⁸

²⁸ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de Direito Civil I, III e IV: enunciados aprovados. 20--. Disponível em:

Pois bem. Iniciando a análise da função social da empresa importa lembrar que, com fundamento na diretriz da socialidade, baseada no princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I da CRFB/1988) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/1988), a função social ganhou nova roupagem, abandonando a concepção individualista de um Estado voltado a atender aos interesses individuais e assumindo uma concepção coletivista.

Assim, a empresa também ganhou uma função social tornando-se, não somente um instrumento de satisfação dos interesses lucrativos daquele que a exerce, mas, principalmente, uma atividade direcionada à efetivação dos interesses sociais, na busca da concretização de valores como a fraternidade, a solidariedade, a igualdade e na efetivação dos direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos, entre eles os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade (pilares do Estado Democrático de Direito).

O empresário passou a ter deveres de conduta pautados em diretrizes que orientam a boa-fé objetiva, segundo padrões de comportamento considerados objetivamente éticos, como a lealdade, a honestidade, a boa-fé, a cooperação, a proteção, a informação, a confiança, entre outras.

Segundo Pereira, em artigo jurídico publicado em revista eletrônica,

A aplicação sistemática das regras do novo Código Civil permite, sem dúvida, estender o valor da função social para o exercício da atividade econômica, de maneira que o exercício da empresa, a liberdade de iniciativa e a livre concorrência se conformem com os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana, do trabalho e da solidariedade.

É o direito privado atual que faz realizar a livre iniciativa.

Aliás, ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, garantindo assim o exercício da empresa, a Constituição Federal impõe o dever de observar a função social da propriedade, que quando ligada à livre iniciativa, defende Rachel Sztajn, se refere tanto aos bens e meios de produção, quanto aos bens, produtos e serviços resultantes da atividade econômica dirigida para os mercados.²⁹

<<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acessado em 14 nov. 2014.

²⁹ PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. *Função social da empresa e do contrato*. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.01.05/05. 20---. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2005-2/FuncaoSocial-RECJ.02.05-05.pdf>>. Acessado em 14 nov. 2014, p. 22.

Assim, enquanto atividade econômica destinada à circulação de bens e serviços, a sociedade empresária observa o princípio da função social quando exerce lícita e legitimamente a empresa, gerando riqueza para os sócios, empregados e para o Estado e contribuindo para o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Cateb e Oliveira ensinam que

... a função social da empresa, entendida como exercício de atividade, evidencia-se quando a organização possibilita a melhor circulação de riquezas, com a redução dos custos transacionais envolvidos na oferta da produção ao mercado. Deve-se ainda lembrar que “o desenho organizacional é que limita ou amplia a possibilidade de condutas de apropriação de riquezas”.

A função social da empresa identifica a sua funcionalidade como meio de criação de riquezas, o que pode resultar em ganho social. Pode-se afirmar que não se contrapõe à atividade especulativa, pois a empresa exerce a sua função social através dos ganhos sociais gerados a partir de sua própria organização, redundante do arranjo contratual e/ou complexo de direito, que lhe deve ser própria.³⁰

Sob o aspecto econômico, a função social decorre da própria atividade exercida pela sociedade empresária ou pelo empresário, referente à produção e circulação de bens e serviços destinados ao mercado.

Sendo analisada estritamente sob o prisma do instrumento de constituição, a sociedade, para Cateb e Oliveira³¹, cumpre a sua função social enquanto garante aos sócios o exercício do direito de propriedade.

Esse sentido da função social da empresa, porém, não surgiu com a publicação do CC/2002, remontando à época do Estado Liberal fundado no individualismo, no qual o contrato tinha aptidão para cumprir sua função social quando fosse apto a tutelar a propriedade privada dos meios de produção.

Paulo Nain, citado por Cateb e Oliveira³², entende que a função social do contrato de sociedade tem um sentido intrínseco, manifestando-se na boa-fé

³⁰ CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. *Breves anotações sobre a função social da empresa*. Artigo apresentado na XI Conferência Anual da ALACDE. 20---. Disponível em: <<http://www.amde.org.br/papers/00002.pdf>>. Acessado em 14 nov. 2014, p. 5-6

³¹ CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. *Breves anotações sobre a função social da empresa*. Artigo apresentado na XI Conferência Anual da ALACDE. 20---. Disponível em: <<http://www.amde.org.br/papers/00002.pdf>>. Acessado em 14 nov. 2014.

³² NAIN, Paulo *apud* CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. *Breves anotações sobre a função social da empresa*. Artigo apresentado na XI Conferência Anual da ALACDE. 20---. Disponível em: <<http://www.amde.org.br/papers/00002.pdf>>. Acessado em 14 nov. 2014.

e lealdade entre os sócios contratantes, e extrínseco, revelando-se no impacto que o contrato de sociedade pode produzir na sociedade.

Segundo Cateb e Oliveira,

Especificamente, analisando a função social do contrato de constituição de sociedade sob o seu aspecto intrínseco, pode-se afirmar que a cláusula geral prevista no art. 421 do Código Civil possui aplicações específicas em direito societário. Apenas a título de exemplo, aponta-se a vedação da cláusula leonina prevista no art. 1.008 do Código Civil ou a necessidade de se fazer constar expressamente do estatuto social os privilégios e desvantagens previstos para os acionistas preferencialistas, conforme previsto no art. 17 da Lei 6.404/76.³³

Em outras palavras, o aspecto intrínseco da função social do contrato de sociedade relaciona-se ao próprio instrumento de constituição, considerando o estabelecimento das cláusulas numa fase inicial e anterior à formação da pessoa jurídica, bem como a interpretação e cumprimento, numa posterior fase de operação.

Sob o ponto de vista extrínseco, a função social do contrato de sociedade é analisada em relação aos interesses da pessoa jurídica constituída, mesmo que em contraposição aos interesses dos sócios, uma vez que a finalidade econômica dos sócios não deve se sobrepor aos interesses comuns. Percebe-se, dessa forma, a presença de um interesse público no estabelecimento e desenvolvimento econômico-financeiro da sociedade.

Por isso, a sociedade tem deveres para com a comunidade, devendo observar o ordenamento jurídico brasileiro, em especial a legislação cível, consumerista, ambiental, tributária, penal, e respeitar as diferenças culturais e etárias das pessoas por ela afetadas direta ou indiretamente, não podendo produzir impactos negativos sobre terceiros de boa-fé, nem ser constituída visando a fins ilícitos.

³³ CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. *Breves anotações sobre a função social da empresa*. Artigo apresentado na XI Conferência Anual da ALACDE. 20---. Disponível em: <<http://www.amde.org.br/papers/00002.pdf>>. Acessado em 14 nov. 2014, p. 8.

Para Ferreira³⁴, a função social da empresa é norteada por princípios específicos, como o princípio da dignidade empresarial, da moralidade empresarial e da boa-fé empresarial. Nas palavras da autora,

A função social da empresa reúne verdadeiros princípios éticos que devem integrar o rol dos demais princípios norteadores de uma hermenêutica crítica, possibilitadora da compreensão das complexas relações empresariais contemporâneas. A adoção de um modelo social empresarial desponta como decorrência da busca do equilíbrio do livre mercado, somado aos interesses sociais. A sociedade de consumo atual, o novo contorno das atividades empresariais fazem (*sic*) despertar, na empresa moderna, a necessidade de reflexão acerca de suas ações e funções em um mundo globalizado, onde diferenciais passam a ser imperiosos como forma de estar no mercado.³⁵

O princípio da dignidade empresarial manifesta-se pelo o exercício da atividade empresarial de forma equilibrada, sem abuso e de forma compatível com os princípios constitucionais, com o Direito do Consumidor, Ambiental, Econômico, Penal, Tributário, entre outros.³⁶

O princípio da moralidade da empresa complementa o princípio da dignidade empresarial. Segundo ele, devem ser resguardados e preservados determinados valores indispensáveis para o desenvolvimento da atividade sem se descuidar da observância à legislação.³⁷ De acordo com Ferreira,

Por este princípio são indicadas, como funções sociais e também éticas da empresa, zelar pelo nome da empresa; zelar pela qualidade de seus produtos, serviços e atendimentos; exercer suas atividades formalmente, evitando a informalidade que é sonegadora; atender as necessidades do consumidor de forma adequada, prestando todas as informações devidas.³⁸

³⁴ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Função social e ética da empresa*. Revista Jurídica da UniFil, Ano II, nº 2. 20--. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf>. Acessado em 14 nov. 2014.

³⁵ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Função social e ética da empresa*. Revista Jurídica da UniFil, Ano II, nº 2. 20--. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf>. Acessado em 14 nov. 2014. p. 79.

³⁶ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Função social e ética da empresa*. Revista Jurídica da UniFil, Ano II, nº 2. 20--. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf>. Acessado em 14 nov. 2014.

³⁷ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Função social e ética da empresa*. Revista Jurídica da UniFil, Ano II, nº 2. 20--. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf>. Acessado em 14 nov. 2014.

³⁸ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Função social e ética da empresa*. Revista Jurídica da UniFil, Ano II, nº 2. 20--. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf>. Acessado em 14 nov. 2014. p. 78.

O princípio da boa-fé empresarial, por sua vez, relaciona-se à boa-fé objetiva aplicável às relações empresariais. Nesse sentido, o empresário, os administradores e os representantes de uma sociedade empresária devem pautar suas condutas segundo padrões de lealdade, honestidade, confiança, cooperação, evitando o abuso do direito e buscando o respeito e o bem estar da sociedade, de terceiros que com ela contratam, da comunidade, do meio ambiente, do consumidor, da ordem econômica e dos direitos coletivos em geral.³⁹ Ferreira entende que,

A função social da empresa surge mesclada com ações sociais, inspiradas em direitos nobres, como a tutela do meio ambiente, melhoria do ambiente e relações de trabalho, projetos e complementares de auxílio à família do trabalhador.

A função social da empresa, delimitada pela ordem econômica constitucional e de acordo com o pensamento funcionalista, passa a ser definida na perspectiva da busca de equilíbrio entre os interesses da empresa e os interesses da sociedade de consumo.⁴⁰

Ainda de acordo com Ferreira, “A função social da empresa conduz à responsabilidade social levando o novo sujeito de direito para além dos interesses individuais.”⁴¹

Em resumo, a função social da empresa visa a orientar a atuação do empresário, dos sócios, dos mandatários, dos administradores e dos acionistas controladores, pautando-a por padrões ditados pela boa-fé objetiva, pelo respeito às leis vigentes (tributárias, econômicas, cíveis, empresariais, consumeristas, ambientais, penais) e aos interesses sociais e, ao mesmo tempo, pela geração de emprego, circulação de riqueza e produção de bens e serviços.

³⁹ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Função social e ética da empresa*. Revista Jurídica da UniFil, Ano II, nº 2. 20---. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf>. Acessado em 14 nov. 2014.

⁴⁰ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Função social e ética da empresa*. Revista Jurídica da UniFil, Ano II, nº 2. 20---. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf>. Acessado em 14 nov. 2014, p. 79.

⁴¹ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Função social e ética da empresa*. Revista Jurídica da UniFil, Ano II, nº 2. 20---. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf>. Acessado em 14 nov. 2014, p. 80.

Passando a tratar da função social da empresa na LSA é importante ressaltar que a Lei nº 6.404/1976, anterior à CRBF/1988, já fazia menção à função social da empresa em seus artigos 116 e 154. *Verbis*,

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

[...]

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.⁴²

O *caput* do art. 116 da Lei nº 6.404/1976 traz a definição de acionista controlador, que será abordada no capítulo seguinte.

O parágrafo único desse artigo dispõe sobre o dever que o acionista controlador tem de usar seu poder para fazer com que a sociedade cumpra sua função social, respeitando os direitos dos demais acionistas, dos empregados e da comunidade. Trata-se, portanto, da obrigação do acionista controlador de fazer cumprir o princípio da função social da empresa.

Da mesma forma, o art. 154 da LSA traz o dever do administrador da companhia de exercer suas funções em conformidade com o estatuto social e com a legislação, de forma ampla, abrangendo não somente a cível ou empresarial, mas, principalmente, a tributária, trabalhista, consumerista, econômica, ambiental e penal. A atuação do administrador deverá se dar no interesse da sociedade, dos acionistas e da coletividade, atendendo ao interesse público e à função social da empresa.

⁴² BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

De forma indireta, a função social da empresa também se encontra presente no art. 115, *caput*, e §1º, da Lei nº 6.404/1976. *Verbis*,

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 1º. O acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

§ 2º. Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º.

§ 3º. O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 4º. A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.⁴³

Na mesma linha dos art. 116 e 154 da LSA, o art. 115, *caput*, trata do dever que todo acionista tem de exercer o direito de voto em conformidade com a boa-fé, considerando-se abusiva a manifestação que tenha o fim exclusivo de gerar indevida vantagem pessoal ao sócio ou a terceiro, em prejuízo da sociedade e/ou de outros acionistas. No mesmo sentido, o §1º do art. 115 proíbe que o acionista vote em assembleias, quando tiver interesse direto na matéria que será deliberada.

Esse dever resvala, em última análise, no princípio da função social, pois uma deliberação social praticada com abuso do direito de voto que resulte vitoriosa pode importar na prática de atos contrários à função social da empresa.

Percebe-se, portanto, o entrelaçamento existente entre a função social dos contratos, da propriedade e da empresa, pois todos decorrem do mesmo princípio geral que orientou a elaboração do CC/2002: a socialidade. Apesar de haver previsão expressa nesse diploma normativo somente da função social

⁴³ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

dos contratos e da propriedade, a função social da empresa é amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência. Cumpre ressaltar que a Lei nº 6.404/1976 tratou expressamente da função social da empresa nos art. 116 e 154, fazendo referência indireta a ela no art. 115, *caput*, e §1º.

3 A RESPONSABILIDADE DO ACIONISTA CONTROLADOR E DOS ADMINISTRADORES DA SOCIEDADE ANÔNIMA

As sociedades anônimas ou, simplesmente, companhias estão disciplinadas, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei nº. 6.404/1976, também chamada de Lei das Sociedades por Ações (LSA). Essa lei regulamenta, além das S.A., as sociedades em comandita por ações.

A LSA, promulgada em 1976, foi objeto de pequenas reformas legislativas posteriores pelas seguintes leis: Lei nº. 7.730, de 31 de janeiro de 1989, Lei nº. 8.021, de 12 de abril de 1990, Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997, Lei nº. 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, Lei 11.638, de 28 de dezembro de 2007, Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011, e Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013.

O art. 1º da LSA define S.A. como o tipo societário que tem o capital social dividido em ações, sendo a responsabilidade dos sócios ou acionistas limitada ao valor das ações subscritas ou adquiridas.⁴⁴

Da mesma forma, o art. 1.088 do CC/2002 dispõe que “Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.”⁴⁵

A S.A. é constituída por estatuto e pode ter, por objeto social, qualquer atividade lícita (art. 2º da LSA), devendo adotar, como nome empresarial, a denominação (art. 3º da LSA).

A companhia tem três grandes órgãos sociais: um deliberativo (a Assembleia Geral), um executivo (o Conselho de Administração e Diretoria ou apenas a Diretoria) e um fiscalizador (o Conselho Fiscal).

A Assembleia Geral é o órgão de deliberação máxima da sociedade. Ela é composta pela comunidade de acionistas, podendo ser “convocada e

⁴⁴ Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. (BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.)

⁴⁵ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Angher, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 15ª Ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 136-218.

instalada de acordo com a lei e o estatuto”, além de ter “poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento”.⁴⁶

A Assembleia Geral poderá ser Ordinária (AGO) ou Extraordinária (AGE).

A AGO será convocada nos quatro primeiros meses seguintes ao encerramento do exercício social, tendo como objetivo:

Art. 132. [...]

I - tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras;

II - deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos;

III - eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso;

IV - aprovar a correção da expressão monetária do capital social (artigo 167).⁴⁷

Por outro lado, haverá AGE tem por objeto a deliberação de qualquer outra matéria não constante do art. 132 da LSA, podendo ser instalada em qualquer período do ano, inclusive no mesmo dia que a AGO.

O Conselho Fiscal é o órgão permanente, porém de instalação facultativa em determinado exercício social, composto por, no mínimo, três e, no máximo, cinco membros, e seus respectivos suplentes, acionistas ou não, todos escolhidos pela Assembleia Geral, com competência para:

Art. 163. [...]

I - fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

II - opinar sobre o relatório anual da administração, fazendo constar do seu parecer as informações complementares que julgar necessárias ou úteis à deliberação da assembléia-geral;

III - opinar sobre as propostas dos órgãos da administração, a serem submetidas à assembléia-geral, relativas a modificação do capital social, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamentos de capital, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão ou cisão;

⁴⁶ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

IV - denunciar, por qualquer de seus membros, aos órgãos de administração e, se estes não tomarem as providências necessárias para a proteção dos interesses da companhia, à assembleia-geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

V - convocar a assembleia-geral ordinária, se os órgãos de administração retardarem por mais de 1 (um) mês essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes, incluindo na agenda das assembleias as matérias que considerarem necessárias;

VI - analisar, ao menos trimestralmente, o balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente pela companhia;

VII - examinar as demonstrações financeiras do exercício social e sobre elas opinar;

VIII - exercer essas atribuições, durante a liquidação, tendo em vista as disposições especiais que a regulam.⁴⁸

O órgão executivo de uma S.A. pode ser formado, simplesmente, pela Diretoria ou pelo Conselho de Administração e Diretoria (art. 138 da LSA).

O Conselho de Administração é órgão de deliberação colegiada, facultativo (exceto nas companhias abertas, de capital autorizado e nas sociedades de economia mista, em que ele é obrigatório), composto por, no mínimo, três membros eleitos pela Assembleia Geral (art. 140 da LSA). A competência desse órgão está prevista no art. 142, que estabelece:

Art. 142. Compete ao conselho de administração:

I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;

II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;

III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;

IV - convocar a assembleia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;

V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;

VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;

VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;

VIII - autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver.⁴⁹

⁴⁸ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

A sociedade que tenha Conselho de Administração deverá contar com a Diretoria, órgão competente para praticar os atos de gestão e representação da companhia, composto por, no mínimo, dois membros escolhidos pelo Conselho de Administração, para mandato de três anos, permitida a recondução. Poderão integrar a Diretoria até 1/3 (um terço) dos membros do Conselho de Administração (art. 143 da LSA).

Os membros da Diretoria são eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo Conselho de Administração ou pela Assembleia Geral, se inexistente o primeiro.

Na omissão do estatuto e não havendo deliberação do Conselho de Administração nesse sentido, a representação da companhia e a prática dos atos necessários a sua administração competirá a cada diretor (art. 144, *caput*, da LSA).

Nos limites de suas atribuições e poderes, poderão os diretores constituir mandatários, com prazo determinado e poderes especificados no instrumento de outorga. O mandato judicial poderá ter prazo indeterminado (art. 144, parágrafo único, da LSA).

De acordo com o art. 145 da LSA, “As normas relativas a requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidade dos administradores aplicam-se a conselheiros e diretores.”⁵⁰

Feitas essas breves explanações introdutórias sobre a estrutura da S.A., cumpre analisar, nos subtítulos seguintes, a responsabilidade dos administradores e do acionista controlador da S.A; importante assunto para desenvolvimento do tema objeto desta Dissertação.

3.1 Responsabilidade dos administradores

⁵⁰ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

Segundo Toledo⁵¹, inicialmente, entendia-se que a relação existente entre a companhia e seus administradores era de mandato, sendo estes meros mandatários daquela.

Esse entendimento, porém, era alvo de críticas, pois, entre outras questões, o mandato clássico do Direito Civil tem como característica a possibilidade de ser delegado, o que não ocorre com os poderes e as funções dos administradores da S.A.

Além disso, os poderes do mandatário decorrem do mandato e “os poderes atribuídos aos administradores seriam variáveis, constando ou não de cada instrumento, segundo a vontade dos mandantes”⁵². Os poderes dos administradores decorrem da lei e do estatuto social.

Superada essa teoria, de natureza contratualista, surge outra de feição institucionalista pura, segundo a qual os poderes do administrador derivam exclusivamente do ato constitutivo da sociedade.⁵³

Da mesma forma que a anterior, essa teoria também foi criticada, pois se entendeu que os poderes dos administradores não derivam puramente do estatuto social, mas também da lei e da vontade dos sócios reunidos em assembleia.⁵⁴

Surgiu, então, a teoria organicista, que concebe os administradores como titulares de posições orgânicas dentro da sociedade. A diretoria é um dos órgãos sociais e os diretores titulares desse órgão, expressando a vontade social perante terceiros. Essa é a teoria que prevalece no Direito brasileiro.⁵⁵

Feita essa breve consideração a respeito da natureza da relação existente entre os administradores e a sociedade, cumpre delimitar os deveres dos administradores para, só então, tratar da responsabilidade.

