

AUTORIA MEDIATA POR MEIO DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

*Edfre Rudyard da Silva*²³

RESUMO

Com o presente artigo pretende-se estudar a autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder, a partir de alguns referenciais teóricos relacionados ao estudo da autoria, destacando os conceitos de Hanz Welzel até o traçado pelo penalista alemão Claus Roxin, dando especial atenção ao domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, como forma independente de autoria mediata, categoria jurídico-penal criada pelo referido penalista no ano de 1963 e, posteriormente, parcialmente reconhecida pela doutrina e jurisprudência alemã, ganhando relevo no âmbito internacional. O estudo busca, num primeiro momento, identificar a evolução do conceito de autoria, diferenciando-o da participação, a análise da teoria do domínio do fato de Hanz Welzel até alcançar os elementos indispensáveis da teoria de Roxin. Sob esse aspecto, foram demonstrados e estabelecidos os pressupostos necessários para a identificação da autoria mediata por aparatos organizados de poder, delineados pelo jurista alemão; teses favoráveis e contrárias à sua aplicação, para ao final, demonstrar como, em um caso penal julgado por tribunal brasileiro, a teoria do domínio do fato, em que pesem as críticas apontadas, se mostrou acertadamente aplicada ao caso estudado.

PALAVRA-CHAVE: Penal, autoria mediata, domínio do fato.

ABSTRACT

With the present article we intend to study mediate authorship through organized

apparatuses of power, from some theoretical references related to the study of authorship, highlighting the concepts of Hanz Welzel until the traced by the German penalist Claus Roxin, giving special attention to the domain of the will, through organized apparatuses of power, as an independent form of mediate authorship, legal-criminal category created by the aforementioned criminalist in 1963 and, later, partially recognized by German doctrine and jurisprudence, gaining prominence in the international scope. The study seeks, at first, to identify the evolution of the concept of authorship, differentiating it from participation, the analysis of Hanz Welzel's fact domain theory until reaching the indispensable elements of Roxin's theory. Under this aspect, the necessary assumptions were demonstrated and established for the identification of mediate authorship by organized apparatuses of power, outlined by the German jurist; theses favorable and contrary to its application, in order to, in the end, demonstrate how, in a criminal case judged by a Brazilian court, the theory of the domain of fact, despite the criticisms pointed out, proved to be correctly applied to the case studied.

KEYWORDS: Criminal, mediate authorship, domain of fact

INTRODUÇÃO

Ao estudarmos os sujeitos relacionados ao fato criminoso, é fundamental o estabelecimento de parâmetros necessários para definir a que título será responsabilizado o agente que pratica a conduta descrita no tipo penal. Sob esse aspecto, o artigo 29 do Código Penal dá verdadeiro sentido à aplicação do princípio da proporcionalidade ao estabelecer que “quem, de

²³ Professor universitário, Especialista em Direito Penal, Processo Penal e autor de obras coletivas.

qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, *na medida de sua culpabilidade*".

Com efeito, em obediência ao mencionado princípio e demais normas, a doutrina penal traz consigo critérios pelos quais a conduta de cada um dos agentes que praticam a infração penal deve responder dentro dos parâmetros estabelecidos no ordenamento jurídico. Por meio desses critérios os infratores são classificados em autores, coautores e partícipes.

Nesse diapasão, com a finalidade de buscar a objetividade do presente trabalho, não esmiuçaremos a participação, somente a autoria, para ao final estudarmos questões relevantes relacionadas à autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder. Trata-se de tema importante, vez que amplamente utilizado para a apuração de condutas relacionadas ao crime organizado.

1. DAS TEORIAS PARA IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIA E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A distinção entre autor e partícipe é indispensável ao tratarmos do tema *concurso de pessoas*, contudo trata-se de análise nada simples, considerando que o Código Penal não estabeleceu seus conceitos, cumprindo à doutrina fixar os seus termos.

Ao longo do tempo, surgem diversas

teorias nas quais ora reúnem autores e partícipes, ora fazem distinção entre ambos, que são classificadas em dois grandes grupos: unitárias e diferenciadoras.