A LSA trata dos deveres e responsabilidades dos administradores na Seção IV do Capítulo XII, art. 153 a 160, disciplinando expressamente os

⁵¹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997.

⁵² TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997, p. 42.

⁵³ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997.

⁵⁴ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997.

⁵⁵ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997.

deveres de diligência, de lealdade, de informação e a vedação em participar de operação quando houver conflito de interesses com a companhia.

Segundo o dever de diligência, previsto nos art. 153 e 154 da Lei nº 6.404/1976, o administrador deverá “empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.⁵⁶

Também é dever do administrador exercer suas atividades objetivando alcançar os fins sociais e no interesse da companhia, observando as “exigências do bem público e da função social da empresa”⁵⁷.

No *caput* do art. 154 da LSA, o legislador, ao explicitar o dever de diligência do administrador, refere-se expressamente, à função social da empresa, demonstrando o interesse público que existe na gestão da sociedade anônima.

A fim de melhor explicar esse dever, a LSA elenca, nas alíneas do §2º do art. 154, as condutas vedadas ao administrador, por conflitarem com a finalidade de suas atribuições e implicarem desvio de poder. Para Toledo⁵⁸, essas vedações são meramente exemplificativas e tem o objetivo de dar feição pragmática ao dever previsto no *caput* do art. 154. Nas palavras do autor,

Aos deveres previstos no art. 154 da Lei das S.A., correspondem umas tantas vedações, que servem para que a norma do *caput* não tenha um conteúdo apenas programático ou ideal, assumindo uma função pragmática. Convém mencionar que as vedações elencadas no §2º não esgotam as possibilidades de conduta administrativa incompatível com os deveres em tela. A enumeração é, portanto, simplesmente exemplificativa.⁵⁹

Nesse sentido, não poderá o administrador praticar ato de liberalidade à custa da sociedade; tomar bens ou recursos da companhia por empréstimo, em proveito próprio, de sociedade que tenha interesse ou de terceiros, sem prévia

⁵⁶ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

⁵⁸ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997.

⁵⁹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997, p. 56.

autorização da Assembleia Geral ou do Conselho de Administração; e receber de terceiros, sem prévia autorização do estatuto ou da Assembleia Geral, vantagem pessoal, direta ou indiretamente, em razão do seu cargo.

De acordo com o art. 154, §3º, da Lei nº 6.404/1976, o recebimento de vantagem pessoal, por terceiro, sem autorização estatutária ou da Assembleia Geral, importará na perda desses valores ou bens em favor da companhia.

Ressalva-se da primeira vedação a prática de atos a título gratuito em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a sociedade, desde que autorizado pelo Conselho de Administração ou pela Diretoria.

Na segunda e terceira hipóteses, admite-se a prática do ato desde que haja prévia autorização da companhia. Subentende-se, nesses casos, que não há prejuízo para a companhia.

O dever de lealdade está previsto no *caput* do art. 155 da LSA, o qual determina que “O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios”⁶⁰. A seguir, o dispositivo prevê as condutas vedadas ao administrador, com fundamento nesse dever, que, para Toledo⁶¹, também estão previstas de forma exemplificativa. *Verbis*,

- I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;
- II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;
- III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.⁶²

A vedação prevista no inciso I do art. 155 da LSA traz a proibição, ao administrador, de usar, em benefício próprio ou alheio, de oportunidades comerciais que tenha conhecimento em razão do cargo.

Segundo Toledo⁶³, essa norma é de natureza formal (e não material), caracterizando-se a infração até mesmo se não houver resultado, ou seja, a

⁶⁰ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

⁶¹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997.

⁶² BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

vedação persiste até nos casos em que a companhia não é prejudicada pela conduta do administrador.

O inciso II traz uma conduta omissiva consistente na omissão em aproveitar oportunidades de negócio no interesse da companhia, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem.

Por fim, o inciso III trata da conduta de adquirir bem ou direito de interesse da companhia ou que esta tencione adquirir, com o objetivo de revendê-los com lucro.

Ainda dentro do dever de lealdade, o §1º do art. 155 da Lei nº 6.404/1976 prescreve que o administrador deve guardar sigilo sobre informação ainda não divulgada no mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo significativo na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado, ainda, valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, por meio de compra ou venda, valores mobiliários. Trata-se de uma conduta que, segundo Toledo⁶⁴, envolve o dever de sigilo.

É dever do administrador não apenas guardar sigilo sobre essas informações, como também zelar para que elas não sejam divulgadas por subordinados ou terceiros de sua confiança (art. 155, §2º, da LSA).

O §3º do art. 155 da LSA dá, ao terceiro prejudicado por essas informações, o direito de haver indenização por perdas e danos do infrator, salvo se, ao contratar, houver agido de má-fé.

O §4º do art. 155 da LSA também trata do dever de sigilo. Contudo, esse dispositivo não se destina ao administrador, mas a qualquer pessoa que tenha tido acesso à informação ainda não divulgada no mercado de valores mobiliários. *Verbis*, “É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.”⁶⁵

⁶³ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997.

⁶⁴ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997.

⁶⁵ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

O art. 156 da LSA traz o dever, do administrador, de não intervir em operação social quando houver conflito de interesse com a companhia, bem como na deliberação que for tomada a esse respeito, devendo cientificar os demais sobre o impedimento e fazer constar na ata da reunião ou assembleia a natureza e extensão do seu interesse. Trata-se, em verdade, não de um dever, mas de uma vedação, que se relaciona, para Toledo, ao dever de lealdade.⁶⁶

Dentro dessa mesma linha, ainda que observada essa vedação, o administrador somente poderá contratar com a sociedade em condições equitativas, idênticas àquelas praticadas no mercado ou que a companhia contrataria com terceiros, sob pena de anulabilidade do ato e perda, em favor da sociedade, das vantagens auferidas na operação (art. 156, §§1º e 2º, da LSA).

O dever de informar, previsto no art. 157 da Lei nº. 6.404/1976, compreende três modalidades, para Toledo: “a) dever de declaração no termo de posse; b) dever de revelação à assembléia geral ordinária; c) dever de comunicação e divulgação”.⁶⁷

Na primeira situação, o administrador tem o dever de informar, no momento em que firmar o termo de posse, o número de ações, de bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações de que seja titular, de emissão da companhia que dirige, bem como de sociedades controladas ou do mesmo grupo (art. 157, *caput*, da LSA). Trata-se de um tipo de informação que diz respeito à pessoa do administrador, voltada, primordialmente, aos acionistas.

A segunda trata do dever de prestar, à assembleia geral, uma série de informações previstas no §1º do art. 157 da LSA. *Verbis*,

Art. 157. [...]

§ 1º O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembléia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social:

a) o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou através de outras pessoas, no exercício anterior;

⁶⁶ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997.

⁶⁷ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997, p. 62.

- b) as opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido no exercício anterior;
- c) os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo;
- d) as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível;
- e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia.⁶⁸

São situações que, ora dizem respeito à pessoa do administrador, como as alíneas 'a', 'b' e 'c' do referido dispositivo legal, ora referem-se à própria sociedade, como as alienas 'd' e 'e'.

Por fim, a terceira modalidade trata do dever de comunicação e divulgação de informações relacionadas à companhia ao mercado de capitais. Trata-se do dever dos administradores de uma S.A. aberta de comunicar à bolsa de valores e divulgar, pela imprensa, deliberação da companhia acerca de fato relevante ocorrido nos negócios que possa influir, de forma significativa, na decisão dos investidores de mercado em vender ou comprar os valores mobiliários emitidos pela sociedade (art. 157, §4º, da LSA).

O §5º do art. 157 da LSA prescreve que os administradores poderão deixar de prestar as informações previstas nos §§ 1º e 4º se entenderem que a revelação poderá colocar em risco os legítimos interesses da companhia. Nesse caso, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) decidirá, de ofício ou a pedido dos administradores ou de qualquer acionista, sobre a prestação das informações e a responsabilização dos administradores, se for o caso.

De acordo com o §6º do art. 157 da LSA, os administradores de uma S.A. aberta deverão informar, imediatamente, à CVM e às bolsas de valores ou entidades de mercado de balcão nos quais os valores mobiliários da companhia sejam admitidos à negociação, as modificações em suas posições acionárias na sociedade.

Corrêa-Lima⁶⁹ entende que são, basicamente, três os deveres dos administradores: o dever de obediência à lei e ao estatuto, de diligência e de lealdade. Para ele, são corolários do dever de lealdade os deveres de informação (art. 157); de sigilo (art. 155, §§1º e 4º); de não usurpar

⁶⁸ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

⁶⁹ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

oportunidade da companhia (art. 155, I, II, e III); de negociar com a companhia somente em condições razoáveis e equitativas (art. 156 e 117, §1º, 'f'); de não se valer de informações privilegiadas na negociação de valores mobiliários (art. 155, §1º); de votar no interesse da companhia (art. 115) e abster-se de votar em situações nas quais tenha interesse pessoal no resultado da deliberação (art. 134, §§ 1º e 6º); de abster-se de praticar ato de liberalidade à custa da sociedade (art. 154, §2º, 'a'); de não tomar, por empréstimo, bem da companhia sem autorização prévia da Assembleia Geral ou do Conselho de Administração (art. 154, §2º, 'b'); de não usar, em proveito próprio ou alheio, ou ainda, de sociedade em que tenha interesse, bens, serviços ou crédito da companhia (art. 154, §2º, 'b'); de não receber, sem autorização estatutária ou da Assembleia Geral, vantagem pessoal direta ou indireta, em razão do exercício da função (art. 154, §2º, 'c'); e de garantir a gestão, quando exigido pelo estatuto social (art. 148).⁷⁰

Analisados os principais deveres dos administradores, na S.A., cumpre, agora, estudar a responsabilidade destes por sua violação.

Em regra, os administradores não têm responsabilidade pessoal pelos atos que praticarem no exercício de sua atividade, pois o fazem em nome da sociedade. Segundo Toledo⁷¹, eles “presentam” a sociedade, ao atuar no mundo jurídico. Assim, em princípio, a sociedade é responsável pelas obrigações assumidas em seu nome, pelos administradores e diretores. E isso ocorrerá quando essas pessoas praticarem atos regulares de gestão.

Ato regular de gestão é aquele que se adequa ao “sistema jurídico disciplinador da administração de empresas”⁷², ou seja, é aquele praticado dentro dos limites previstos na lei e/ou no estatuto social.

O administrador será responsabilizado civilmente pelos prejuízos que causar quando agir com dolo ou culpa, dentro de suas atribuições, ou com violação à lei ou estatuto. É isso que preconiza o art. 158 da LSA.

⁷⁰ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

⁷¹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997, p. 66.

⁷² TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997, p. 66.

Dolo é a vontade livre e consciente de praticar determinado ato. Aquele que age com dolo tem o pleno e completo conhecimento de todas as circunstâncias que envolvem a prática de sua conduta.

A culpa, por outro lado, tem uma definição meio nebulosa para o Direito Civil. No Direito Penal, culpa é a falta de um dever objetivo de cuidado que abarca três espécies: a imprudência, a imperícia e a negligência. Para o Direito Civil, segundo Corrêa-Lima⁷³, a definição de culpa tem um fundamento precário, podendo conduzir a certo subjetivismo judicial. Nas palavras do autor,

A noção de culpa, tradicionalmente adotada como o alicerce da responsabilização civil, só veio a ser devidamente esclarecida pela Psicanálise, que demonstrou tratar-se de fundamento precário, senão totalmente imprestável, para a responsabilidade civil.

A adoção da culpa como fundamento da responsabilidade civil torna mais difícil a aplicação dos preceitos legais a esta relativos, bem como a responsabilização concreta. O juiz, preso à idéia de culpa, não consegue escapar de uma inevitável dose de subjetivismo, que o amedronta e assombra. Sob um prisma psicanalítico, ocorre como que um inevitável vazamento, uma espécie de contaminação entre a culpa procurada para fundamentar a responsabilização e a culpa inconsciente do magistrado. Mecanismos psicológicos inconscientes de projeção e introjeção mobilizam-se quando um juiz busca a culpa de outra para aplicar-lhe o “castigo” da responsabilização. Essa precariedade ou imprestabilidade do conceito de culpa como fundamento da responsabilidade civil, no campo da legislação societária, pode culminar numa certa impunidade, por incorreta aplicação do §6º do art. 159.⁷⁴

Nos termos do art. 47 do CC/2002, os atos dos administradores obrigam à sociedade, desde que exercidos nos limites dos poderes que lhes foram conferidos no ato de constituição da pessoa jurídica.

Conjugando o art. 1.016 com o art. 47 do CC/2002, percebe-se que o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações contraídas em nome da sociedade. Contudo, responderá perante ela e terceiros prejudicados quando agir ou se omitir ilicitamente com dolo ou culpa.

O parágrafo único do art. 1.015 do CC/2002 prevê três situações nas quais o excesso praticado pelo administrador não obriga a sociedade, podendo ser oposto apenas em face daquele que praticou o ato: quando a limitação de poderes estiver inscrita no instrumento de constituição ou averbada no registro

⁷³ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *O acionista minoritário no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

⁷⁴ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *O acionista minoritário no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 109.

próprio da sociedade; quando se provar que era conhecida pelo terceiro, que estava de má-fé, em conluio com o administrador, para fraudar a sociedade; e quando a operação realizada for evidentemente estranha aos negócios sociais.

Para Gontijo⁷⁵, no âmbito do Direito Societário, a ação ou omissão ilícita que autorizam a responsabilização do sócio pelas obrigações da sociedade é gênero, compreendendo, como espécies, o ato ilegal e o ato *ultra vires*.

Ato ilegal é aquele violador de lei imperativa editada pelo Estado (a exemplo de normas penais, tributárias, entre outras). É o mais fácil de ser identificado, pois a conduta, nesse caso, viola a norma jurídica, cuja sanção cominada será a responsabilização pessoal do administrador, solidariamente à sociedade, pelos danos causados a terceiros.⁷⁶

Já o ato *ultra vires* (cuja tradução é: “além das forças”), para Gontijo⁷⁷, é aquele praticado além dos poderes conferidos ao sócio ou administrador quando da constituição da sociedade, subdividindo-se em excesso de mandato ou ato contrário ao instrumento de constituição.

O administrador age em excesso de mandato quando tem poderes para praticar determinado ato em nome da sociedade e não observa os requisitos previstos estatuto social para tanto. Trata-se de ato ilícito pela inobservância dos requisitos previstos no instrumento de constituição.⁷⁸

Na segunda hipótese, praticará ato contrário ao instrumento de constituição o administrador que executar conduta expressamente proibida no estatuto social.

O administrador, todavia, não será responsável pelos ilícitos de outros administradores, exceto se for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se deixar de agir para evitar sua prática, se deles tiver conhecimento (art. 158, §1º, primeira parte, da Lei nº 6.404/1976).

Sendo dissidente em alguma deliberação dos órgãos da administração, ele se eximirá de responsabilidade se fizer constar da ata da reunião a

⁷⁵ GONTIJO, Vinícius José Marque. *Responsabilização no direito societário de terceiro por obrigação da sociedade*. In: Revista dos Tribunais 854/38, dezembro de 2006, p. 42.

⁷⁶ GONTIJO, Vinícius José Marque. *Responsabilização no direito societário de terceiro por obrigação da sociedade*. In: Revista dos Tribunais 854/38, dezembro de 2006, p. 42.

⁷⁷ GONTIJO, Vinícius José Marque. *Responsabilização no direito societário de terceiro por obrigação da sociedade*. In: Revista dos Tribunais 854/38, dezembro de 2006, p. 42.

⁷⁸ GONTIJO, Vinícius José Marque. *Responsabilização no direito societário de terceiro por obrigação da sociedade*. In: Revista dos Tribunais 854/38, dezembro de 2006, p. 42.

divergência ou, não sendo isso possível, informe por escrito e imediatamente ao órgão da administração, ao Conselho Fiscal ou à Assembleia Geral. (art. 158, §1º, segunda parte, da Lei nº 6.404/1976).

De acordo com o §2º do art. 158 da LSA, é solidária a responsabilidade dos administradores pelos prejuízos causados em virtude do descumprimento dos deveres impostos por lei ou pelo estatuto, ainda que tais deveres não caibam a todos.

Também haverá responsabilidade solidária do administrador que, tendo conhecimento do descumprimento desses deveres pelo seu predecessor ou pelo administrador competente, deixar de comunicar o fato à Assembleia Geral (art. 158, §4º, da Lei nº 6.404/1976).

No caso de S.A. aberta, essa responsabilidade ficará restrita àquele que, por disposição estatutária, tenha atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres (art. 158, §3º, da LSA).

O §5º do art. 158 da Lei nº 6.404/1976 traz uma norma que atribui responsabilidade solidária ao terceiro que, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorra para a prática do ato violador da lei ou estatuto.

Ocorrendo uma das hipóteses de responsabilização do administrador por violação de dever inerente à sua função, competirá à sociedade, depois de prévia deliberação em AGO ou AGE, propor a ação de responsabilidade civil contra o causador do dano (art. 159, *caput*, c/c §1º, da LSA).

Nesse caso, o administrador ou administradores responsáveis ficarão impedidos de continuar exercendo suas funções na companhia e deverão ser substituídos na mesma assembleia (art. 159, §2º, da LSA).

Não sendo a ação proposta dentro do prazo de três meses contados da celebração da assembleia, qualquer acionista está autorizado a fazê-lo (art. 159, §3º, da LSA).

Se ficar decidido que a ação não será proposta pela sociedade, acionistas que representem, pelo menos, 5% (cinco por cento) do capital social poderão promovê-la (art. 159, §4º, da LSA). Nessa hipótese, os resultados da demanda pertencerão à companhia, mas esta deverá indenizar o acionista demandante, até o limite do proveito obtido, de todas as despesas que tiver feito, com correção monetária e juros (art. 159, §5º, da LSA).

A responsabilidade do administrador poderá ser excluída se o juiz reconhecer que este agiu de boa-fé ou visando ao interesse da sociedade (art. 159, §6º, da LSA).

Finalmente, o art. 159, §7º, da LSA estabelece que a ação de responsabilidade civil da companhia ou do(s) acionista(s) contra o administrador não exclui aquela que couber ao acionista ou ao terceiro diretamente prejudicado pelo ato.

3.2 Responsabilidade do acionista controlador

O conceito de acionista controlador vem previsto no art. 116 da LSA que dispõe o seguinte:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléa-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.⁷⁹

Verifica-se, portanto, a necessidade de presença de alguns requisitos para a caracterização do acionista controlador ou grupo de acionistas. A pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de votos precisam: a) ser titulares de direitos de sócio que lhes assegurem, de forma permanente, a possibilidade de definir o resultado das deliberações sociais e eleger a maioria dos administradores; e b) usar esse poder para direcionar as atividades desenvolvidas na sociedade e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Acionista controlador ou grupo de acionistas não se confunde com acionista majoritário. Para que um sócio seja considerado acionista majoritário,

⁷⁹ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

basta que ele tenha a maioria das ações, considerando-se a sua fração em relação à dos demais acionistas.

Assim, em companhias que tenham suas ações pulverizadas no mercado mobiliário, é possível que alguém que tenha apenas 10% (dez por cento) do capital social seja considerado sócio majoritário.

Essa pessoa, obviamente, não será acionista controlador, exceto se estiver envolvida em acordo de votos que lhe assegure, de modo permanente, a maioria de votos nas deliberações sociais e a escolha dos administradores, além da direção das atividades sociais e do funcionamento dos órgãos.

Pelas mesmas razões, é possível que vários acionistas minoritários sejam considerados, juntos, controladores em virtude de acordo de votos que lhe proporcione o poder já mencionado.

É dever do acionista controlador ou grupo de acionistas usar o seu poder para fazer a sociedade alcançar seu objeto social e cumprir sua função social, tendo deveres e responsabilidade para com os demais acionistas, os trabalhadores e a comunidade onde atua, cujos direitos e interesses deve respeitar (art. 116, parágrafo único, da LSA). Trata-se, como já mencionado anteriormente, de uma manifestação do princípio da função social da empresa previsto na Lei nº 6.404/1976.

Havendo eleição, pelo acionista controlador ou grupo de acionistas, de membro do Conselho de Administração ou do Conselho Fiscal, as modificações na posição acionária de controle deverão ser imediatamente comunicadas à CVM, às Bolsas de Valores ou mercado de balcão que tenham valores mobiliários da companhia admitidos à negociação. Essa comunicação deverá ser feita pela forma e nas condições determinadas pela CVM (art. 116-A da LSA).

O art. 117 da LSA trata da responsabilidade do acionista controlador pelo exercício abusivo de poder. Segundo Corrêa-Lima⁸⁰, as modalidades previstas no §1º do referido artigo são apenas exemplificativas.

Segundo Comparato e Salomão Filho⁸¹, todas as modalidades de abuso de poder previstas no §1º do art. 117 trazem previsão de conduta dolosa,

⁸⁰ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *A reforma da Lei das Sociedades Anônimas*: Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

sendo que, algumas delas, como as alíneas 'b' e 'c', exigem dolo específico. Ainda para os autores,

Em outras hipóteses, porém, a prova do elemento subjetivo revela-se diabólica, a não ser recorrendo a presunções *hominis*, fundadas em indícios e circunstâncias; ou então admitindo, para efeitos civis, que a culpa grave ao dolo se equipara.⁸²

Prescreve o art. 117, §1º, da Lei nº 6.404/1976:

Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

- a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
- b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
- e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral;
- f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
- g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.
- h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (Incluída dada pela Lei nº 9.457, de 1997)⁸³

⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁸² COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 339.

⁸³ BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

A alínea 'a' do §1º do art. 117 prevê a conduta de orientar a sociedade para finalidade diversa do objeto social ou do interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, em prejuízo dos acionistas minoritários ou da economia nacional.

De acordo com a alínea 'b' do mesmo dispositivo, também é abuso de poder a conduta do acionista controlador ou grupo de acionistas de promover a liquidação forçada da sociedade solvente ou a sua transformação, incorporação, fusão ou cisão, com o objetivo de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida em prejuízo dos demais sócios, daqueles que trabalham na companhia ou dos investidores.

Trata-se, conforme já mencionado, de conduta dolosa que exige finalidade específica de obter vantagem indevida, para si ou para outrem, em prejuízo de terceiros.

A alínea 'c' traz a conduta de promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adotar qualquer tipo de política ou decisão que tenha fim diverso do interesse da companhia, visando ao prejuízo de acionistas minoritários, trabalhadores ou investidores.

Segundo a alínea 'd', constitui abuso de poder de controle a conduta de eleger administrador ou fiscal sabidamente inapto, moral ou tecnicamente.

O art. 117, §1º, 'e', por sua vez, traz a conduta daquele que induz, ou tenta induzir, administrador ou fiscal à prática de ato ilegal, ou ainda, descumprindo os deveres previstos na LSA e no ato constitutivo da sociedade, promove a ratificação de tais atos pela assembleia geral, contrariando os interesses da companhia.

Nesse caso, responderá solidariamente com o acionista controlador o fiscal ou administrador que praticar o ato ilegal (art. 117, §2º, da LSA).

De acordo com a alínea 'e' do mesmo dispositivo legal, também age com abuso do poder o acionista controlador ou grupo de acionistas que contrata com a companhia, diretamente ou por meio de interposta pessoa, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições não equitativas.

A alínea 'g' do §1º do art. 117 da LSA prescreve a conduta de aprovar ou influenciar para que contas irregulares dos administradores sejam aprovadas, favorecendo-os, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou deva

saber ser procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade na administração da companhia.

Por fim, o art. 117, §1º, 'h', traz a conduta de subscrever ações, com a finalidade de aumentar o capital social (art. 170 da Lei nº 6.404/1976), por meio da realização de bens estranhos ao objeto social da companhia.

Essa hipótese foi incluída pela Lei nº 9.457/1997, a fim de reforçar as normas existentes que estabelecem “os deveres de diligência e lealdade dos administradores e controladores, bem como sobre o conflito de interesses”.⁸⁴

Segundo Corrêa-Lima, “competirá ao Poder Judiciário, examinando criteriosamente as circunstâncias fáticas, decidir, em cada caso, se o bem é, ou não, “estranho ao objeto da companhia””.⁸⁵

Além de todas as situações mencionadas exemplificativamente, no art. 117, §1º da LSA, cumpre acrescentar que o acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

Os deveres e responsabilidades dos administradores e acionistas controladores tratados, até agora, neste capítulo têm natureza, eminentemente, cível.

No que tange à responsabilidade na esfera penal, vige, em regra⁸⁶, o princípio segundo o qual a sociedade (pessoa jurídica) não pode delinquir (*societas delinquere non potest*).

Assim sendo, a prática de crimes societários gerará a responsabilização penal dos administradores e do acionista controlador ou grupo de acionistas que orientaram e/ou determinaram a conduta daqueles. Nesse sentido, Joaquim Simões Barbosa, citado por Corrêa-Lima afirma que:

No mundo moderno, a atividade empresarial é sempre exercida através de uma pessoa jurídica, que tem personalidade jurídica própria, autônoma e independente da de seus sócios e

⁸⁴ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *A reforma da Lei das Sociedades Anônimas*: Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 38.

⁸⁵ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 274.

⁸⁶ A CRFB/1988, no art. 225, §3º, prevê expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra o meio ambiente, a qual ocorrerá quando a conduta do administrador for praticada nos interesses e em benefício da sociedade. Nesse caso, ocorre a dupla imputação, sendo necessário que o promotor de justiça denuncie a pessoa jurídica e os sócios ou administradores que praticaram a conduta lesiva ao meio ambiente.

administradores. Ocorre que, por não ter existência material, a pessoa jurídica não pode ir para a cadeia. Também não é possível pensar na responsabilidade penal das pessoas jurídicas, com a penalização recaindo sobre seu representante legal, independentemente de sua participação pessoal para a prática do delito. Somente o ser humano é capaz de delinquir, e, em consequência, responder penalmente por seus atos. Todavia, conforme esclarece Celso Delmanto, 'embora a pessoa jurídica não pratique crimes, estes, muitas vezes, são cometidos em seu nome. Evidentemente, não se pode punir as pessoas físicas que a compõem por dela participarem, mas só pelos crimes que – em nome da pessoa jurídica – elas praticarem ou determinarem fossem cometidos' (Barbosa, 1993: 43).⁸⁷

Percebe-se, dessa forma, que o Direito Penal Econômico visa à responsabilização penal de todos aqueles que tenham abusado do cargo de administrador ou da posição de acionista controlador para praticar crimes no interesse e em benefício da sociedade. Por razões óbvias, a pessoa jurídica não poderá sofrer punição nesses casos (exceto na hipótese de crimes ambientais). Ao mesmo tempo, o poder público não poderá responsabilizar todo e qualquer acionista pelo simples fato de ostentar posição de sócio controlador, cabendo aos órgãos incumbidos da persecução penal investigar quem realmente tem posição de poder/controla na sociedade, capaz de conduzir ou influir na condução das atividades empresariais e a efetiva utilização desse poder sobre os administradores.

⁸⁷ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 415-416.

4 CONCURSO DE PESSOAS

O Código Penal (CP) de 1940 usava a terminologia coautoria para designar o concurso eventual de agentes. No entanto, essa expressão era muito criticada, pois se chegou à conclusão de que coautoria é somente uma espécie de concurso de pessoas, ao lado da participação.

O legislador de 1984, ao reformar o CP, considerou mais adequada a expressão “concurso de pessoas”, por considerar que “concurso de agentes” é muito abrangente e poderia abarcar também agentes naturais ou físicos, que modificam o mundo exterior. Não obstante esteja com razão, utilizaremos, neste trabalho, ambas as terminologias com sinônimas. Nas palavras de Bitencourt,

A reforma de 1984 considerou, porém, que “concurso de agentes” não era a terminologia mais adequada por ser extremamente abrangente e poder compreender inclusive fenômenos naturais, pois agentes físicos também podem produzir transformações no mundo exterior. Na visão da reforma, “concurso de pessoas” é a melhor forma para definir a reunião de pessoas para o cometimento de um crime, adequando-se melhor à natureza das coisas.⁸⁸

As regras sobre o concurso de pessoas aplicam-se apenas ao concurso eventual (aos chamados crimes unissubjetivos, que podem ser cometidos por uma ou mais pessoas) e não ao concurso necessário (crimes plurissubjetivos, que devem ser cometidos, necessariamente, por mais de uma pessoa). Isso porque, nesse caso, trata-se de uma única conduta típica que precisa de mais de um agente para que seja consumada. Exemplo disso ocorre nos crimes de rixa, adultério, associação criminosa.

4.1 Requisitos para o concurso de pessoas

⁸⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 378.

O crime é um fato humano que pode ser realizado por uma ou mais pessoas. No presente trabalho, iremos analisar a prática de um único crime sendo cometido por mais de um indivíduo, ou seja, não estamos falando de concurso de crimes e sim de concursos de pessoas.

Dispõe o caput do art. 29 do CP: “Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.⁸⁹

Existe coautoria quando duas ou mais pessoas se reúnem, de forma voluntária e conscientemente, com o objetivo de praticar atos infracionais. De acordo com Magalhães Noronha, “há convergência de vontades para um fim comum, aderindo uma pessoa à ação de outra, sem que seja necessário prévio concerto entre elas”.⁹⁰

Por outro lado, haverá participação quando alguém, sem praticar diretamente a conduta típica, presta auxílio material ou moral, por meio do induzimento ou instigação, para a prática de uma conduta típica, ilícita e culpável.

Verifica-se, pois, a necessidade do preenchimento de alguns requisitos para a caracterização do concurso de pessoas: pluralidades de agentes e de condutas; relevância causal de cada conduta; liame subjetivo entre os agentes e unidade de tipo.

No que tange à pluralidade de agentes, deve-se analisar a presença de dois ou mais indivíduos praticando o delito, pois nem sempre a infração penal é ato de um homem só.

Entretanto, essa participação coletiva nem sempre irá representar concurso de pessoas. Nos denominados delitos plurissubjetivos como, por exemplo, o crime de associação criminosa⁹¹, não há que se falar em concurso de pessoas, uma vez que a pluralidade de agentes é elemento do tipo.

⁸⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui Código Penal. In: Angher, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 15ª Ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 349-377.

⁹⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1978, vol. 1, p. 215.

⁹¹ Até a Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, falava-se em crime de quadrilha ou bando. Referida lei, com o objetivo de definir organização criminosa e dispor sobre os meios de investigação criminal, obtenção de prova e tipificar infrações penais correlatas alterou o Código Penal para modificar o antigo crime de quadrilha que tinha a seguinte redação: “Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Já nos crimes bilaterais, pode não se verificar a coautoria apesar de existir a participação de duas pessoas na prática do delito. Isso ocorre, por exemplo, no crime de bigamia, em que um dos agentes pode estar insciente da ilicitude do fato, podendo ser até vítima.⁹²

Essa pluralidade de participantes, no entanto, não implica a semelhança entre a conduta de cada um deles. O importante é que cada agente contribua para a prática do fato típico. Nas palavras de Bitencourt,

Esse é o requisito básico do concurso eventual de pessoas: a concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal. Embora todos os participantes desejem contribuir com sua ação na realização de uma conduta punível, não o fazem necessariamente, da mesma forma e nas mesmas condições. Enquanto alguns, segundo Esther Ferras, praticam o fato material típico, representado pelo verbo núcleo do tipo, outros limitam-se a instigar, induzir, auxiliar moral ou materialmente o executor ou executores praticando atos que, em si mesmos seriam atípicos. A participação de cada um e de todos contribui para o desdobramento causal do evento e respondem todos pelo fato típico em razão da norma de extensão do concurso.⁹³

Com referência à relevância causal de cada conduta, deve-se analisar a conduta realizada por cada agente e se essa conduta foi relevante para a prática do delito. Enfatiza Greco que,

Se a conduta levada a efeito por um dos agentes não possuir relevância para o cometimento da infração penal, deveremos desconsiderá-la e concluir que o agente não concorreu para a sua prática. Imaginemos o seguinte exemplo: A, com o firme propósito de causar a morte de B, pelo fato de não ter encontrado a sua arma, vai até a residência de C, e explicando-lhe o fato, pede-lhe emprestado o

Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado." (BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art24>. Acessado em 31 out. 2014.) Atualmente, porém, o dispositivo está assim tipificado: "Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente." (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui Código Penal. In: Angher, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 15ª Ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 349-377.)

⁹² NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1978, vol. 1, p. 215.

⁹³ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 382.

revolver. C, mesmo sabendo da intenção de A, empresta-lhe a arma. Antes de ir à procura de B, A resolve, por mais uma vez, procurar a sua pistola, calibre 380, e para a sua surpresa consegue encontrá-la. Assim, deixa de lado a arma que havia solicitado a C e, agora, com a sua pistola, vai à procura de B e mata-o.

A pergunta que nós devemos fazer é a seguinte: será que a conduta de C foi relevante a ponto de podermos atribuir-lhe o delito de homicídio praticado por A, ou, em razão de não ter o agente utilizado a arma tomada de empréstimo de C, a conduta deste último deixou de ser relevante na cadeia causal? Como o agente já estava decidido a cometer o crime, entendemos que pelo fato de não ter se utilizado da arma emprestada por C, a conduta deste passou a ser irrelevante, uma vez que não estimulou, ou de qualquer modo influenciou o agente no cometimento de sua infração penal. Desta forma, embora tenha querido contribuir, a ausência de relevância de sua conduta fará com que não seja responsabilizado penalmente pelo resultado.⁹⁴

Nesse sentido, Bitencourt afirma que

A conduta típica ou atípica de cada participante deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado. Nem todo comportamento constitui “participação”, pois precisa ter “eficácia causal”, provocando, facilitando ou ao menos estimulando a realização da conduta principal. Assim, no exemplo daquele que, querendo participar de um homicídio, empresta uma arma de fogo ao executor, que não a utiliza e tampouco se sente estimulado ou encorajado com tal empréstimo a executar o delito. Aquele não pode ser tido como partícipe pela simples e singela razão de que o seu comportamento foi irrelevante, isto é, sem qualquer eficácia causal.⁹⁵

O liame ou vínculo subjetivo entre os agentes diz respeito ao vínculo psicológico que une os participantes, ou seja, é a vontade um aderir à conduta típica praticado pelo outro. Trata-se de requisito indispensável para a formação do concurso de pessoas.

Segundo Ramos fala-se em “acordo de vontades e em adesão voluntária de um à ação do outro”⁹⁶. A não ocorrência desse requisito configuraria a prática isolada de um delito, sendo o agente punido única e exclusivamente por sua conduta. Salaria Greco que

No caso clássico em que A e B atiram em C, ambos agindo com animus occidendi, sendo que um deles acerta mortalmente o alvo e o outro erra, não se sabendo qual deles conseguiu alcançar o resultado morte, dependendo da conclusão que se chegue com

⁹⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª Ed. Niterói: *Impetus*, 2005, vol. 1, p. 23.

⁹⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 382-383.

⁹⁶ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 138.

relação ao vínculo psicológico entre os agentes as imputações serão completamente diferentes. Se dissermos que A e B agiram unidos pelo liame subjetivo, não importará saber, a fim de condená-los pelo crime de homicídio, qual deles, efetivamente, conseguiu acertar a vítima, causando-lhe a morte. Aqui, o liame subjetivo fará com que ambos respondam pelo homicídio consumado. Agora, se chagarmos à conclusão de que os agentes não atuaram unidos pelo vínculo subjetivo, cada qual deverá responder pela sua conduta. No caso em exame, não sabemos quem foi o autor do resultado morte. A dúvida, portanto, deverá beneficiar os agentes, uma vez que um deles não conseguiu alcançar o resultado morte, praticando, assim, uma tentativa de homicídio. Desta forma, ambos deverão responder pelo crime de homicídio tentado.⁹⁷

Bitencourt acrescenta, ainda, que

O simples conhecimento da realização de uma infração penal ou mesmo a concordância psicológica caracterizam, no máximo, “conivência”, que não é punível, a título de participação, se não constituir, pelo menos, alguma forma de contribuição causal, ou, então, constituir, por si mesma, uma infração típica. Tampouco será responsabilizado como partícipe quem, tendo ciência da realização de um delito, não o denuncia às autoridades, salvo se tiver o dever jurídico de fazê-lo.⁹⁸

Finalmente, para haver concurso de pessoas é necessária a unidade de resultado, ou seja, a unidade do tipo, chamada por Bitencourt⁹⁹ de identidade de infração penal. Assim, os agentes, ao praticarem a conduta com vínculo psicológico, devem cometer o mesmo delito. Segundo o autor,

Para o resultado da ação de vários participantes possa ser atribuído a todos, “tem que consistir em algo juridicamente unitário”. Como afirma Damásio, não é propriamente um requisito, mas consequência jurídica diante das outras condições. Alguém planeja a realização da conduta típica, ao executá-la, enquanto um desvia a atenção da vítima, outro lhe subtrai os pertences e ainda um terceiro encarrega-se de evadir-se do local com um produto do furto. É uma exemplar divisão de trabalho constituída de atividades díspares, convergentes, contudo, a um mesmo objetivo típico: subtração de coisa alheia móvel. Respondem todos por um único tipo penal ou não se reconhece a participação ou próprio concurso na empresa criminosa.¹⁰⁰

⁹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte feral*. 5ª Ed. Niterói: *Impetus*, 2005, vol. 1, p. 23.

⁹⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 383.

⁹⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 383.

4.2 Teorias sobre o concurso de pessoas

No que tange à natureza jurídica do concurso de pessoas, algumas teorias foram criadas com o objetivo de definir se o crime praticado em coautoria seria considerado uno ou não. Para tanto, ao longo da história, foram desenvolvidas três teorias que tentam explicar o concurso de pessoas: a teoria pluralista ou pluralística, a teoria dualista ou dualística, e a teoria monista, monística ou unitária.

A teoria pluralística defende que cada um dos agentes, ao praticar o delito, concorre para crimes diversos, distintos e autônomos. Em outras palavras, haverá tantos crimes quantos forem os agentes envolvidos na atividade criminosa.

Afirma Noronha que “não há, para essa teoria, participação, mas sim simultaneidade de delitos.”¹⁰¹

Jesus esclarece que,

Segundo esta doutrina, no concurso de pessoas não ocorre apenas pluralidade de pessoas, mas também de crimes. A cada um dos participantes corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio, um resultado próprio, devendo-se, pois, concluir que cada um responde por delito próprio. Há pluralidade de agentes e pluralidades de crimes. Considera cada um dos participantes como responsável por um delito próprio e punível em harmonia com o seu significado anti-social. É uma teoria subjetiva, ao contrário da unitária, que é objetiva.¹⁰²

Neste mesmo sentido, enfatiza Bitencourt (1999, p. 424):

... a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular. À pluralidades de agentes corresponde a pluralidades de crimes. Existem tantos crimes quantos forem os participantes do fato delituoso. Chegou-se a ver na participação um crime distinto, especial, o “crime de concurso”. Contudo, essa ideia era insustentável, já que o título do crime que se pune é o do tipo especificamente violado e não uma suposta figura particular para cada um dos participantes. O resultado produzido também é um só. Na verdade, a participação de cada concorrente não constitui

¹⁰¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1978, vol. 1, p. 216.

¹⁰² JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 408.

atividade autônoma, mas convergente para uma ação única, com objetivo e resultado comuns. Essa é uma teoria subjetiva, ao contrário da monística, que é objetiva.¹⁰³

Carnelutti¹⁰⁴ afirmava que o concurso de pessoas estaria incluído no delito complexo, que consistiria na soma de delitos singulares. Cada um dos delitos, analisados de forma isolada, seria denominado delito em concurso.

A teoria dualista afirmava que os crimes realizados pelos autores eram diferentes dos crimes realizados pelos partícipes. Assim, haveria dois crimes: um para os autores e outro para os partícipes. O principal defensor da teoria dualista foi Manzini.

Segundo Bitencourt,

Para essa teoria há dois crimes: um para os autores, aqueles que realizam a atividade principal, a conduta típica emoldurada no ordenamento positivo, e outro para os partícipes, aqueles que desenvolvem uma atividade secundária, que não realizam a conduta nuclear descrita no tipo penal. Assim, os *partícipes* se integram ao plano criminoso, porém não desenvolvem um comportamento central, executivo típico. Contudo, apesar dessa concepção dupla, o crime continua sendo um só, e, muitas vezes, a ação daquele que realiza a atividade típica (o executor) é menos importante que a do partícipe. Mas, enfim, a teoria consagra dois planos de condutas, um principal, a dos autores ou co-autores, e um secundário, a dos partícipes.¹⁰⁵

A teoria monista ou unitária defende o posicionamento de que todos os envolvidos na prática do crime serão punidos pelo mesmo delito. Essa teoria, em regra, é a adotada pelo nosso CP.