As *teorias unitárias* são aquelas que não distinguem autor e partícipe, enquanto as chamadas *teorias diferenciadoras* fazem plena distinção entre eles. Contudo, mesmo entre elas há diversos pontos em comum, o que nos leva a perceber que não se trata de tema pacífico.

Assim, temos a *teoria subjetiva ou unitária*: que considera autor todo aquele que em certa medida contribui para a produção do resultado, portanto não faz qualquer distinção entre autor e partícipe.

Já a *teoria extensiva*, apesar de não distinguir os personagens que praticam a conduta criminosa, permite estabelecer gradações entre eles para fins de aplicação da pena, como causas de diminuição na medida da atuação de cada um dos agentes.

Temos ainda a chamada *teoria objetiva ou dualista*, que ao contrário das duas primeiras, faz plena distinção entre autor e partícipe. Está subdividida em *objetiva-formal* e *objetiva-material*.

A primeira estabelece que autor é aquele que realiza o núcleo do tipo penal, enquanto partícipe é aquele que de qualquer forma concorre para o crime. Por sua vez, para a segunda, autor é o agente que contribui de forma destacada para o resultado, não apenas pratica o núcleo do tipo penal; o partícipe atua com menos

relevância, ainda que sua conduta consista na realização do núcleo do tipo.

Apesar da distinção estabelecida pela teoria objetiva, a dúvida ainda pairava em relação a uma distinção clara entre autor e partícipe.

Hans Welzel, na década de 1930, buscou estabelecer os parâmetros da chamada *teoria do domínio do fato*, de modo a conciliar as teorias objetiva e subjetiva, cujos parâmetros serão analisados mais à frente.

No entanto, cumpre salientar que a expressão *domínio do fato* não foi cunhada por Welzel, mas já vinha sendo trabalhada anos antes.

No ano de 1915, August Hegler cunha a expressão “volle Tatherrschaft” apresentando-a ao Direito Penal, hoje conhecida como “domínio do fato” ou “domínio sobre o fato”. Para o jurista se tratava de um elemento da personalidade do agente, pressuposto material da culpabilidade, ou seja, à época não se referia a um critério relacionado à autoria ou participação, situação posteriormente modificada pelo próprio Hegler ao inseri-la na teoria da autoria.

Pablo Rodrigo Alflen afirma, ao citar Roxin, que o insigne jurista esclarece que:

“Hegler utilizou a terminologia para fundamentar também a ideia de autoria mediata, referindo que a essência da autoria mediata está na

preponderância do homem de trás e que quando o executor atua sem culpabilidade ou culposamente, aquele é o causador ou porque era o “senhor absoluto do fato” ou porque tinha o “domínio mais acentuado do fato”²⁴.

Por sua vez, ainda dentro de uma percepção histórica, diversos autores foram trazendo novas concepções à teoria do domínio do fato. Nesse ponto, destaca-se Adolf Loebe, pois apresentou, pela primeira vez, um conceito de domínio do fato, considerando que:

“a autoria determina-se de acordo com elementos objetivos e subjetivos, a saber, o querer o resultado, o domínio e a condução fática da execução, o animus domini e o respectivo dominare realmente a execução”. Porém, Lobe descuidada do conceito de autoria mediata e apresenta uma concepção puramente formal, pois considera que existe autoria mediata quando o agente imediato não pode ser observado como autor.”²⁵

Em que pese a tentativa dos mencionados autores em elaborar uma teoria definitiva do chamado domínio do fato, somente com Welzel esta foi estabelecida.

Ele vincula sua teoria ao conceito de ação final ou também chamada de “relação final da vontade com o resultado”. Nesse aspecto, para o jurista alemão, a vontade estaria integrada à própria ação, assim como a realização da vontade, de modo a configurar elemento

²⁴ ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502210097. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 25 fev. 2022.