Analisando o art. 29 do CP, verifica-se que o legislador deixou claro que quem concorre para o crime incide nas penas a estes cominadas. Segundo Jesus “A teoria unitária ou monista equipara os participantes. Sendo o evento único e indivisível, e ocorrendo nivelação das causas antecedentes, o fato é encarado como um só. Há um crime só.”¹⁰⁶

Complementa Ferraz:

¹⁰³ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 379.

¹⁰⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria General del Delito*. Trad. V. Conde. Madri: Revista del Derecho Privado, 1952, p. 255.

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 379.

¹⁰⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 409.

Praticado por um só ou por vários indivíduos, o delito é sempre único. Porque, na co-delinquência, cada ato individual adquire significado, adquire valor jurídico-penal, pelas relações que mantém com as outras condutas convergentes.¹⁰⁷

Bitencourt explica que

Essa teoria não faz qualquer distinção entre autor e partícipe, instigação e cumplicidade. Todo aquele que concorre para o crime causa-o em sua totalidade e por ele responde integralmente. Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. O crime é o resultado da conduta de cada um e de todos, indistintamente. Essa concepção parte da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado. No entanto, o fundamento maior dessa teoria é político-criminal, que prefere punir igualmente a todos os participantes de uma mesma infração penal.¹⁰⁸

O nosso CP adotou a teoria monista mitigada ou temperada, pois, embora ela seja a regra, em certos casos, apesar de haver concurso de agentes para a prática de um mesmo fato típico, haverá a tipificação da conduta de cada agente em dispositivos penais diferentes.

Existem exceções dualistas à teoria unitária, como por exemplo, o crime de aborto em que a gestante será enquadrada no art. 124 e aquele que nela pratica o aborto será enquadrado no art. 126 do CP, no crime de corrupção ativa, previsto no art. 333 do CP, imputado àquele que, não sendo funcionário público, oferece a este vantagem indevida para determinar que faça algo no seu interesse ou de terceiro, e na corrupção passiva, previsto no art. 317, imputada ao funcionário público que recebe a vantagem indevida oferecida.

Além disso, o §2º do art. 29 do CP traz uma mitigação à teoria monista ao estabelecer que, no concurso de pessoas, se um dos concorrentes quis praticar crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste, a qual será aumentada até a metade se o resultado mais grave era previsível.

Nas palavras de Bitencourt,

A Reforma penal de 1984 permanece acolhendo essa teoria. Procurou, contudo, atenuar os seus rigores, distinguindo com precisão a punibilidade de autoria e participação. Estabeleceu alguns

¹⁰⁷ FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no Moderno Direito Penal Brasileiro*. Dissertação para concurso de livre docência de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1947, p. 138.

¹⁰⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 380.

princípios disciplinando determinados *graus de participação*. Adotou, como regra, a teoria monística, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada partícipe, na medida da culpabilidade perfeitamente individualizada. Na verdade, os parágrafos do art. 29¹⁰⁹ aproximaram a teoria monística da teoria dualística ao determinar a punibilidade diferenciada da participação.¹¹⁰

4.3 Autoria

Tendo em vista que o código penal brasileiro não estipulou de forma taxativa o que seria autoria e participação, várias teorias foram criadas com o intuito de esclarecer tais institutos. Greco afirma que “autoria e participação são conceitos ônticos, ou seja, comuns à natureza das coisas”¹¹¹. Corroborando esse entendimento Zaffaroni e Pierangeli afirmam que:

... o concurso de várias pessoas num mesmo evento não é um fenômeno que se dá somente no direito penal, mas que é algo cotidiano. Da mesma maneira dizemos, diariamente, que fulano é autor de tal coisa, que beltrano é autor de tal outra, que sicrano cooperou com fulano em tal coisa e que fulano incentivou beltrano a fazer tal outra.¹¹²

Nesse sentido, Ramos afirma que

A autoria, conforme se refira a cada classe de delitos, assume certas especificidades. Assim, por exemplo, a autoria de um delito comissivo

¹⁰⁹ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

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

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui Código Penal. In: Angher, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 15ª Ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 349-377.)

¹¹⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 380.

¹¹¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2005, vol. 1, p. 27.

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 663-664.

possui características próprias que diferem da autoria de um delito comissivo por omissão; a autoria de um delito doloso difere da autoria de um delito culposo.

(...)

O fato de a autoria guardar relação com o tipo de delito ao qual se concorre não quer dizer, no entanto, que não se possa formular um conceito genérico ou amplo de autor.¹¹³

Para Roxin “a diferença entre autoria e participação é conseqüência de uma decisão em favor de um direito penal que se apóia na descrição típica das condutas”¹¹⁴.

Diante de uma imprecisão legislativa, as doutrinas brasileiras e estrangeiras contribuíram de forma significativa para o surgimento de teorias que diferenciem o autor do partícipe. Nesse sentido, foram desenvolvidos alguns conceitos sobre autoria pelas teorias objetivo-formal, objetivo-material e do domínio do fato.

De acordo com o conceito restritivo, autor é quem realiza a ação típica descrita na lei, ou seja, autor seria somente “aquele que pratica a conduta descrita no núcleo do tipo penal.”¹¹⁵

Batista ensina que

Tal teoria predominou no pensamento penal alemão, do século XIX até muito recentemente, esposada, entre outros, por Merkel, Von Liszt, Sauer, Dohna, Beling e Mezger. Foi também muito prestigiada na Itália, tanto sob o regime do código Zanardelli – Nocito, Impallomeni – quanto sob o regime do código de Rocco – Santoro, Bettiol, Antolisei - ; na Suíça, tem a preferência de Logoz.

No Brasil, é ainda a teoria dominante. A ela aderem, entre outros, Aníbal Bruno, Salgado Martins, Frederico Marques, Mirabete, René Ariel Dotti e Beatriz Vargas Ramos. Entre os finalistas brasileiros, há quem – como Mestieri – não se preocupe com a distinção; há quem adote o critério formal-objetivo – como Damásio E. de Jesus até 1999 – sem ocupar-se do critério final-objetivo,(...)e há quem, embora ocupando-se do critério final-objetivo, opte pelo formal-objetivo – como Fragoso. Um critério misto, que combina o formal-objetivo com o final-objetivo, é preconizado por Miguel Reale Júnior e Luiz Regis Prado.¹¹⁶

¹¹³ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 27.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 728.

¹¹⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2005, vol. 1, p. 28.

¹¹⁶ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 61-62.

Segundo Bitencourt, “Para essa teoria, ao contrário do conceito extensivo de autor, nem todo aquele que interpõe uma causa realiza o tipo penal, pois “causação não é igual à realização do delito””.¹¹⁷ Essa teoria entende as espécies de participação, instigação e cumplicidade, como “causas de extensão da punibilidade”¹¹⁸, pois não integram a figura típica. O autor acrescenta, ainda, que “Realizar a conduta típica é objetivamente distinto de favorecer a sua realização. Deduz-se daí, por si só, que *autoria* e *participação* também devem ser distinguidas através de *critérios objetivos*”.¹¹⁹

É importante ressaltar que o critério restritivo de autor tem duas teorias: a objetivo-formal e a objetivo material.

A teoria objetivo-formal preconiza que autor é aquele que pratica a conduta descrita na norma penal incriminadora. Ela não nega a importância do nexo causal, porém destaca as características da ação em conformidade com a descrição formal do tipo penal.

Para Bitencourt “Essa teoria atém-se à literalidade da descrição legal e define como *autor* aquele cujo comportamento se amolda ao círculo abrangido pela descrição típica e, como *partícipe*, aquele que produz qualquer outra contribuição causal ao fato”.¹²⁰

Nas palavras de Greco, para a teoria objetivo-formal “autor é aquele que pratica a conduta descrita no núcleo do tipo; todos os demais que concorrerem para essa infração penal, mas que não realizaram a conduta expressada pelo verbo existente no tipo, serão considerados partícipes”.¹²¹

Nesse mesmo sentido, resalta Mir Puig que “o decisivo é somente e sempre a realização de todos ou alguns dos atos executivos previstos expressamente (literalmente) no tipo legal”.¹²²

Nilo Batista, citando Ordeig¹²³, afirma que existem três fundamentos básicos para se consolidar a teoria restritiva em seu aspecto formal. Para o

¹¹⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 384.

¹¹⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 384.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 384.

¹²⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 384.

¹²¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2005, vol. 1, p. 29.

¹²² MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 4ª Ed. Barcelona: PPU, 1996, p. 362.

primeiro, o ato de executar um delito reflete uma situação muito mais gravosa e perigosa do que o simples ato preparatório. O segundo fundamento pretende fixar-se no literal teor do ordenamento jurídico penal. Já o terceiro procura derivar o critério formal-objetivo das leis que disciplinam a autoria e co-autoria.

Questão que freqüentemente é suscitada pelos estudiosos de direito penal é saber, pelo critério formal-objetivo, quem realiza a ação típica.

Batista¹²⁴ esclarece que os adeptos dessa teoria procuraram deslocar o ponto principal para a ação executiva, vinculando o autor a atos de execução e o partícipe a atos de participação. Entretanto, essa distinção, em alguns casos, não se realiza de forma clara, principalmente quando se está diante do concurso de pessoas ou no que tange à autoria mediata.

Nesse sentido, Greco exemplifica da seguinte forma:

... um médico, querendo causar a morte de seu inimigo que se encontrava internado no hospital no qual aquele exercia as suas funções, determina a uma enfermeira que nele aplique uma injeção, por ele preparada, contendo um veneno letal. A enfermeira, atendendo ao pedido levado a efeito pelo médico, aplica a injeção e causa a morte do paciente. Como se percebe, o médico não realizou a conduta descrita do núcleo do tipo penal do art. 121 do Código Penal. Na verdade, quem matou alguém, por erro determinado por terceiro, foi a enfermeira. Como o médico não praticou a conduta narrada pelo verbo do tipo, pela teoria objetiva não poderia ele ser considerado autor. Tal conclusão, sem muito esforço, não nos parece ser a melhor.¹²⁵

Tentando sanar eventuais falhas existentes na teoria formal-objetiva, surgiu a teoria objetivo-material, que considera a maior “perigosidade”¹²⁶ que a contribuição do autor representa para a contribuição do partícipe.

Para Batista¹²⁷, a diferença entre autoria e participação deveria ficar restrita à análise da relevância causal das respectivas condutas.

¹²³ ORDEIG apud BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 62.

¹²⁴ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 65.

¹²⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2005, vol. 1, p. 30.

¹²⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 385.

¹²⁷ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 65.

Essa teoria foi colocada em prática por Frank e Binding e tinha como objetivo pesquisar a diferença entre a conduta do autor e a conduta do partícipe no que tange ao valor causal.

Algumas críticas foram imputadas a essa teoria, principalmente no que tange à diferenciação do elemento causa e condição, uma vez que no Brasil foi adotada a teoria da equivalência dos antecedentes (art. 13 do CP), dificultando, desta forma, a aplicação do critério objetivo-material. Nesse sentido, afirma Batista:

Contudo, seria fácil demonstrar as falhas de tal critério, ainda quando abdicássemos do art. 13 CP. Em primeiro lugar, observaríamos que às situações de concursos de agentes desservidas pela causalidade (por exemplo, crimes de mera conduta) nenhum aporte proviria da consideração material-objetiva. E se se admite que nem sempre a causalidade está no eixo da co-delinquência, não se vê como uma observação a respeito de sua magnitude ou eficiência possa oferecer um critério distintivo entre autor e partícipe. Por outro lado, mesmo aqueles que estimassem haver na contribuição causal um ponto comum entre todas as formas participativas não pareceriam sensatos se intentassem pesquisar suas diferenças... no ponto comum.¹²⁸

Apesar de distinguir autoria e participação, com a contribuição da teoria objetivo-material, o critério restritivo de autor não conseguiu explicar a figura do autor mediato e de alguns casos de coautoria quando, apesar de não executar o verbo núcleo do tipo penal, o agente tem uma importante função na consumação do delito, por meio de uma divisão de tarefas (a exemplo de um assalto a um banco no qual, um dos agentes, tem a função de dirigir o veículo que será utilizado na fuga).

O conceito extensivo de autor tem como fundamento básico a teoria da equivalência das condições (art. 13 do CP). Segundo esse critério, “É autor todo aquele que contribui com alguma causa para o resultado”.¹²⁹

Para essa teoria, não existe diferença entre autoria e participação, uma vez que todo aquele que concorre de alguma forma para a prática do delito será considerado autor. Assim, por não distinguir a importância da contribuição causal, o instigador e o cúmplice são também considerados autores. Para ela,

¹²⁸ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 66.

¹²⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 385.

“o tratamento diferenciado a cúmplice e instigador constitui “causa de restrição ou limitação da punibilidade”.”¹³⁰

A única solução encontrada por essa teoria para distinguir o autor do partícipe é a aplicação de um critério subjetivo ao conceito extensivo de autor. Por isso, ela vem unida à teoria subjetiva da participação, sendo esta um complemento daquela.

Com relação à teoria subjetiva, entendem os seus defensores que se deve buscar uma diferenciação entre autoria e participação, tendo como requisito fundamental a análise da vontade do agente.

Greco ensina que “existe uma vontade de ser autor quando o agente quer o fato como próprio, e uma vontade de ser partícipe quando o agente deseja o fato como alheio”¹³¹.

Tal critério consegue resolver o problema da autoria mediata. Entretanto trata-se de uma teoria sem aplicabilidade prática e de um grande subjetivismo, uma vez que a simples alteração do quadro volitivo do autor seria capaz de alterar toda a sua conceituação. Para Bitencourt,

Os inconvenientes da distinção puramente subjetiva de autoria e participação são manifestos. Fizeram-se presentes com grande intensidade nas condenações dos nazistas na jurisprudência alemã, em que os executores de milhares de mortes foram considerados cúmplices, porque queriam os fatos como alheios. Algo semelhante poderá ocorrer com os *crimes de mão própria*, em que o autor do crime, por querê-lo como alheio, poderia ser condenado como cúmplice, numa verdadeira aberração. Isso implicaria, em outras palavras, condenar como meros partícipes sujeitos que realizam pessoalmente todos os elementos do tipo e, como autores, quem não tem intervenção material no fato.

Assim, tanto o conceito extensivo de autor como a teoria subjetiva da participação devem ser rechaçados.¹³²

Em 1939, Hans Welzel cria uma teoria intermediária entre a teoria objetiva e a subjetiva, denominada de teoria do domínio do fato, que mais tarde foi aprimorada por Claus Roxin. Disciplina Welzel que:

¹³⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 385.

¹³¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2005, vol. 1, p. 31.

¹³² BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 386.

Senhor do fato é aquele que o realiza em forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige em forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato.¹³³

Assim, autor é aquele que realiza ação prevista no tipo penal, tendo o poder de decidir sobre o fato, praticando-o até o fim ou desistindo da sua consumação, na medida em que detém o poder de controle sobre ele.

Com isso, a teoria do domínio do fato consegue solucionar os problemas previstos na teoria objetiva e na teoria subjetiva, sendo aceita por um número considerado de autores. Tal teoria será analisada em profundidade no capítulo seguinte.

Assim, percebe-se, a criação de várias teorias para tentar explicar e determinar o conceito de autoria no direito penal.

4.1.1 Autoria mediata

Considera-se autor mediato aquele que realiza a conduta prevista no tipo penal, utilizando-se de outra pessoa como instrumento (que atua sem culpabilidade). Para Batista,

Dá-se *autoria mediata* quando, na realização de um delito, o autor se vale de um terceiro que atua como instrumento (*Werkzeug*). O fundamento da autoria mediata reside, como não poderia deixar de ser, no domínio do fato, sob a forma especial de *domínio da vontade* (*Willensherrschaft*).¹³⁴

Segundo Bitencourt¹³⁵, essa teoria surgiu para preencher lacunas derivadas do emprego da teoria da acessoriedade extrema da participação. Contudo, com a consagração da teoria da acessoriedade limitada, a autoria mediata reduziu seu campo de aplicação, sem, no entanto, perder a importância.

¹³³ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1993, p. 120.

¹³⁴ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 120.

¹³⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

O mesmo autor¹³⁶ afirma que, atualmente, defende-se a prevalência da autoria mediata sobre a participação em sentido estrito, sobrepondo-se aquela sobre esta em muitos casos, desde que o homem de trás detenha o domínio do fato. Nas palavras de Bitencourt,

Modernamente defende-se a prioridade da autoria mediata diante da participação em sentido estrito. Em muitos casos se impõe a autoria mediata, mesmo quando fosse possível, sob o ponto de vista da *acessoriedade limitada*, admitir a participação (caso do executor inculpável), desde que o homem de trás detenha o domínio do fato. Nessas circunstâncias, o decisivo para distinguir a natureza da responsabilidade do home de trás reside no domínio do fato. O *executor*, na condição de instrumento, *deve encontrar-se absolutamente subordinado em relação ao mandante*.¹³⁷

Nesse sentido, afirma Batista que

A autoria mediata é forma de autoria, e não de participação: afirmam-no sem discrepância os autores. Baseia-se no domínio do fato, sob forma de domínio da vontade, ou seja, naquilo que Lucio E. Herrera chama de “*objetivo y final empleo del que obra como instrumento*”. Enquanto na instigação, como lembra Maurach, encontramos a *corrupção do home livre*, na autoria mediata teremos o *abuso do homem não-livre*, e através deste abuso é que o autor mediato controla, “*del principio al fin, el curso de los acontecimientos*”. Nessa “manipulação” do decurso do fato pela via de uma vontade alheia submetida é que está o fundamento material da autoria mediata. Pode ocorrer, entretanto, que o executor do fato também o domine, pelo menos como um domínio físico da ação. Nesses casos, segundo lição de Wessels, “a delimitação (entre autoria mediata e participação por instigação) depende de se o domínio da ação do agente imediato está ou não sobreposto pelo domínio da vontade do mandante”. Será decisiva sempre, a nosso ver, a ignorância do instrumento a respeito da direção final extrema de sua conduta.¹³⁸

Para Ramos¹³⁹, a doutrina majoritária nacional admite a autoria mediata sempre que faltar culpabilidade àquele que age como instrumento. Nas palavras da autora,

A opinião majoritária na doutrina nacional é a que admite a autoria mediata sempre que faltar culpabilidade na pessoa de quem age

¹³⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹³⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 388.

¹³⁸ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 130-131.

¹³⁹ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

como instrumento. É a opinião de *Aníbal Bruno* e *Heleno Fragoso*. Nilo Batista admite a autoria mediata, mas não a limita aos casos em que o executor age sem culpabilidade. Para este último penalista, coerentemente com a concepção final-objetiva de autor, o fundamento da autoria mediata reside no domínio do fato, sob a especial forma de domínio da vontade. Para Batista, autor mediato é o que “se vale de um terceiro que atua como instrumento”.¹⁴⁰

As hipóteses mais comuns de autoria mediata, segundo Bitencourt¹⁴¹, são o erro, a coação moral irresistível e o uso de inimputáveis para a prática de crimes. Em qualquer caso, todos os pressupostos necessários de punibilidade devem estar presentes na figura do autor mediato e não do executor.

Admite-se a autoria mediata nos crimes comuns e próprios, desde que o autor mediato reúna as qualidades exigidas pelo tipo penal.

Nos crimes de mão própria, contudo, a autoria mediata não é possível, pois, nesse tipo de delito, exige-se que o agente execute, pessoalmente, a conduta descrita na norma penal.

4.1.2 Coautoria

Bitencourt conceitua coautoria como “a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal. Co-autoria é em última análise a própria autoria.”¹⁴²

O acordo prévio é desnecessário para a configuração da coautoria, bastando que um agente adira à empreitada criminosa e contribua na realização comum de uma infração penal. “Essa *consciência* constitui o *liame psicológico* que une a ação de todos, dando o caráter de crime único.”¹⁴³

¹⁴⁰ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 39-40.

¹⁴¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁴² BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 389.

¹⁴³ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 389.

Para Ramos¹⁴⁴, é necessário, ainda, que haja unidade de elemento psicológico entre os agentes, pois não seria possível reconhecer a coautoria se um dos agentes agisse com culpa, e outro, com dolo. A autora ensina que:

A co-autoria não é apenas o encontro de atividades, não é unicamente o concurso de ação. Na definição de co-autor está presente o elemento subjetivo. Para ser considerado co-autor, não basta que o agente realize objetivamente a conduta típica; é necessário que atue culpavelmente.

Mas é preciso que haja unidade ou homogeneidade do elemento subjetivo, vale dizer, se um age com dolo e outro age com culpa, não se pode falar em co-autoria.

A unidade do elemento subjetivo, entretanto, não é suficiente para se possa falar em co-autoria. Além desta unidade, é necessário que haja um liame psicológico entre os agentes. Sem o indispensável vínculo que une os agentes no plano da vontade, cada qual agiria por se e a situação não seria de concurso, mas de autoria colateral.¹⁴⁵

A coautoria se fundamenta na ideia de divisão do trabalho, em que todos os agentes atuam juntos na execução da conduta típica. Para Batista,

A ideia de divisão do trabalho, que alguns autores, como Antolisei, situam como reitora geral de qualquer forma de concurso de agentes, encontra na co-autoria sua adequação máxima. Aqui, com clareza, se percebe a fragmentação operacional de uma atividade comum, com vistas a mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade. Por isso os autores afirmam que a co-autoria se baseia no princípio da divisão do trabalho: Wessels, Welzel, Zaffaroni, por exemplo.¹⁴⁶

Assim como ocorre na autoria mediata, somente pode ser considerado coautor quem tenha o domínio final do fato, pois o agente deverá ter poder sobre a execução da conduta típica. Sem o domínio final do fato, não há que se falar em coautoria, e sim, em mera participação em *sentido estrito*. Nesse sentido é o entendimento de Batista.

Como ensina Jescheck, a co-autoria, do mesmo modo que a autoria mediata (...), é uma forma de autoria (...). O fundamento dessa (co-)autoria reside também no domínio do fato, especialmente agora naquilo que Roxin chamou de domínio funcional do fato (*funktionelle Tatherrschaft*).

Isto significa que só pode interessar como co-autor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou

¹⁴⁴ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

¹⁴⁵ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 30-31.

¹⁴⁶ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 101.

cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio “integral” do fato, do qual tocara a cada co-autor certa fração.¹⁴⁷

Por fim, Bitencourt¹⁴⁸ acrescenta que não há relação de acessoriedade na conduta do coautor, mas de imputação imediata recíproca, pois cada agente desempenha uma função fundamental na execução do crime. Para ele, “O decisivo na co-autoria, segundo a visão finalista, é que o domínio do fato pertença aos vários intervenientes, que, em razão do princípio da divisão de trabalho, se apresentam como peça essencial na realização do plano global.”¹⁴⁹

4.2 Participação

Partícipe é aquele que, apesar de não exercer a atividade principal, presta auxílio moral ou material para a prática do ato. Enfatiza Ramos que:

O vocábulo partícipe pode ser empregado no sentido amplo, para significar, indistintamente, todos aqueles que participam da realização do crime: é o conceito extensivo de partícipe.

(...)

Também nesse sentido genérico pode-se dizer que participação e concurso são noções equivalentes. Para o efeito de distinguir entre os diversos agentes do crime, no entanto, a palavra partícipe deve ser usada em sentido estrito.

(...)

Um conceito restritivo de partícipe é traçado tendo como referência a tipicidade ou, melhor ainda, a não-tipicidade da conduta do partícipe, aliada ou não à causação do resultado.¹⁵⁰

Bitencourt afirma que:

A participação, em sentido estrito, como *espécie* do *gênero* concurso de pessoas, é a intervenção em um fato alheio, o que pressupõe a existência de um autor principal. O *partícipe* não pratica a conduta

¹⁴⁷ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 102.

¹⁴⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁴⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 390.

¹⁵⁰ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 62.

descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida. Não realiza atividade propriamente executiva. A norma que determina a punição do partícipe implica uma *ampliação da punibilidade de comportamentos* que, de outro modo, seriam impunes, pois as prescrições da Parte Especial do Código não abrangem o comportamento do partícipe.¹⁵¹

No mesmo sentido, Fragoso entende que partícipe é aquele que “contribui para a ação típica de outrem”.¹⁵² Percebe-se que, para a ocorrência da participação, torna-se necessária a presença de uma ação principal, sendo, portanto, a atividade secundária (participação) mera conduta acessória.

É importante salientar que a atuação do partícipe somente ganhará relevância jurídica quando o autor ou coautor iniciar a execução da infração penal, valendo-se da contribuição prestada pelo partícipe. Nesse sentido, Ramos afirma que duas conseqüências podem ser formuladas a partir desse conceito de acessoriedade:

- 1 – a participação é punível se o autor entrar, pelo menos, na fase de execução do crime, e;
- 2 – não se pode aplicar a uma mesma pessoa, simultaneamente, uma pena pela prática de atos principais e outra pena pela prática de atos acessórios em um mesmo fato, pois a intervenção principal absorve a responsabilidade pela atuação acessória.¹⁵³

É importante ressaltar que a participação poderá ser subdividida em moral ou material.

Segundo Zaffaroni¹⁵⁴, Bitencourt¹⁵⁵ e Batista¹⁵⁶, a participação consiste na instigação e cumplicidade. Enquanto a instigação é espécie de participação moral, a cumplicidade é participação material. Ramos¹⁵⁷ inclui, entre as espécies de participação moral, também o induzimento. Salienta Batista que,

¹⁵¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 390.

¹⁵² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 203.

¹⁵³ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 62.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁵⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁵⁶ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁵⁷ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

Em grandes linhas, (...) pode-se dizer que a instigação (que se subdividirá em determinação e instigação em sentido estrito) corresponde à colaboração espiritual do delito alheio, enquanto a cumplicidade corresponde à colaboração material. Essa colaboração no delito alheio certamente supõe que o partícipe não detém, de nenhuma forma, o domínio do fato.¹⁵⁸

Para Bitencourt¹⁵⁹, a instigação ocorre quando o partícipe atua sobre a vontade do autor, reforçando uma ideia já existente. O partícipe, nesse caso, apenas atua sobre o ânimo do autor, “não tomando parte nem na execução nem no domínio do fato”.¹⁶⁰

Zaffaroni ensina que

A instigação deve ter por resultado o convencimento do autor à realização do fato. Quando o autor já está decidido a realizar este fato, não pode haver instigação. A contribuição feita quando o autor já está decidido, trazendo idéias para a realização, é cooperação ou cumplicidade psíquica, mas não é instigação. Pode ocorrer que um mesmo sujeito convença outro (instigue) e também lhe dê idéias para a execução. Nesse caso haverá um concurso de duas formas de participação (instigação e cumplicidade), em que a mais grave (instigação) absorverá a mais leve (cumplicidade psíquica).¹⁶¹

Nas palavras de Batista, “Instigação é a dolosa colaboração de ordem espiritual objetivando o cometimento de um crime doloso.”¹⁶²

Ramos define instigação como “incitação, estímulo.”¹⁶³ Para ela, “Instiga aquele que reforça, que desenvolve no autor uma decisão, neste já existente, embora oscilante ou não concretizada, em favor da prática do crime.”¹⁶⁴

Bitencourt trata o induzimento como forma de instigação. Induzir, para ele, é fazer surgir a ideia, até então inexistente no pensamento do autor, de praticar um crime.¹⁶⁵ Para ele,

¹⁵⁸ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 157.

¹⁵⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁶⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 391.

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 593-594.

¹⁶² BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 181.

¹⁶³ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 74.

¹⁶⁴ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 74-75.

¹⁶⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

... a instigação é uma espécie de *participação moral* em que o partícipe age sobre a vontade do autor, quer provocando para que surja nele a vontade de cometer o crime (induzimento), quer estimulando a ideia existente, que é a instigação propriamente dita, mas, de qualquer modo, *contribuindo moralmente* para a prática do crime.¹⁶⁶

Verifica-se, portanto, um ponto comum acerca do conceito de instigação em todos os autores citados. Para eles, na participação por instigação, o partícipe apenas estimula o autor do crime a praticar o delito. Há o reforço de uma ideia que já existe.

No induzimento, também chamado de determinação por Ramos¹⁶⁷ e Bitencourt¹⁶⁸, o partícipe faz nascer, na psique do autor, a vontade de cometer o crime. Ramos define induzimento como a “persuasão, convencimento. Induz ou determina, (*sic*) aquele que faz nascer no autor uma vontade delituosa antes inexistente. Aquele que suscita, que faz surgir no autor o desígnio criminoso.”¹⁶⁹

A cumplicidade ou participação material configura-se pelo fornecimento, ao autor do fato, de objetos ou materiais que facilitem a execução do crime. Ramos define a cumplicidade como “participação material. O cúmplice é o auxiliar, aquele que se presta a concorrer materialmente para a realização da figura típica”.¹⁷⁰

A respeito da cumplicidade, enquanto participação material, Batista explica:

Cumplicidade é a dolosa colaboração de ordem material objetivando o cometimento de um crime doloso. O legislador brasileiro optou pela vox “auxílio”, porém a expressão cumplicidade tem tradição em nosso direito e deve ser mantida.

Contrariando abalizadas opiniões, não consideramos admissível perante nosso direito que o “conselho”, as “instruções” possam configurar a chamada cumplicidade psíquica. A par dos argumentos já expendidos [...], verifique-se que no art. 31 CP o legislador se refere a “ajuste” (de co-autores), “determinação e instigação” e “auxílio”, *tout court*. A conotação material do termo eleito é evidente.

¹⁶⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 392.

¹⁶⁷ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

¹⁶⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁶⁹ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 75.

¹⁷⁰ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 77.

Assim, qualquer contribuição de natureza puramente psíquica deve ser considerada como instigação, e de fato o é.¹⁷¹

Ao contrário de Batista, Zaffaroni admite a cumplicidade psíquica. Para ele,

Cúmplice é quem auxilia ou coopera dolosamente para o injusto doloso de outro. A contribuição do cúmplice pode ser de qualquer natureza, inclusive intelectual, o que implica que aquele que traz idéias para a melhor realização do injusto doloso de outro seja também cúmplice.¹⁷²

Para Bitencourt, a cumplicidade também pode ocorrer sob a forma de omissão, “quando o partícipe tem o dever genérico de agir, como seria o caso do vigilante que deixa propositalmente aberta a porta do estabelecimento para facilitar a ação do autor do furto”.¹⁷³

É importante salientar que, qualquer que seja a espécie de participação, é indispensável que haja “*eficácia causal e consciência de participação* na ação de outrem”.¹⁷⁴ Isso porque, o partícipe deve ter conhecimento que está, de alguma forma, contribuindo para a prática de uma infração penal. Além disso, sua atuação deve incluir na atividade do autor, devendo o crime ser, pelo menos, tentado. Não há que se falar em punição do partícipe se a execução do crime não for sequer iniciada.

4.4.1 Teorias da acessoriedade da participação

Por ser uma atividade secundária ou acessória, a conduta do partícipe só ganha relevância jurídica quando unida à conduta principal. Por isso, fala-se em acessoriedade da participação. Algumas teorias tentam limitar o alcance

¹⁷¹ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 166.

¹⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 596.

¹⁷³ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 392.

¹⁷⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 392.

dessa acessoriedade a fim de estabelecer um critério para a punibilidade da participação; são elas: teoria da acessoriedade mínima; teoria da acessoriedade máxima; teoria da acessoriedade limitada e teoria da hiperacessoriedade.

De acordo com a teoria da acessoriedade mínima, para se punir a conduta do partícipe, é suficiente que a conduta principal seja típica, independentemente de estar justificada ou não. Assim, mesmo que o autor do fato esteja praticando uma conduta típica amparado por uma causa de justificação (como, por exemplo, legítima defesa), o partícipe responderá pelo fato, enquanto criminoso. Assim explica Greco:

Assim, imaginemos que A, desempregado e faminto, é estimulado por B, que não pode ajudá-lo financeiramente, a subtrair um saco de feijão para que possa saciar a sua fome e a de sua família. Embora a conduta de A seja típica, jamais poderá ser considerada como ilícita, haja vista ter agido em estado de necessidade, uma vez que o seu bem (vida) merece prevalecer em prejuízo do bem atacado (patrimônio). Contudo, embora o autor não pratique uma conduta ilícita, pois que permitida pelo ordenamento jurídico, o partícipe que o estimulou a cometê-la será responsabilizado penalmente, visto que, para a teoria da acessoriedade mínima, basta que o autor tenha praticado uma conduta típica, o que ocorreu no caso em tela.¹⁷⁵

A teoria da acessoriedade máxima é o oposto. Ela coaduna com o conceito analítico tripartite de crime, segundo o qual crime é fato típico, antijurídico e culpável.

Segundo ela, o partícipe somente será responsabilizado se o autor tiver realizado uma conduta típica, ilícita e culpável. Dessa forma, se o autor do fato principal for inimputável ou incidir em erro de proibição, por exemplo, o partícipe não poderá ser punido.

Para Mezger, “a lei exige, na instigação e no auxílio, o total caráter delitivo do ato principal; não é suficiente que dito ato seja antijurídico, necessita também ser culpável”¹⁷⁶.

De acordo com a teoria da acessoriedade limitada, haverá responsabilização penal do partícipe quando o autor da conduta principal

¹⁷⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2005, vol. 1, p. 57.

¹⁷⁶ MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935, p. 294.

praticar uma ação ou omissão típica e ilícita, não sendo necessário que seja também culpável. Nesse sentido, exemplifica Greco.

Aquele que é auxiliado materialmente por outrem, que lhe empresta uma arma a fim de que possa matar o estuprador de sua filha, acreditando que assim possa atuar porque, erroneamente, supõe poder agir na defesa da honra de sua filha, bem como de sua família, age em erro de proibição, se invencível, afasta a culpabilidade do agente, isentando-o de pena. Aquele que auxilia materialmente o autor a praticar um injusto típico, mesmo que não culpável, responderá, de acordo com a teoria limitada, pelo resultado advindo da conduta do autor. No exemplo fornecido, embora o autor não seja culpável, o fato por ele cometido é típico e ilícito. Uma vez caracterizado o injusto penal, abre-se a possibilidade de ser penalmente responsabilizado o partícipe.¹⁷⁷

Segundo Batista¹⁷⁸, fazendo uma interpretação sistemática do CP, é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da acessoriedade limitada. Isso porque, o art. 31 do CP estabelece que a punibilidade da participação é subordinada ao cometimento do crime. Ao se referir às causas excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do CP, o legislador utiliza a expressão “não há crime” e, ao tratar das causas de exclusão de culpabilidade, nos art. 21 e 26 do CP, refere-se à “isenção de pena”. Concluindo, Batista¹⁷⁹ afirma que a menção à palavra “crime” nos art. 29, §2º, 30, 31 e 62 (que trata do concurso de pessoas), nos permite concluir que o CP adotou a teoria da acessoriedade limitada. Nas palavras do autor,

Realmente, depreende-se do art. 31 do CP que a punibilidade da participação é subordinada ao cometimento do delito.

[...]

Apesar da indisciplina terminológica do legislador, é possível apurar-se o que significa “crime” para ele. Na teoria esposada pelo reformador de 1984, buscou ele extremar as causas de justificação, excludentes da ilicitude (empregando a expressão “não há crime” – cf. art. 23) e as eximentes, supressoras da culpabilidade (empregando a expressão “isenção ou isento de pena” – cf. arts. 21 e 26). Sem embargo do aprimoramento técnico da reforma de 1984, neste particular a conclusão é a mesma que se poderia extrair do texto de 1940: a *vox crime*, no código penal brasileiro, significa conduta típica e antijurídica. Está excluída, portanto, a acessoriedade mínima; como a regra do art. 30, [...], exclui a hiperacessoriedade,

¹⁷⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2005, vol. 1, p. 57.

¹⁷⁸ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁷⁹ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

resta-nos decidir entre a limitada e a máxima. O reiterado emprego da expressão *crime* na disciplina do concurso de pessoas (arts. 29, seu §2º, 30, 31 e 62 e seus incisos) não permite a menor dúvida: prevalece, no direito brasileiro, uma *acessoriedade limitada*.¹⁸⁰

Por fim, a teoria da hiperacessoriedade é mais radical. Segundo ela, a participação só será punida se o autor tiver realizado um fato típico, ilícito, culpável e punível. Essa teoria trabalha com a acessoriedade absoluta da participação, pois a punibilidade do partícipe está condicionada, até mesmo, à punibilidade do autor do fato.

4.5 Punibilidade no concurso de pessoas

Dispõe o art. 29 do CP que qualquer indivíduo que concorre para o crime será apenado na medida de sua culpabilidade.

A palavra “culpabilidade” constante do referido dispositivo tem o sentido de juízo de reprovabilidade da conduta do agente.

Isso significa que, no caso concreto, o juiz deverá analisar a culpabilidade de cada participante, ou seja, deverá observar se a conduta de um deverá ser qualificada como mais censurável do que a de outro, devendo, dessa maneira, apenar com mais severidade aquele que agiu de forma mais reprovável. Greco exemplifica da seguinte forma:

Suponhamos que A e B resolvam praticar um delito de furto. O primeiro, A, filho de um rico fazendeiro, pretende cometer o delito por mero espírito de “aventura”, já o segundo, desempregado há muito, pelo fato de não conseguir trazer, licitamente, o sustento de sua família, resolve, numa demonstração de desespero, levar a efeito a subtração, juntamente com A. Pergunta-se: As duas condutas merecem a mesma censura, ou uma deles é mais reprovável do que a outra? Entendemos que a conduta de B, que subtraiu coisa alheia móvel numa atitude de desespero, independentemente da discussão que possa existir a respeito do seu estado de necessidade, se ultrapassada essa causa de justificação, é menos censurável do que a de A, observando-se os motivos que impeliram os agentes ao cometimento da infração penal. Assim, como consequência da regra insculpida na parte final do art. 29, embora tendo o código adotado a

¹⁸⁰ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 164-165.

teoria unitária, deverão ser diversas as penas aplicadas aos agentes, sendo a conduta de A punida mais severamente do que a de B.¹⁸¹

Na precisa lição de Reale Júnior, “reprova-se o agente por ter optado de tal modo que, sendo-lhe possível atuar de conformidade com o direito, haja preferido agir contrariamente ao exigido pela lei.”¹⁸² Nas palavras de Toledo,

... deve-se entender o princípio da culpabilidade como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apóia sobre a crença – fundada na experiência da vida cotidiana – de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, agir de outro modo.¹⁸³

No mesmo sentido, Mir Puig:

... desde Von Liszt, a doutrina absolutamente dominante acolheu o termo ‘culpabilidade’ para exigir a possibilidade de imputação do injusto a seu autor. Pois já faz tempo que se vem levantando vozes contrárias à conveniência desse termo. A expressão ‘imputação pessoal’ tem a vantagem de que deixa mais claro que nesta segunda parte da teoria do delito se trata de atribuir (imputar) o desvalor do fato penalmente antijurídico ao seu autor: não se castiga uma ‘culpabilidade’ do sujeito, senão se exige que o fato penalmente antijurídico, o único que o direito deseja prevenir, seja imputável penalmente ao seu autor.¹⁸⁴

Assim, a culpabilidade exerce papel de destaque na punibilidade do partícipe da infração penal.

Segundo Bitencourt¹⁸⁵ e Batista¹⁸⁶, existem duas teorias que tentam explicar o fundamento da punibilidade da participação: a teoria da participação na culpabilidade e a teoria do favorecimento ou causação.

De acordo com a teoria da participação na culpabilidade, o partícipe é punido conforme a gravidade da influência que exercer sobre o autor. Analisa-se, portanto, se a conduta do partícipe apenas contribuiu ou se foi determinante para a prática do crime. “Para essa teoria o partícipe age *corrompendo* o autor,

¹⁸¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2005, vol. 1, p. 78.

¹⁸² REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 85-86.

¹⁸³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 86-87.

¹⁸⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 4. Ed. Barcelona: PPU, 1996, p. 530.

¹⁸⁵ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁸⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

conduzindo-o a um conflito com a sociedade, tornando-o culpável e merecedor de pena.”¹⁸⁷

Segundo Bitencourt¹⁸⁸, ela foi abandonada pela dogmática alemã em 1943, quando ficou consagrado que, para a punição do partícipe, seria suficiente a prática de um fato típico e ilícito, pelo autor da conduta principal.