²⁵ Ob. Cit. p. 85.

essencial da autoria. Assim, conclui que “a autoria final é a mais ampla forma de domínio do fato”²⁶.

Sob a égide do finalismo, para Welzel, autor é quem controla “finalisticamente” o fato, ou seja, quem decide a sua forma de execução, seu início, cessação e condições envolvidas no contexto fático. Por outro lado, partícipe será aquele que, ainda que de alguma forma colabore dolosamente para a ocorrência do resultado, não exerça o domínio sobre a ação.

Percebe-se que Welzel faz distinções em relação aos crimes culposos e dolosos. Em relação ao primeiro, deve ser considerado autor todo aquele que pratica a conduta prevista no tipo penal, não pretendida, porém violadora do dever de cuidado. Conseqüentemente, a discussão do “domínio final do fato” é transportada exclusivamente para os crimes dolosos. Nesse ponto, vale a lição de Bitencourt:

“A doutrina alemã trabalha com dois conceitos distintos de autor: nos delitos dolosos utiliza o conceito restritivo de autor fundamentado na teoria do domínio do fato, e nos delitos culposos utiliza um conceito unitário de autor, que não distingue autoria e participação. Segundo Welzel ‘autor de um delito culposo é todo aquele que mediante uma ação que lesiona o grau de cuidado requerido no âmbito da relação, produz de modo não doloso um resultado típico.’²⁷

Assim, para a concepção finalista, a autoria estaria dividida em três espécies: autoria direta (individual), autoria mediata e coautoria.

2. DA AUTORIA E SUAS CLASSIFICAÇÕES

Ainda com base em Welzel e na teoria do domínio do fato, para chegarmos à autoria, devemos analisar três aspectos: o *domínio da ação*, o *domínio funcional* e o *domínio da vontade*.

O primeiro aspecto tem por referência o chamado *autor imediato*, sujeito que por sua vontade pratica o núcleo do tipo penal.

Já o segundo aspecto, o *domínio funcional*, tem por característica a ideia de uma realização conjunta da atividade criminosa, situação em que os criminosos possuem funções específicas relacionadas à empreitada criminosa, atuando de forma colaborativa entre si para um fim único: a prática do crime por eles planejado.

Nesse sentido, leciona Rogério Sanches Cunha: “retrata a situação em que, a partir de uma decisão conjunta de cometer a infração penal, duas ou mais pessoas atuam em colaboração, sendo que cada uma delas tem uma espécie de domínio sobre o todo.”²⁸

Logo, não restam dúvidas que no caso estamos diante da chamada *coautoria*, ainda que

²⁶ Ob. Cit. p. 88.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, volume 1: parte geral – 13. Ed. atual. – São Paulo: Saraiva. 2008. p. 422.

²⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2001, p. 489.

os agentes tenham praticado apenas parcela da conduta típica, ambos responderão pelo fato típico como um todo.

Em relação ao *domínio da vontade*, temos que o agente se utiliza de terceira pessoa para a prática do delito. Alcançamos assim a chamada *autoria mediata*.

Dessa espécie de autoria podemos extrair três situações específicas, que podem levar (ou não) a punição do terceiro utilizado como instrumento para prática do delito: a *coação moral irresistível*; *erro determinado por terceiro* e *domínio da organização*.

No primeiro caso, a vontade do terceiro é subjugada por meio do medo, consequência da violência moral praticada pelo agente, não havendo alternativa senão a prática do delito.

Já em relação ao *erro*, o instrumento pratica a conduta criminosa em razão da provocação do agente.

Por fim, no *domínio da organização*, o detentor dessa qualidade emite ordens aos subordinados que, amparados por essa estrutura, praticam as infrações penais, o que nos leva ao cerne do presente trabalho: a *autoria mediata por meio de aparatos de poder organizado*.

Nesse diapasão, temos que a autoria se refere à realização da ação típica, com detenção do domínio do fato, de modo que será *direta ou individual*, em *coautoria* ou *mediata*, espécies

que merecem maiores aprofundamentos.