Atualmente, dois aspectos contribuem para afastá-la: a culpabilidade, enquanto questão pessoal de reprovação, e a consagração da teoria da acessoriedade limitada.¹⁸⁹ Nas palavras do autor,

Na verdade, modernamente, dois aspectos fundamentais afastam peremptoriamente a aplicabilidade dessa teoria: em primeiro lugar, porque a *culpabilidade* é uma questão pessoal de cada participante, independente da dos demais. O fato de qualquer dos *participantes* ser inculpável é algo que só diz respeito a ele; em segundo lugar, e ao mesmo tempo, a consagração da *acessoriedade limitada*, que se satisfaz com a tipicidade e antijuridicidade da ação, torna desnecessário o exame da importância da participação na culpabilidade do autor.¹⁹⁰

Para a teoria do favorecimento ou da causação, o fundamento da punição do partícipe está no fato de ter ele favorecido ou induzido o autor a praticar o crime. O agente é punido, não porque colaborou com a conduta típica e ilícita de outrem, mas porque contribuiu para que um delito fosse cometido. Bitencourt ensina que

O *desvalor* da participação no fato está em causar ou favorecer a lesão não justificada de um bem jurídico tutelado por parte do autor. É indiferente que o autor aja ou não culpavelmente. Para essa teoria, a *vontade do partícipe* deve dirigir-se à execução do fato principal. Deixa claro, contudo, que o partícipe não viola por si mesmo a norma típica, mas que o seu injusto consiste em colaborar na violação da norma por parte do autor. O *injusto* do fato do partícipe dependerá, conseqüentemente, do *injusto* do fato principal.¹⁹¹

¹⁸⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 393.

¹⁸⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁸⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁹⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 393.

¹⁹¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 394.

Ainda segundo Bitencourt¹⁹², essa teoria é a predominante na Alemanha e na Espanha, além de acolher integralmente a fórmula da acessoriedade limitada.

Batista¹⁹³ entende que, atualmente, o fundamento da punição do partícipe não está em nenhuma das duas teorias, mas somente no desvalor intrínseco da contribuição prestada a um fato socialmente intolerável. Nas palavras do autor,

Modernamente, entende-se que o fundamento da punibilidade da participação não está nem na corrupção do autor, nem na causação do resulta, e simplesmente no desvalor intrínseco da colaboração prestada a um fato socialmente intolerável: chama-se a esta teoria “da promoção”.¹⁹⁴

Percebe-se, dessa forma, que, atualmente, o grande fundamento da punibilidade do partícipe é a culpabilidade, entendida enquanto juízo individual de reprovabilidade da conduta.

¹⁹² BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁹³ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁹⁴ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 158.

5 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

As teorias até então existentes, uma de natureza puramente objetiva e outra de natureza puramente subjetiva, eram inadequadas para fundamentar a coautoria e delimitar corretamente autoria e participação.

Por isso, em 1939, surgiu, com o finalismo de Welzel, a teoria do domínio do fato, sintetizando aspectos objetivos e subjetivos. Ela distingue autor e executor de uma conduta típica, admitindo a figura do autor mediato e possibilitando a compreensão da coautoria. Trata-se, portanto, de uma teoria objetivo-subjetiva.

Para essa teoria, autor é aquele que tem o poder de decidir sobre a realização do fato, podendo executar, diretamente, a ação típica, ou se utilizar de terceira pessoas como instrumento (autoria mediata).

Aplica-se somente aos crimes dolosos (sejam formais, materiais ou de mera conduta), não havendo campo para ela nos delitos culposos, pois este resulta da falta de observância do dever objetivo de cuidado.

De acordo com Bitencourt¹⁹⁵, essa teoria tem três importantes consequências: 1ª) reconhecer que a realização pessoal de todos os elementos do tipo fundamenta a autoria; 2ª) explicar a autoria mediata, reconhecendo que autor é aquele que executa um fato por meio de terceira pessoa, que atuará como instrumento; e 3ª) admitir como autor aquele que, embora não execute diretamente a conduta típica, realize uma parte necessária da empreitada criminosa, integrando a resolução delitiva (tenha domínio do fato).

Segundo Jesus¹⁹⁶, a teoria do domínio do fato não exclui, peremptoriamente, a teoria restritiva, sendo um complemento a ela. Ambas as teorias unem-se para resolver questões relacionadas a autores materiais e

¹⁹⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁹⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

intelectuais. Para ele¹⁹⁷, ela se aproxima mais de um requisito de autoria que de uma teoria do concurso de pessoas. Confira.

É a teoria que passamos a adotar. Em outras palavras, nossa posição adere à teoria do domínio do fato, que é uma tese que complementa a doutrina restritiva formal-objetiva, aplicando critério misto (objetivo-subjetivo). De notar, pois, que a teoria do domínio do fato não exclui a restritiva. É um complemento. Unem-se para dar solução adequada às questões que se apresentam envolvendo autores materiais e intelectuais de crimes, chefes de quadrilha, sentinelas, aprendizes, motoristas, auxiliares, indutores, incentivadores, etc. sob rigor científico, é mais um requisito da autoria que uma teoria do concurso de pessoas.¹⁹⁸

Jesus¹⁹⁹ afirma que essa teoria foi adotada pelo nosso CP, com a reforma de 1984, devido à introdução do dolo na estrutura da conduta e na definição de erro de tipo e de proibição.

Ainda segundo Jesus²⁰⁰, na teoria do domínio do fato, a autoria abrange a autoria propriamente dita, a autoria mediata, a coautoria (essas três já foram abordadas no capítulo anterior) e a autoria intelectual.

Na autoria intelectual, o agente planeja toda a ação criminosa, podendo ou não participar da execução do fato típico. Se ele também executar o fato, será autor intelectual e imediato do crime; se, por outro lado, apenas planejar a atividade criminosa, será chamado de autor intelectual. Em qualquer caso, porém, o art. 62, I, do CP impõe que a sua pena seja agravada.

Em suma, essa teoria preconiza que será considerado autor aquele agente que tiver domínio sobre a empreitada criminosa, podendo determinar o início da execução do delito, a sua consumação e até a sua interrupção, se for o caso. O partícipe, ao contrário do autor, limita-se a prestar colaboração moral (instigação e induzimento) ou material (cumplicidade) à conduta praticada pelo autor, não executando, direta ou indiretamente, o delito.

Machado²⁰¹ afirma que a teoria do domínio do fato tem pontos de contato com a teoria objetivo-formal. Um deles é o afastamento do critério que

¹⁹⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁹⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

¹⁹⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁰⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

distingue autor e partícipe baseado exclusivamente na vontade (“vontade de autor” e “vontade de partícipe”). Por outro lado, a distinção entre ambas reside no fato de que a teoria do domínio do fato não exige a realização direta da conduta descrita no tipo penal para caracterização da autoria, bastando a existência de um elemento material próprio da autoria dolosa, que é o domínio final do fato pelo autor e coautores, e a inexistência desse elemento pelo partícipe. Nas palavras do autor,

Elementos coincidentes entre a teoria do domínio do fato (que, conforme anteriormente destacado, é tratada por alguns autores como uma das espécies da teoria objetivo-material) e a teoria formal-objetiva é o afastamento do critério de vontade de autor como base exclusiva da distinção entre coautoria e participação, bem como o reconhecimento de determinado domínio de critérios objetivos para proporcionar, de maneira segura, a aludida distinção. As referidas teorias se distinguem entre si pelo fato de que a teoria do domínio do fato (e, igualmente, todas as teorias objetivo-materiais) não se reveste do critério da realização total ou parcial da conduta descrita no verbo reitor do tipo para a delimitação da autoria. Para tal delimitação, essa teoria busca um elemento material que seja próprio da autoria dolosa e, igualmente, da coautoria, permitindo distinguir todas as classes de autoria e a participação. E esse critério é o domínio final do fato do autor e a inexistência desse domínio por parte do partícipe.²⁰²

A teoria do domínio do fato foi desenvolvida para solucionar problemas de autoria nos crimes culposos (autoria mediata, autoria intelectual e coautoria). Ela não é capaz de explicar a autoria nos crimes culposos, nos crimes próprios, nos crimes de mão própria e nos crimes omissivos. Por isso, a pretensão de universalizar essa teoria foi criticada. Segundo Machado²⁰³, alguns autores, como Bacigalupo, defendem-na, enquanto outros a rechaçam. Para ele,

²⁰¹ MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

²⁰² MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 102.

²⁰³ MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

Quanto à pretensão de universalidade dessa teoria, Bacigalupo, posicionando-se favoravelmente a uma extensão do conceito de domínio do fato para a delimitação da autoria, elenca as seguintes particularidades desse conceito: quando o tipo penal exige para a autoria um elemento subjetivo especial – como por exemplo o *animus rem sibi habendi*, no crime de apropriação indébita – será preciso, além do domínio do fato, a presença do elemento subjetivo especial do injusto; quando o crime exige uma qualidade especial do sujeito ativo (crimes próprios) – como por exemplo ser funcionário público no crime de peculato – há a necessidade da presença dessa qualidade especial do sujeito ativo, além do domínio do fato; e, por fim, nos crimes de mão própria – em que há a necessidade de que o autor realize pessoalmente a ação típica – só terá o domínio do fato aquele que pessoalmente realizou a ação típica.

Para Bacigalupo (*sic*), nesses casos (especialmente em relação aos crimes próprios e aos crimes de mão própria), não se deve considerar a existência de exceções ao critério do domínio do fato, senão algumas particularidades que advem da estrutura do tipo penal.

Roxin, em sentido oposto ao de Bacigalupo – no sentido de um conceito limitado da teoria do domínio do fato como critério para caracterizar a autoria –, entende que, nos delitos de infração de dever (categoria de crimes que foi por ele criada e que engloba, principalmente, os crimes próprios e os crimes omissivos) e nos delitos de mão própria, não é possível se servir do critério do domínio do fato para delimitar a autoria. Trata-se, portanto, de exceções à aplicação do critério do domínio do fato, ou seja, para Roxin, em resumo, a teoria de domínio do fato deve ser aplicada para a delimitação da teoria apenas nos intitulados delitos de domínio.

Maurach, de alguma forma alinhado ao posicionamento de Bacigalupo, rechaça de forma veemente essa dicotomia delitos de domínio e delitos de dever proposta por Roxin. Argumenta Maurach, que todo aquele que atua de forma contrária à norma, viola o dever prévio que nela existe. Segundo esse autor, todos os crimes são considerados como violação de uma norma e todas as normas apresentam deveres subjacentes. Assim, todos os delitos devem ser considerados como delitos de infração de dever. Nesse medida (*sic*), Maurach afirma que não pode existir nenhuma distinção entre delitos de dever e delitos de domínio. Nas hipóteses em que há uma limitação da punibilidade do autor em virtude de uma exigência prévia do tipo penal – como, por exemplo, ser funcionário público – permite-se falar de sujeitos que estão submetidos a deveres especiais. Contudo, nessa fase prévia à descrição típica, todas as pessoas, independentemente de qualquer qualidade ou condição pessoal, se encontram igualmente obrigadas frente às normas e não se pode falar aqui, evidentemente, em punição.²⁰⁴

Jakobs critica a teoria do domínio do fato nesse ponto, afirmando que:

A questão do domínio do fato, [...], não é outra coisa a não ser a questão da quantidade de intervenção, vale dizer, no caso de sujeitos que intervêm na fase prévia, a questão de em que medida determinam o marco da execução, e, com isso, a própria execução,

²⁰⁴ MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 103-104.

ou no caso dos executores, a questão acerca da margem de configuração que ainda permite o marco. Portanto, há somente uma aproximação ao domínio do fato dos intervenientes, e não uma classificação dos intervenientes em função de que exista uma intervenção com domínio do fato ou uma intervenção sem domínio do fato. Inclusive o menos relevante dos intervenientes tem um domínio do fato – ainda que, precisamente, seja pequeno –, um farrapo do todo, na medida em que sua contribuição nem sequer determine em alguma medida o marco da execução e com isso esta mesma – do contrário não existe co-delinquência claramente diferenciados, mas, ao contrário – e especialmente na separação de autoria e cumplicidade –, somente é uma ordenação, que não pode ser muito exata, em função de quantidades de intervenção, e, com isso, de domínio do fato: quem configura melhor o elemento principal e quem o faz em relação ao acessório? Os primeiros são autores, os segundos cúmplices. Domínio do fato tem os dois, como se acaba de dizer, um muito e o outro pouco. Brevemente: não se trata de se haverá imputação, mas da preparação da medição da pena.²⁰⁵

Machado²⁰⁶ explica que a teoria do domínio do fato possui três vertentes, segundo a concepção de seus três maiores defensores: Welzel, Maurach e Roxin. Essas vertentes serão brevemente abordadas nos tópicos subsequentes.²⁰⁷

5.1 Concepções acerca da teoria do domínio do fato

5.1.1 A teoria do domínio do fato para Hans Welzel

O conceito de autor final criado por Welzel está ligado à teoria finalista da conduta, criada por ele na década de 1930, pois, tanto na teoria finalista, quanto na teoria do domínio final do fato, os conceitos de ação e autor final se

²⁰⁵ JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato*. Barueri: Manole, 2003, p. 22-23.

²⁰⁶ MACHADO, Renato Martins. Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

²⁰⁷ O objetivo deste trabalho não é dissertar sobre a teoria do domínio do fato, mas apenas utilizá-la para fundamentar a criminalização do acionista controlador nos crimes societários. Por isso, a abordagem dessa teoria segundo os três autores mencionados (Welzel, Maurach e Roxin) será feita de forma sucinta, a fim de orientar o leitor.

fundamentam na vontade livre e consciente e na possibilidade de direcionar o evento causal para a finalidade pretendida.²⁰⁸ Ainda para Machado,

Na sua definição de autoria, Welzel chama a atenção no sentido de que a teoria do injusto (especialmente a teoria do tipo e seus limites) é essencial para a determinação de autor, sobretudo para a diferença típica que existe entre a autoria nos delitos dolosos e a autoria nos delitos culposos.²⁰⁹

Welzel²¹⁰ define a autoria nos crimes dolosos afirmando que o agente é o senhor da realização do tipo penal, pois conduz sua atuação de forma consciente em direção a um resultado típico.

O partícipe ou colaborador é aquele que domina apenas a sua própria atuação, ou seja, o domínio que o partícipe tem restringe-se a sua contribuição para a consumação do fato típico, na medida em que sua colaboração está vinculada a um fato alheio.²¹¹ Nas palavras de Welzel,

A característica geral de autor: o domínio final sobre o fato. Senhor do fato é aquele que o realiza de forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige de forma planificada é o que transforma o autor em senhor do fato. Por esta razão, a vontade final de realização (o dolo de tipo) é o momento geral do domínio sobre o fato.²¹²

No caso dos delitos culposos, o autor lesiona um bem jurídico por meio de uma conduta violadora de um dever de cuidado que deveria ter, em determinada situação. O conceito de autor, nesse caso, é puramente causal sendo “absolutamente incorreta a equiparação entre o tipo final e o tipo imprudente em uma idêntica situação dos tipos de causação, bem como a

²⁰⁸ MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

²⁰⁹ MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 114.

²¹⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

²¹¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

²¹² Texto original: “*La característica general de autor: el dominio final sobre el hecho. Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho.*” (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1993, p. 145).

equiparação entre o conceito de autor para o tipo penal doloso e o tipo penal imprudente”.²¹³

Para Welzel, o critério de “vontade de autor” trouxe importantes contribuições para se definir se um resultado pode ou não ser considerado típico de determinado agente. No entanto, ele traz o problema de permitir, novamente, o acolhimento de uma formulação exclusivamente subjetiva na análise do concurso de pessoas. Assim, segundo Welzel, a prática do fato deve ser analisada como um feito objetivo do autor.²¹⁴ Nas palavras do doutrinador,

O conceito de autor aqui definido é um conceito “objetivo”, no sentido de que vincula a autoria à posição real de domínio final do fato. A diferença é que, uma teoria subjetiva de autor prescinde da posição do domínio final do fato e atribui a autoria também àquele que dá lugar ao fato o autor mediato, enquanto tem a “vontade de autor”, especialmente, quanto quer cometer o fato “para ele”.²¹⁵

Em seguida, Welzel apresenta, de forma sintética, suas conclusões sobre a autoria, segundo o critério do domínio do fato:

A autoria tem as seguintes exigências:

1. Requisitos pessoais:
 - a) Objetivamente: as especiais posições de dever do autor: funcionário público, soldado, comerciante, descendente, etc.
 - b) Subjetivamente: as especiais intenções e tendências (os chamados “elementos subjetivos do injusto”).
2. Requisitos típicos: o domínio final. O autor é dono e senhor do fato, enquanto realiza sua vontade com decisão de sentido.²¹⁶

²¹³ MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 114.

²¹⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

²¹⁵ Texto original: “*El concepto de autor aquí definido es un concepto “objetivo”, en el sentido de que vincula la autoría a la posesión real del dominio final del hecho. La diferencia de él, una teoría subjetiva de autor prescinde de la posesión del dominio final del hecho y atribuye la autoría también a aquel que da lugar al hecho o al autor mediato, en cuanto tiene la “voluntad de autor”, especialmente, cuando quiere hacer cometer el hecho “para él”.* (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1993, p. 108-109).

²¹⁶ Texto original: “*La autoría tienen a las siguientes exigencias: 1. Requisitos personales: a) Objetivamente: las especiales posiciones de deber del autor: funcionario público, soldado, comerciante, descendente, etcétera. b) Subjetivamente: las especiales intenciones y tendencias (los llamados “elementos subjetivos de lo injusto”). 2. Requisitos típicos: el dominio final. El autor es dueño y señor del hecho, en cuanto el realiza su decisión de voluntad con sentido.*” (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1993, p. 88).

Por fim, cumpre ressaltar que, para Welzel, também é coautor o agente que contribui somente na fase preparatória, mas que tenha sido cotitular da decisão sobre a prática do fato típico.

5.1.2 A teoria do domínio do fato para Maurach

Segundo Machado²¹⁷, a teoria do domínio do fato para Maurach também está baseada na teoria finalista, aproximando-se da concepção de Welzel.

Assim como Welzel, ele também rechaça a teoria do domínio do fato para explicar a autoria nos crimes culposos, admitindo-a apenas aos crimes dolosos.

Machado explica que, para Maurach, a essência da discussão sobre a autoria nos crimes culposos é a evitabilidade de dano ao bem jurídico. “Autor de um crime culposo é aquele que potencialmente evitaria o resultado danoso ao bem jurídico tutelado, caso houvesse dirigido adequadamente seu comportamento (domínio potencial do fato)”.²¹⁸

Apesar das semelhanças entre os conceitos desenvolvidos por Welzel e Maurach, Machado explica que a teoria deste último se desenvolve de forma mais ampla e pura que a daquele.

Para ele, a teoria do domínio do fato se assenta em critérios subjetivos e objetivos. Trata-se, portanto, de uma teoria objetivo-subjetiva.²¹⁹

O elemento objetivo está na possibilidade concreta de domínio que o autor tem sobre o curso causal da conduta típica. O autor tem o poder de iniciar, interromper e modificar o curso causal do fato. O partícipe, por sua vez,

²¹⁷ MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

²¹⁸ MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 124.

²¹⁹ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte geral*. Trad. Jorge Bofil Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

não possui qualquer domínio quanto à realização do fato típico, o qual se restringe a sua própria conduta de contribuir ou não para a realização do delito.

O elemento subjetivo, por seu turno, está no dolo, na vontade de dominar o curso causal do fato, pois só pode ser considerado autor, à luz da teoria do domínio do fato, aquele que sabe que age dominando a atividade delitiva.