2.1 AUTORIA DIRETA OU INDIVIDUAL

A autoria direta se refere à realização pessoal da ação típica, com detenção exclusiva do domínio do fato. Aproveitando as lições de Welzel, *o domínio do fato corresponde àquele que leva à execução, de forma conscientemente final, a sua decisão de vontade*.²⁹

O autor pratica o núcleo/verbo do tipo penal de forma pessoal. Nesse caso, ao tratarmos de autoria direta, somente aquele que pratica o verbo da figura típica é o autor do crime, de tal modo que há somente um autor.

2.2 AUTORIA COLETIVA OU COAUTORIA

Para que seja definida a coautoria ou também chamada de autoria coletiva, esta variará de acordo com o conceito de autor com o qual se maneja. Atualmente, prevalece que autor é aquele detentor do domínio do fato, de modo que partícipe é todo aquele que colabora para a ocorrência do crime sem deter o domínio do fato.

Ao adotarmos o conceito de autoria lastreado no domínio do fato, coautor é todo aquele que pratica a conduta criminosa de modo compartilhado por várias pessoas, ou seja, haverá

²⁹ Ob. Cit. p. 89.

coautoria quando cada coautor praticar uma parte essencial do plano.

Não há a necessidade de que o agente pratique o núcleo do tipo penal para que haja a coautoria, basta que seja responsável por uma parte essencial do plano, sem a qual não se realizará. Há a necessidade da chamada resolução comum para o fato, de modo que os delinquentes decidam em conjunto a prática criminosa, cada uma delas responsável por uma parte essencial do crime. Há uma relação horizontal entre os agentes. Ex.: o motorista de fuga, que aguarda o coautor que irá realizar o assalto ao banco.

2.3 AUTORIA MEDIATA

Diferentemente do que ocorre na coautoria, em relação à autoria mediata, há a presença de dois personagens: o autor mediato e o instrumento. A relação havida entre essas duas personagens, ao contrário do que ocorre na coautoria, é vertical, apresenta uma posição de dominação entre o autor mediato e o instrumento, que por alguma razão está subordinado ao autor mediato, em regra, por alguma fragilidade daquele (por não saber o que faz, ou por estar sendo utilizado, porém abarcado por uma excludente da ilicitude forjada pelo autor mediato etc.).

Importante destacar que para que haja a autoria mediata, é fundamental que o instrumento realize uma **conduta**, do contrário

não haverá autoria mediata, mas sim autoria direta. É o caso em que a coação física irresistível excluirá a conduta, logo, não haverá autoria mediata. Ex.: o agente empurra uma pessoa, para que esta, ao chocar-se com terceiro, o lesione (não haverá conduta típica por parte da pessoa empurrada).

Nesse exemplo, a pessoa está amparada por causa excludente da conduta, de tal modo que sequer deve ser considerada instrumento, por consectário não haverá autoria mediata, mas, autoria direta.

Para a doutrina tradicional, temos os seguintes casos de autoria mediata:

a) Instrumento atua sem tipicidade (dolo ou elemento subjetivo especial) - o mais comum é o caso em que o instrumento atua em erro (de tipo). Ex.: agente que induz o instrumento, numa caçada, a efetuar um disparo contra um suposto animal, que em verdade trata-se de pessoa que é um inimigo do agente (erro de tipo provocado). Nesse caso, o instrumento não responderá pelo crime, mas o indutor responderá pelo crime de homicídio (CP, art. 20, § 3º).

b) Instrumento atua sem ilicitude: é o caso em que o agente forja uma situação de excludente de ilicitude. Ex.: agente que instiga seu desafeto a agredir terceiro, sob o pretexto de que aquele havia flertado com o cônjuge do desafeto, caso em que o autor mediato tem ciência de que o terceiro (instrumento) anda armado e é extremamente violento, que acaba por matar o desafeto (do autor mediato),

resguardado pela legítima defesa.

c) Instrumento atua sem culpabilidade: hipótese mais comum. O autor mediato se utiliza de inimputáveis (menor, deficiente mental), ou de instrumento que age em razão de coação moral irresistível ou mesmo obediência hierárquica entre eles.