Nas palavras de Maurach,

Esta concepção é compreensível a partir do esforço desdobrado em defesa contra os perigos emanados da teoria subjetiva da participação, ao pretender que a decisão acerca da autoria e participação dependeria exclusivamente da vontade do autor. Com a estrutura aqui proposta, a que incorpora o elemento especial de autoria do domínio fático e objetivo do fato no tipo objetivo e, paralelamente a ele, a vontade do domínio no tipo subjetivo (...), é possível superar este perigo e ao mesmo tempo aplicar consequentemente a concepção de autoria como domínio final do fato.²²⁰

Como Welzel, Maurach entende que o conceito de autor não se limita à realização pessoal da conduta descrita no tipo penal (tal como a teoria objetivo-formal). Para ele, também é considerado autor aquele que, embora não pratique o verbo núcleo do tipo penal, possui o domínio final do fato. Da mesma forma, o critério da “vontade de autor” e da “vontade de partícipe” não é suficiente para definir autor e partícipe.²²¹

Maurach reconhece as dificuldades para a conceituação da autoria mediata, mas afirma que entre o autor direto e o autor mediato existe um ponto em comum, pois ambos não contribuem para fato alheio, e sim, para um fato próprio.²²²

²²⁰ Texto original: “Esta concepción es comprensible a partir del esfuerzo desplegado en la defensa contra los peligros emanados de la teoría subjetiva de la participación, al pretender que la decisión acerca de autoría y participación dependiera exclusivamente de la voluntad del autor. Con la estructura aquí propuesta, la que incorpora el elemento especial de autoría del dominio fáctico y objetivo del hecho en el tipo objetivo y, paralelamente a ello, la voluntad del el dominio en el tipo subjetivo (...), es posible superar este peligro y al mismo tiempo aplicar consecuentemente la concepción de la autoría como dominio final do fato.” (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*: parte geral. Trad. Jorge Bofil Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 120)

²²¹ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*: parte geral. Trad. Jorge Bofil Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

²²² MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*: parte geral. Trad. Jorge Bofil Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

Para ele, tanto na autoria mediata quanto na indução, o resultado típico é causado por terceira pessoa. Contudo, enquanto na autoria mediata, alguém é usado como meio material para a prática do crime, não atuando de forma livre, na indução, o agente executa a conduta típica de forma livre, estando apenas corrompido.²²³

A coautoria, por sua vez, é a própria autoria. Dessa forma, somente pode ser considerado coautor aquele que tem domínio da marcha causal da conduta delituosa. Se todos os coautores possuírem, igualmente, o domínio do fato, Maurach entende que haverá o “domínio coletivo do fato”, pois o resultado do fato típico estará em poder de um grupo de pessoas.²²⁴ Nas palavras do doutrinador,

O domínio final do fato, característica da forma comum de comissão e entendida como participação no domínio do fato do ente coletivo, se apresenta quando os concorrentes condenam suas respectivas ações até um resultado antecipado em forma igualitária por eles, de uma maneira tal que se diga que o resultado se manifesta como um produto da atividade unificada: coautoria é a *divisão do trabalho* tendente a um resultado, onde cada um dos concorrentes tem o domínio final do fato com respeito à globalidade do acontecer. Não é necessário que todos os elementos típicos sejam realizados em comum por todos eles; é suficiente que todos os sujeitos particulares realcem as ações necessárias para a configuração do tipo, de maneira que o mosaico delitivo se complete em sua colaboração respectiva.²²⁵

Ao contrário de Welzel, Maurach²²⁶ não define coautoria de acordo com a participação do agente na fase preparatória ou executiva do crime. Para ele, o ponto fundamental que determina a coautoria delitiva é o controle da marcha

²²³ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*: parte geral. Trad. Jorge Bofil Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

²²⁴ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*: parte geral. Trad. Jorge Bofil Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 368.

²²⁵ Texto original: “*El dominio final de hecho, caracterizante de la forma común de comisión y entendida como participación de el dominio del hecho del ente colectivo, se presenta cuando los concurrentes coordinan sus respectivas acciones hacia un resultado anticipado en forma igualitaria por ellos, de una manera tal que dicho resultado se manifiesta como un producto de la actividad unificada: coautoria es la ‘división del trabajo’ tendiente a un resultado, donde cada uno de los concurrentes tiene el dominio final del hecho con respecto a la globalidad del acontecer. No es necesario que todos los elementos típicos sean realizados en común por todos ellos; es suficiente con que los sujetos particulares realcen las acciones necesarias para la configuración del tipo, de manera que el mosaico delictivo se complete en su colaboración respectiva.*” (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*: parte geral. Trad. Jorge Bofil Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 370-371)

²²⁶ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*: parte geral. Trad. Jorge Bofil Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

causal do fato típico, ou seja, o domínio do fato, que pode estar presente em qualquer uma dessas fases.

Por fim, cumpre acrescentar que, da mesma forma que Welzel, Maurach²²⁷ explica a autoria intelectual segundo o critério da teoria do domínio do fato, pois o autor intelectual tem a dirigibilidade da conduta criminosa e a supervisão do fato típico, ainda que não pratique diretamente o crime.

5.1.3. A teoria do domínio do fato para Roxin

Para Machado²²⁸, a teoria do domínio do fato de Roxin é uma inovação em relação às concepções antecedentes, além de ser autêntica, não devendo sua proposta ser considerada continuação das anteriores nem uma teoria construída a partir da conjugação de teorias já existentes.

Roxin desenvolveu sua teoria do domínio do fato devido às consequências indesejáveis geradas pelo acolhimento das teorias subjetivas da autoria pela jurisprudência alemã, com o objetivo de criar um critério mais seguro para distinguir autoria e participação.²²⁹

A ideia central da teoria do domínio do fato de Roxin é que “o autor é a figura central do acontecer em forma de ação”.²³⁰

Para Roxin, os conceitos de autoria e participação não podem ser definidos à luz do critério da causalidade, mas a partir de uma valoração jurídico-normativa.

²²⁷ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte geral*. Trad. Jorge Bofil Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

²²⁸ MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

²²⁹ MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

²³⁰ Texto original: “... *el autor es la figura central del acontecer en forma de acción*”. (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 44)

De forma sintética, serão traçados a seguir os aspectos gerais que delimitam o conceito de autor segundo a teoria do domínio do fato de Roxin. Cumpre ressaltar, inicialmente, que, para Roxin,

Esse domínio do acontecer típico pode ocorrer de três maneiras: mediante a realização pessoal do fato (“domínio da ação” – *handlungsherrschaft*), mediante a execução conjunta do fato (“domínio funcional do fato” – *funktionale Tatherrschaft*) e por via da realização do fato através de outro (“domínio da vontade” – *Willensherrschaft*). Essas três formas de domínio do fato correspondem respectivamente à autoria direta, à coautoria e à autoria mediata.²³¹

No que tange à autoria imediata, Roxin afirma que se considera autor aquele que realiza, de forma livre, direta e pessoal, todos os elementos integrantes da figura típica.

No caso de vontade não livre, na qual o executor sofre uma coação moral irresistível, Roxin²³² afirma ser inegável o domínio do fato que ele exerce sobre a situação, mesmo que não seja punido por agir amparado por uma causa de exclusão da culpabilidade.

Da mesma forma, nas hipóteses de inimputabilidade penal e erro de proibição direto, haverá pleno domínio do fato pelo executor da conduta, que agirá amparado por uma causa de exculpação.²³³

No caso de autoria mediata, Roxin reconhece a grande dificuldade de se fundamentar a autoria de alguém que não executa a conduta pessoalmente. Nesse ponto, Roxin propõe uma evolução da teoria do domínio do fato, falando-se em “domínio da vontade”.²³⁴ Para o autor,

Enquanto a realização da ação típica pessoalmente fundamenta a autoria, aqui se trata de casos e quem falta precisamente a “ação” executiva do sujeito detrás e o domínio do fato só pode basear-se no

²³¹ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “Domínio da Organização” (organisationcherrschaft)*. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 310.

²³² ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano González de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²³³ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano González de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²³⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano González de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

poder da vontade reitora. Por isso, onde não se pode afirmar o domínio do fato falamos em “domínio da vontade” do autor.²³⁵

Segundo Roxin²³⁶, o domínio da vontade se apresenta de três maneiras diferentes: o domínio da vontade em virtude de coação, o domínio da vontade em virtude de erro e o domínio da vontade em virtude de estruturas de poder organizadas.

No que diz respeito ao domínio da vontade em virtude da coação, Roxin afirma que o coator domina o coagido que, por sua vez, domina o fato. Assim, o coator domina o próprio fato por meio do domínio que tem sobre o executor.²³⁷

Machado explica que,

... nas hipótese de coação, não há que se falar em autoria compartida, típica das hipóteses de coautoria, senão em autoria dupla de forma plena. Mais: de acordo com Roxin, nas hipóteses de coação, ambos os agentes (coator e coagido) se encontram na posição central de realização do tipo. Contudo, esses agentes encontram-se sobre bases de critérios de imputação contrapostas: o coagido encontra-se na posição de realizar a conduta típica e o coator, na posição de gestor da vontade do coagido. A ação desenvolvida pelo executor direto é fruto da vontade propulsora do autor mediato.²³⁸

Cabe salientar, todavia, que a caracterização do domínio da vontade como elemento do domínio do fato impescinde da comprovação de que a realização do fato típico decorre da vontade do coator. Havendo qualquer nível

²³⁵ Texto original: “Mientras que allí la realización de la acción típica de propia mano fundamenta la autoría, aquí se trata de casos en los que falta precisamente la “acción” ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho solo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de “dominio de la voluntad” en el autor.” (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 166)

²³⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²³⁷ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²³⁸ MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 143.

de liberdade de decisão por parte do executor direto da conduta, não se pode falar em domínio da vontade e sim em “influência volitiva”.²³⁹

O domínio da vontade em virtude de erro, por sua vez, abrange as mais diversas espécies de erro, indo do erro de tipo ao erro de proibição. Fundamenta-se no conhecimento mais amplo que o autor mediato tem sobre toda a situação fática em relação ao executor da conduta.²⁴⁰

Esse conhecimento pleno que o autor mediato tem de todas as circunstâncias que envolvem o fato pode ser de quatro naturezas: conhecimento sobre as circunstâncias fáticas, sobre a ilicitude, sobre as causas de reprovabilidade do comportamento e sobre a ação concreta praticada pelo executor do fato.²⁴¹

Também haverá domínio do fato por meio do domínio da vontade o agente que se utilizar de um instrumento (pessoa) que atua totalmente sem culpabilidade, como ocorre na coação moral irresistível e no uso de inimputáveis, por exemplo.²⁴²

Por fim, o domínio da vontade em virtude de estruturas de poder organizadas, segundo Roxin, ocorre quando uma pessoa que ocupa uma posição de comando em uma estrutura organizacional emite uma ordem contrária à ordem jurídica, que deverá ser cumprida pelos executores. Nesse caso, o agente que emitiu a ordem é o autor mediato dos fatos típicos praticados.²⁴³

O executor material do fato, por sua vez, age plenamente consciente de sua conduta, não havendo que se falar em erro ou coação.²⁴⁴

Roxin explica que essa espécie de autoria mediata não se confunde com a indução, pois o agente que dá a ordem o faz de forma peculiar e distinta, já que o comando deverá ser emanado de uma pessoa específica, podendo a

²³⁹ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 167.

²⁴⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁴¹ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁴² ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁴³ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁴⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

figura do executor material do fato ser qualquer pessoa. Há, portanto, fungibilidade quanto à pessoa do executor do fato.²⁴⁵

Deve-se ressaltar que, para a configuração da autoria mediata por meio do domínio da vontade em virtude de estrutura organizada de poder, é necessário que a entidade (ou organização) esteja à margem da legalidade. Para Roxin, isso se apresenta de duas formas: por meio de pessoas que ocupam posição de poder em governos autoritários ou em grupos clandestinos ou empresas.²⁴⁶

Devido às várias formas de domínio da vontade, Roxin entende que a teoria do domínio do fato aborda a definição de autor de forma ampla, como um conceito aberto. Nas palavras do autor,

O conceito de domínio do fato não é, pois, algo pronto desde o princípio, fechado em si mesmo e que pode se submeter a qualquer suposto fato pela via da mera subsunção, mas que só obtém de forma concreta discorrendo os diferentes âmbitos da matéria de regulação, cada um dos quais acrescentando ao conceito aberto de autor novos recursos concretos.²⁴⁷

Roxin explica a coautoria pela teoria do domínio do fato afirmando que, nesses casos, a autoria de cada um dos agentes se dá por meio de um domínio conjunto sobre o fato criminoso, chamado por ele de domínio funcional. Para ele, deve-se distinguir a colaboração na fase da execução e na fase da preparação do crime.²⁴⁸

Entre as formas de colaboração da fase de execução do crime, existem aquelas que são consideradas irrelevantes e aquelas que são essenciais.

A contribuição será essencial se ela for importante para consumir o crime, por meio de uma divisão de tarefas em que cada sujeito tem uma função

²⁴⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁴⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁴⁷ Texto original: “*El concepto de dominio del hecho no es, pues, algo listo desde el principio, cerrado en sí mismo a lo que quepa someter cualquier supuesto de hecho por la vía de la mera subsunción, sino que solo obtiene su forma concreta discorriendo por lo distintos ámbitos de la materia de regulación, cada uno de los cuales añade al concepto no cerrado de autor nuevos rasgos concretos.*” (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 269)

²⁴⁸ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

na empreitada criminosa. Coautor é aquele que presta contribui de forma essencial para a prática do crime.²⁴⁹

Nesse caso, Roxin²⁵⁰ entende que cada agente tem o controle do fato praticado, podendo interromper o próprio fato típico com a paralisação de sua conduta.

Não sendo a colaboração essencial para a prática do delito, Roxin entende que o agente será considerado mero cúmplice (partícipe, portanto) e não coautor.²⁵¹

No que tange à cooperação prestada na fase preparatória do crime, cumpre ressaltar que, para Roxin, não pode ser considerado coautor o agente que apenas colabora para o crime na fase de preparação. E isso ocorre por dois fundamentos.

De acordo com o primeiro argumento apresentado por Roxin, o agente que colabora apenas na fase de preparação do crime está afastado da posição central do fato, não podendo ser considerado coautor.²⁵²

Pelo segundo fundamento, Roxin afirma que o agente que contribui apenas na fase de preparação do crime não tem domínio sobre esse fato, pois não controla aquilo que ocorrerá na fase da execução.²⁵³ Nas palavras do doutrinador,

A influência daquele que não toma parte na execução do plano só pode surtir efeito sobre a psique do outro. Mas se o que prepara não domina este outro, mas pelo contrário o executor trabalha livre e responsabilmente, aquele que não está presente não pode dirigir o curso do fato, estando sujeito ao alvedrio do agente. Nisso o que prepara não se distingue do indutor, que desde Welzel nega o domínio do fato.²⁵⁴

²⁴⁹ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000

²⁵⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁵¹ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁵² ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁵³ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁵⁴ Texto original: “*La influencia de aquel que no toma parte en la ejecución del plan sólo puede surtir efecto sobre la psique del otro. Pero si el que prepara no domina a este otro, sino que por el contrario el executor obra libre y responsablemente, aquel que no está presente tampoco puede dirigir el curso del hecho, estando a expensas del albedrio del agente. En esto el que prepara nada se distingue del inductor, al que desde luego Welzel niega el dominio del hecho.*”

Em resumo, Roxin²⁵⁵ entende que todos os agentes podem ter o domínio final do fato. Primeiramente, deve-se distinguir a colaboração prestada na fase de execução do crime daquela prestada na fase preparatória. A colaboração prestada apenas na fase preparatória do delito nunca importará em coautoria, sendo o agente considerado partícipe visto que não terá o domínio final do fato.

Já aquela prestada na fase de execução do crime, deve-se fazer uma distinção: se a colaboração é essencial para a empreitada delituosa ou se ela é irrelevante. Sendo irrelevante, o agente também não será considerado coautor do delito, mas mero partícipe por cumplicidade. Sendo essencial, haverá coautoria, pois todos os agentes que atuarem dessa forma terão, em conjunto, o domínio final do fato, uma vez que haverá controle funcional sobre o próprio fato.

5.2 Domínio da organização como forma de aplicação da Teoria do Domínio do Fato aos crimes cometidos por administradores, na gestão da sociedade empresária

Roxin usa a expressão “domínio da organização”²⁵⁶ para se referir à forma de autoria mediata que se dá por meio de uma estrutura organizada de poder, conforme já mencionado anteriormente. Segundo ele,

... “domínio da organização” (*Organisationsherrschaft*) baseia-se na concepção amplamente difundida na Alemanha e no exterior, segundo a qual o critério diferencial da autoria (em oposição à participação) em um delito é, como regra, o “domínio do fato” (*Tatherrschaft*), ou seja, o domínio da realização do tipo. [...]

O domínio da organização, segundo a última versão de minha teoria, depende de três pressupostos: (1) o agente deve exercer um “poder de comando” (*Befehlsgewalt*) no marco da organização, (2) a organização deve ter se desvinculado do Direito no âmbito de sua atividade penalmente relevante, e (3) os executores individuais

(ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano González de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 327)

²⁵⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano González de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁵⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano González de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 723.

devem ser substituíveis (fungíveis), de tal modo que, no caso de não se poder contar com um determinado executor, outro ocupe o seu lugar.

Esses três pressupostos ensejam uma elevada propensão ao cometimento do fato pelo autor direto, por três razões: em primeiro lugar, porque no âmbito da organização de poder a ordem exerce pressão no sentido de seu cumprimento; em segundo lugar, porque a desvinculação do sistema em relação ao direito faz com que o executor suponha que não há razão para temer conseqüências penais; e, em terceiro lugar, porquanto a fungibilidade do executor induz à ideia de que o fato não depende da sua conduta, uma vez que, mesmo sem ele, outro de todo modo o realizaria.²⁵⁷

O autor explica que sua teoria ganhou ampla acolhida na doutrina e jurisprudência estrangeiras. Para exemplificar, ele cita casos em que ela foi utilizada como fundamento para condenação.²⁵⁸ Nas palavras do autor,

No processo contra a Junta Militar argentina, tanto a acusação como a sentença do Tribunal Supremo se fundamentou substancialmente na tese mantida nesta obra. A jurisprudência, já no “caso del Rey Felino” (BGHSt 35, 353) a utilizou como argumento a favor da possibilidade do “autor de detrás do autor”. Na sentença contra os membros do Conselho Nacional de Defesa da extinta RDA (BGHSt 40, 218), a jurisprudência assume esta figura jurídica, que emprega em várias sentenças posteriores.²⁵⁹

Segundo Roxin, atualmente, na jurisprudência, tem-se rechaçado a aplicação, ao mundo empresarial, da tese da autoria mediata em virtude de estruturas organizadas de poder de acordo com a teoria do domínio do fato.²⁶⁰

O autor²⁶¹ aponta duas objeções apresentadas contra ela: ausência de domínio sobre o executor do fato e não ser, o domínio do delito, critério determinante para a autoria.

²⁵⁷ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “Domínio da Organização” (organisationcherrschaft)*. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 310-311.

²⁵⁸ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano González de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁵⁹ Texto original: “*En el proceso contra la Junta militar argentina, tanto la acusación como la sentencia del Tribunal Supremo se fundamentan substancialmente en la tesis mantenida en esta obra. La jurisprudencia, ya en el ‘caso del Rey Felino’ (BGHSt 35, 353) la utilizó como argumento en pro de la posibilidad de ‘autor de detrás del autor’. En la sentencia contra los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la extinta RDA (BGHSt 40, 218), la jurisprudencia asume esta figura jurídica, que emplea en varias sentencias posteriores.*” (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano González de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 724)

²⁶⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano González de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

Roxin afirma que, segundo Weigend²⁶², é impossível uma autoria mediata quando o executor do fato é completamente responsável, ainda que esteja de boa-fé ou dependa de ordens da “pessoa por detrás”. Para Weigend, apenas haverá autoria mediata quando houver a utilização de uma pessoa completamente irresponsável (inimputável por idade, doença mental, pessoa que atua em erro de proibição invencível).²⁶³ Para ele,

A falácia desse ponto de vista radica no fato de que a autoria mediata não consiste no “domínio do executor” (*Beherrschung des Ausführenden*), mas sim no “domínio da realização do tipo” (*Beherrschung der Tatbestandsverwirklichung*).

Este domínio da realização do tipo pode lograr-se mediante o domínio do executor, tal como ocorre no caso de utilização de crianças, de doentes mentais ou de alguém sob coação, nos termos do §35 do StGB. Todavia, o domínio do executor não é, de modo algum, o único caminho para dominar a realização do tipo.²⁶⁴

Roxin defende o domínio da organização afirmando que a atuação de forma responsável do executor não desnatura o fato de que o domínio sobre o resultado típico é maior para quem dirige a organização, pois este não depende de um determinado executor individual, podendo utilizar-se de qualquer pessoa para praticar o fato.²⁶⁵

Weigend²⁶⁶ e Herzberg²⁶⁷, citados por Roxin, propõem que seja reconhecida a existência de instigação no lugar da autoria mediata pelo domínio da organização.

²⁶¹ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “Domínio da Organização” (organisationcherrschaft)*. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

²⁶² WEIGEND, JICJ, *apud*, ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “Domínio da Organização” (organisationcherrschaft)*. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

²⁶³ WEIGEND, JICJ, *apud*, ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “Domínio da Organização” (organisationcherrschaft)*. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

²⁶⁴ WEIGEND, JICJ, *apud*, ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “Domínio da Organização” (organisationcherrschaft)*. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 317.

²⁶⁵ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “Domínio da Organização” (organisationcherrschaft)*. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

²⁶⁶ WEIGEND, JICJ, *apud*, ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “Domínio da Organização” (organisationcherrschaft)*. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

Roxin²⁶⁸, de forma muito coerente (de acordo nosso entendimento), afirma que a instigação é diferente da autoria mediata por meio do domínio da organização. Enquanto a conduta do instigador é acessória, dependendo da do autor, aquele que detém o poder de comando numa organização de poder precisa apenas expedir uma ordem para que alguém cumpra.

Além disso, “a utilização de um aparato de poder para cometer crimes representa uma agressão muito mais perigosa para o bem jurídico que uma simples exortação, não vinculante, ao delito, dirigida ao sujeito que recebe a instigação”.²⁶⁹

Um caso prático envolvendo a aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito empresarial foi a Ação Penal (AP) nº 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cujo caso ficou conhecido como “Mensalão”. A ministra Rosa Weber, em seu voto, fundamentou o enquadramento dos acusados utilizando essa teoria. *Verbis*,

Quando há vários concorrentes, tem-se de esclarecer qual a carga de aporte de cada um deles para a cadeia causal do crime imputado. Caso contrário, será impossível aplicar a teoria monista contida no artigo 29 do Código Penal. Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa. Ma comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os generais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais. Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que pode (*sic*) evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no

²⁶⁷ HERZBERG, *apud*, ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “Domínio da Organização” (organisationcherrschaft)*. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

²⁶⁸ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “Domínio da Organização” (organisationcherrschaft)*. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

²⁶⁹ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “Domínio da Organização” (organisationcherrschaft)*. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 323.

caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria.²⁷⁰

O Ministro Luiz Fux, de forma genérica e sem contextualizar a teoria do domínio do fato à modalidade referente aos aparatos de poder (chamada, por Roxin²⁷¹, de domínio da organização), afirma que coautores são aqueles que possuem o domínio funcional do fato, desempenhando uma atividade importante e necessária à execução do tipo penal.²⁷²

O Ministro Carlos Aires Brito também fundamenta seu voto com base na teoria do domínio do fato, mencionando, expressamente, o “aparato organizado de poder” existente nos crimes econômicos e no de gestão fraudulenta.²⁷³

Apesar disso, o Ministro não abordou os requisitos para aplicação da teoria do domínio do fato por meio do domínio da vontade em virtude de estrutura organizada de poder, quais sejam: o poder de comando, a atuação à margem da lei e a fungibilidade da figura do executor direto.

Diante disso, percebe-se que, embora de forma genérica (tratada, simplesmente, como domínio do fato) e sem explicitar os requisitos específicos para a sua aplicação, a teoria de Claus Roxin sobre o domínio da organização conquistou ressonância no Direito brasileiro, com o julgamento da AP nº 470; caso em que o STF condenou, na condição de autores, pessoas que exerciam o poder de controle em sociedades empresárias, por possuírem o domínio funcional sobre a conduta típica, podendo determinar o início da execução, a forma com que ela se daria, bem como a consumação do crime.

²⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal nº 470. Relator Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. DJe 22.04.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mensal%E3o%29%28470%2E%2E+OU+470%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nhybayb>>. Acessado em 15 nov. 2014, fl. 52.776.

²⁷¹ ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “Domínio da Organização” (organisationcherrschaft)*. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

²⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal nº 470. Relator Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. DJe 22.04.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mensal%E3o%29%28470%2E%2E+OU+470%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nhybayb>>. Acessado em 15 nov. 2014.

²⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal nº 470. Relator Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. DJe 22.04.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mensal%E3o%29%28470%2E%2E+OU+470%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nhybayb>>. Acessado em 15 nov. 2014, fl. 54.502.

Apesar de ter sido aplicada apenas à instituição financeira, é perfeitamente admissível que essa teoria seja aplicada a outros tipos de sociedades empresárias para responsabilizar o acionista controlador em qualquer espécie de crime praticado pelo administrador sob sua ordem ou com o seu consentimento ou conhecimento.

6 CONCLUSÃO

A função social da empresa ganhou uma nova leitura com o advento do Estado Democrático de Direito, em especial, da CRFB/1988 e do CC/2002.

Anteriormente, sob a perspectiva do Estado Liberal, ela tinha um significado eminentemente individualista. Isso significa que, nessa época, a função social da empresa era atendida na medida em que a sociedade empresária (ou empresário individual) tivesse aptidão para gerar lucros aos sócios ou àquele que exercia a empresa em nome próprio.

Com o passar do tempo e mudança de paradigma, a função social passou a ser vista sob a ótica da socialidade, passando a ser concebida não apenas como potencialidade da sociedade em gerar lucros, mas também como atividade que, além de contribuir para a geração de renda aos sócios e empregados, também gera riqueza ao país, devendo sempre observar o ordenamento jurídico. Em outras palavras, para que a função social seja cumprida, a pessoa jurídica deve também atuar em obediência à legislação tributária, cível, trabalhista, administrativa, comercial, penal, entre outras.

E isso ocorre, obviamente, não apenas por meio da atuação dos administradores, mas também dos sócios e, principalmente, pelo acionista controlador, que orienta a condução dos negócios sociais e traça as diretrizes a serem seguidas pela pessoa jurídica.

Conforme já mencionado anteriormente, a função social da empresa pode ser extraída, inicialmente, do princípio constitucional da solidariedade aliado às diversas menções à função social na CRFB/1988.

Seguindo a mesma linha, o CC/2002 não trata expressamente da função social da empresa. Contudo, refere-se ao princípio da função social em diversos institutos como no direito das obrigações, contratos, propriedade. Nesse sentido, o enunciado 53 da I Jornada de Direito Civil do CJF preconiza que o princípio da função social deve ser levado em consideração na interpretação das normas relativas ao Direito de Empresa, independentemente de previsão expressa a respeito.

Diferentemente da CRFB/1988 e do CC/2002, a Lei nº 6.404/1976 já previa expressamente a função social da empresa no art. 116, parágrafo único, ao tratar do acionista controlador, e no art. 154, ao tratar dos deveres do administrador da sociedade anônima.

Pela leitura do art. 116, parágrafo único, e art. 164 da LSA, depreende-se que o legislador tratou do princípio da função social da empresa à luz de uma interpretação compatível com o Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, uma análise mais cuidadosa dessa norma parte do pressuposto de que os administradores e acionistas controladores de uma sociedade têm deveres para com a companhia, os demais acionistas, os trabalhadores e a comunidade em geral.

Nesse sentido, o capítulo 3 tratou dos deveres e responsabilidades desses importantes personagens de uma S.A..

O administrador tem os deveres de diligência, lealdade, sigilo, informação e de não praticar negociação em conflito de interesse com a companhia, responsabilizando-se, pelo seu descumprimento e por qualquer conduta dolosa ou culposa que cause prejuízo à sociedade, a outro acionista ou a terceiros.

O acionista controlador ou grupo de acionistas, por seu turno, tem os mesmos deveres dos administradores, respondendo por danos causados à companhia, aos acionistas minoritários ou a terceiro caso atue com abuso do poder de controle, conforme dispõe, de forma exemplificada, o art. 117, §1º, da LSA. Tais deveres e responsabilidades têm natureza eminentemente cível.

Na esfera penal, em regra, prevalece o princípio segundo qual a sociedade não tem capacidade de delinquir por não ter ânimo próprio.

Dessa forma, a prática dos crimes societários, objetos do Direito Penal Econômico, gerará a responsabilização penal dos administradores e dos acionistas controladores ou grupo de acionistas que determinaram a prática da conduta que conduziu ao ilícito penal.

Para isso, deve-se analisar os conceitos de autoria e participação segundo a teoria do domínio do fato, sob a forma de domínio da vontade em virtude organização de poder, também chamado, por Claus Roxin, de domínio da organização.

Diante disso, cumpre destacar que, segundo Claus Roxin, autor é aquele que tem domínio do fato, tendo controle funcional do fato e podendo determinar o início da atuação típica, a forma de execução do crime e a sua consumação, com aptidão para impedir o resultado, se assim desejar.

A autoria não se confunde com a participação, pois esta envolve, simplesmente, a prestação de auxílio moral (por meio do induzimento ou da instigação) ou material (pela cumplicidade). O partícipe não participa diretamente, da execução do delito, sendo fungível a sua atuação.

Já o autor pode executar diretamente o crime ou orientar a atuação dos executores, sendo o autor intelectual do delito ou o “homem por detrás”.

Na execução direta, ele atuará pessoalmente na prática da conduta delitiva, sozinho ou com o concurso de mais agentes, fazendo surgir, então, a figura da coautoria, que nada mais é que um conjunto de participantes que atuam numa verdadeira divisão de tarefas. Nesse caso, cada um deles terá uma função na empreitada criminosa e todos serão qualificados, igualmente, como autores.

Na hipótese de o autor não executar diretamente o fato típico, valendo-se de terceiros executores, temos o instituto da autoria mediata, por meio da qual o agente se vale de um terceiro sem culpabilidade para a prática do crime.

Na autoria intelectual, temos a conduta daquele que planeja a empreitada criminosa dos outros sujeitos, culpáveis, que executarão a conduta em seu lugar. O autor, nessa hipótese, apenas dirige atuação criminosa, não se envolvendo diretamente na sua prática.

Em todos esses três casos tratados, é necessário que o agente tenha o domínio do fato para que possa ser considerado autor. A última delas, de especial interesse para este trabalho, envolve aquilo que Claus Roxin chama de domínio do fato por meio do domínio da vontade, que preconiza que autor é aquele que tem o controle funcional do fato praticado, atuando sobre a vontade de um terceiro executor que agirá sob sua orientação e/ou determinação.

O domínio da vontade, para Claus Roxin, se apresenta de três formas diferentes: em virtude de coação, em virtude de erro e em virtude de estruturas organizadas de poder.

Nos dois primeiros casos, o autor mediato praticará o crime por intermédio de alguém (executor) inculpável ou com a culpabilidade reduzida, devido à coação moral que está sofrendo ou pelo erro a que foi induzido.

O domínio da vontade em virtude de estrutura organizada de poder ou, simplesmente, domínio da organização, para Claus Roxin, envolve a criminalidade societária. Ocorre quando uma pessoa que ocupa uma posição de comando dentro de uma estrutura organizacional emite uma ordem contrária à lei que deverá ser cumprida pelos executores os quais, por sua vez, têm culpabilidade por agirem plenamente conscientes de sua conduta.

O domínio da organização depende da coexistência de três fatores: aquele que deu a ordem tem que ter posição de comando dentro de uma organização (acionista controlador, por exemplo), a conduta a ser executada deve estar à margem da lei (ou seja, é necessária a prática de um ilícito de natureza penal) e deve haver a fungibilidade na figura do executor direto (ou seja, é necessário que aquele que executa a ordem – administrador, fiscal ou sócio – possa ser facilmente substituído por outro).

Nesse caso, fala-se em coautoria entre aquele que deu a ordem e aquele que a executou.

No julgamento da AP nº 470, o STF fundamentou a condenação de alguns réus que ostentavam a posição de controle na estrutura organizacional (instituição financeira) na teoria do domínio do fato, porém, de forma genérica, sem especificar a modalidade adotada e os seus requisitos específicos.

Contudo, isso em nada atrapalha a compreensão acerca dos fundamentos utilizados para a condenação, os quais giram em torno da mesma tese jurídica: a teoria do domínio do fato. Cumpre ressaltar, no entanto, que essa teoria somente foi aplicada aos crimes societários que envolvem instituições financeiras, não o sendo no âmbito dos demais delitos que envolvem organizações empresariais.

Diante disso, a proposta que se apresenta neste trabalho é a expansão da aplicação da teoria do domínio do fato, sob a modalidade domínio da vontade decorrente de estrutura organizada de poder (domínio da organização), a toda espécie de crime empresarial para responsabilizar o acionista controlador (ou grupo de acionistas) por condutas típicas praticadas

pelo administrador ou qualquer mandatário da sociedade, com o seu conhecimento, o seu consentimento ou sob sua ordem. Deve-se ressaltar, todavia, que a aplicação dessa teoria deve ser bem criteriosa, pois nos casos em que o administrador praticar crimes à completa revelia do acionista controlador (ou grupo de acionistas), não tendo estes condições de saber a respeito da prática criminosa, essa teoria deve ser afastada em relação a eles (respondendo pelo crime apenas aquele que o executou), sob pena de se consagrar a responsabilidade penal objetiva; algo inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. 2ª Ed. México: Fontamara, 1998.

ANTÔNIO, Sérgio Roberto de. *O interesse público e a autonomia da vontade na Sociedade Anônima*. 2002. 137f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito Milton Campos. Programa de Pós-Graduação *Stricto Senso*, Nova Lima.

ARAGÃO, Leandro Santos de. *Interlocking Directorates [personalle Verflechtungen] e a proibição do art. 147, § 3º, inciso I, da Lei das Sociedades Anônimas: o conflito entre a liberdade de concorrência e a liberdade de estruturação do organograma administrativo da sociedade empresária*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de. (coord.). *Sociedade Anônima, 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1979.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

BETTIOL, Giuseppe Ilineamenti. *Dell Istituto Del concorso di Piú Persone nel Reato*. Pádua: Scritti Giuridici, 1966.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: Angher, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 15ª Ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 21-106.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui Código Penal. In: Angher, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 15ª Ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 349-377.

BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 14 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº. 7.730, de 31 de janeiro de 1989. Institui o cruzado novo, determina congelamento de preços, estabelece regras de desindexação da economia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7730.htm#art29>. Acessado em 14 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº. 8.021, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8021.htm#art13>. Acessado em 16 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº. 9.457, de 5 de maio de 1997. Altera dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9457.htm#art1>. Acessado em 16 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº. 10.194, de 14 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre a instituição de sociedades de crédito ao microempreendedor, altera dispositivos das Leis nos 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 8.029, de 12 de abril de 1990, e 8.934, de 18 de novembro de 1994, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10194.htm#art2>. Acessado em 16 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº. 10.303, de 31 de outubro de 2001. Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm#art3>. Acessado em 16 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Angher, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 15ª Ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 136-218.

BRASIL. Lei 11.638, de 28 de dezembro de 2007. Altera e revoga dispositivos da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11638.htm#art1>. Acessado em 16 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, alterando o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.218, de 29 de agosto de 1991, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.469, de 10 de julho de 1997, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 10.426, de 24 de abril de 2002, 10.480, de 2 de julho de 2002, 10.522, de 19 de julho de 2002, 10.887, de 18 de junho de 2004, e 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e as Leis nos 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.116, de 18 de maio de 2005, 11.732, de 30 de junho de 2008, 10.260, de 12 de julho de 2001, 9.873, de 23 de novembro de 1999, 11.171, de 2 de setembro de 2005, 11.345, de 14 de setembro de 2006; prorroga a vigência da Lei no 8.989, de 24 de fevereiro de 1995; revoga dispositivos das Leis nos 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e 8.620, de 5 de janeiro de 1993, do Decreto-Lei no 73, de 21 de novembro de 1966, das Leis nos 10.190, de 14 de fevereiro de 2001, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.964, de 10 de abril de 2000, e, a partir da instalação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, os Decretos nos 83.304, de 28 de março de 1979, e 89.892, de 2 de julho de 1984, e o art. 112 da Lei no 11.196, de 21 de novembro de 2005; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm#art37>. Acessado em 16 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011. Dispõe sobre a incidência do imposto sobre a renda nas operações que especifica; altera as Leis nos 11.478, de 29 de maio de 2007, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 8.248, de 23 de outubro de 1991, 9.648, de 27 de maio de 1998, 11.943, de 28 de maio de 2009, 9.808, de 20 de julho de 1999, 10.260, de 12 de julho de 2001, 11.096, de 13 de janeiro de 2005, 11.180, de 23 de setembro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, 11.909, de 4 de março de 2009, 11.371, de 28 de novembro de 2006, 12.249, de 11 de junho de 2010, 10.150, de 21 de dezembro de 2000, 10.312, de 27 de novembro de 2001, e 12.058, de 13 de outubro de 2009, e o Decreto-Lei no 288, de 28 de fevereiro de 1967; institui o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Usinas Nucleares (Renuclear); dispõe sobre medidas tributárias relacionadas ao Plano Nacional de Banda Larga; altera a legislação relativa à isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM); dispõe sobre a extinção do Fundo Nacional de Desenvolvimento; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12431.htm#art6>. Acessado em 16 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013. Dispõe sobre o parcelamento de débitos com a Fazenda Nacional relativos às contribuições previdenciárias de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.715, de 25 de novembro de 1998, 11.828, de 20 de novembro de 2008, 10.522, de 19 de julho de 2002, 10.222, de 9 de maio de 2001, 12.249, de 11 de junho de 2010, 11.110, de 25 de abril de 2005, 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 6.385, de 7 de dezembro de 1976, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e 9.514, de 20 de novembro de 1997; e revoga dispositivo da Lei no 12.703, de 7 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12810.htm#art37>. Acessado em 31 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art24>. Acessado em 31 out. 2014.

BRASIL. Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários, concede remissão nos casos em que especifica, institui regime tributário de transição, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Mpv/449.htm#art36>. Acessado em 31 out. 2014.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959.

CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria General del Delito*. Trad. V. Conde. Madri: *Revista del Derecho Privado*, 1952.

CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. *Breves anotações sobre a função social da empresa*. Artigo apresentado na XI Conferência Anual da ALACDE. 20---. Disponível em: <<http://www.amde.org.br/papers/00002.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil I, III e IV: enunciados aprovados*. 20--. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acessado em 14 nov. 2014.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *A reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *O acionista minoritário no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A. 1997.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Anônimas*. 1987. 155f. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, v. 1.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, revista, ampliada e atualizada até a EC nº 71 de 29/12/2012 e em consonância com a Jurisprudência do STF. Salvador: Editora *JusPodivm*, 2013.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no Moderno Direito Penal Brasileiro*. 1947. Dissertação (Livre Docência em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Função social e ética da empresa*. Revista Jurídica da UniFil, Ano II, nº 2. 20--. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf>. Acesso em 14 nov.2014.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GONTIJO, Vinícius José Marque. *Do princípio da dignidade da pessoa jurídica*. In: Revista de Direito Mercantil – 149/150, p. 151-158.

GONTIJO, Vinícius José Marque. *Responsabilização no direito societário de terceiro por obrigação da sociedade*. In: Revista dos Tribunais 854/38, dezembro de 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2005, vol. 1.

JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato*. Barueri: Manole, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOGO, Paul. *Commentaire Du Code Penal Suisse: Partie Générale*. Neuchâtel: Delachaux et Niestlé, 1976.

LOPES, Jair Leonardo. *A política criminal da “Lei e da Ordem”*: anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal – uma visão crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. 2013. 207f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

MAESTRI, Hugo Cruz. *Função social da empresa, responsabilidade social sustentabilidade: um enfoque jurídico a tríade social que integra as sociedades empresárias*. 2011. 124f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito Milton Campos. Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Nova Lima.

MARQUES, José Frederico. *Co-autoria*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MARTINS, José Salgado. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARX, K. *Das Kapital. Kritik dês politischen Ökonomie*. Berlim: J.H.Dietz Nachfolger, 1929.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte geral*. Trad. Jorge Bofil Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*. Trad. Pedro Dorado Montero. Madrid: Ed Lá España Moderna, s. d.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *O contrato como instrumento de política econômica*. 2003. 109f. Monografia (Pós-Graduação). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à moradia*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 4. Ed. Barcelona: PPU, 1996.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1978, vol. 1.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *A aplicação da teoria do domínio do fato ao núcleo financeiro do caso "mensalão": análise à luz do princípio da presunção do estado de inocência*. Trabalho apresentado no XIII Encontro Nacional do Conpedi, Florianópolis, 2013.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Princípios constitucionais do Direito Empresarial: a função social da empresa*. Curitiba: Editora CRV, 2011.

PEREIRA, Henrique Viana. *A função social da empresa*. 2010. 121f. Monografia (Pós-Graduação). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. *Função social da empresa e do contrato*. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.01.05/05. 20---. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2005-2/FuncaoSocial-RECJ.02.05-05.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. In: Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coord.).

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social do contrato: Conceito e critérios de aplicação*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 168, out./dez., 2005.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WAINSTEIN, Bernardo Julius Alves. *Novo direito dos contratos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.