d) instrumento responsável: trata-se de situação diferenciada em relação ao que a doutrina normalmente leciona, vez que, tradicionalmente, ao tratarmos de autoria mediata, o instrumento, além de se encontrar numa situação de verticalidade em relação ao autor mediato, também se encontra numa relação de fragilidade em relação àquele. Nesse caso, o instrumento é plenamente responsável pela prática da infração penal, assim como o autor mediato. Circunstância que nos leva à chamada autoria mediata por aparato organizado de poder.

3. DA AUTORIA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Trata-se de teoria cunhada por Claus Roxin, em seu artigo intitulado *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, na qual o insigne jurista analisa a autoria de uma forma completamente diversa das teorias relacionadas à autoria mediata, por meio da qual permite ao autor um domínio total do acontecimento, apesar da plena responsabilidade

do executor.

Também conhecida como autoria de escritório, fundamental trazermos à colação a lição de Zaffaroni e Pierangeli:

“Esta forma de autoria mediata pressupõe uma ‘máquina de poder’, que pode ocorrer tanto num Estado em que rompeu com toda a ilegalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma ‘mafiosa’, por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização).”³⁰

Ao contrário do que a doutrina tradicional enfrenta, o instrumento é plenamente responsável por seus atos, respondendo por dolo, da mesma forma que o autor. Nesse caso, o que caracteriza a autoria mediata é a manutenção da relação vertical entre o autor e o instrumento, verticalidade essa mantida em razão do domínio de aparatos organizados de poder (amplamente utilizada na Justiça Federal para o julgamento de grandes organizações criminosas).

Essa nova forma de enxergar a autoria mediata calcada por Claus Roxin não é analisada com foco nas hipóteses de fragilidade do instrumento (excludente da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade).

³⁰ ZAFARRONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito Penal brasileiro –

Parte Geral. Vol. 1. 8.ed. São Paulo: RT, 2009. p. 682-3.

O insigne jurista, ao analisar essa espécie de autoria, propõe que o domínio da vontade do instrumento pelo autor mediato se dê em três hipóteses: a) por coação; b) por erro; e c) por meio de um aparato organizado de poder.

Assim, para sistematizar essa última hipótese, Roxin nos apresenta quatro pressupostos: o poder de comando; a desvinculação do direito pelo aparato de poder; a fungibilidade do executor direto; e a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.

3.1. DO PODER DE COMANDO

Claus Roxin ao definir esse pressuposto faz referência ao *homem de trás*, que para figurar como autor mediato deve possuir domínio pleno do fato, sob pena de se tornar mero instigador ou indutor³¹.

Logo, para que esse *homem de trás* detenha o poder de comando é necessário que componha uma organização rigorosamente estruturada e hierarquizada, voltada para o cometimento de infrações penais. Se não bastasse, deve esse personagem se valer dessa estrutura por ele profundamente conhecida para a prática dos ilícitos criminais. Como exemplo, Roxin menciona o comandante de um campo de concentração nazista, sendo ele, o autor mediato dos homicídios ali praticados, ainda que sob

ordens de outros *homens de trás*, o que nos leva a concluir que a autoria mediata também é possível em níveis hierárquicos sucessíveis entre si.

3.2. DESVINCULAÇÃO DO DIREITO PELO APARATO DE PODER

O segundo pressuposto estabelecido por Roxin aponta que o aparato de poder deve estar alheio ao ordenamento jurídico vigente, o que não significa que sua atuação se dê completamente desvinculada do Direito.

Nesse diapasão, o insigne jurista traz como exemplo:

“as medidas tomadas pela DDR³² e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente; porém, os âmbitos de atuação, como o ‘impedimento de fuga da República atrás de disparos mortais’, bem como ‘a solução final para o problema relativo aos judeus’, ‘caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do direito’³³.”

Podemos concluir que, ainda que a organização atue dentro do ordenamento jurídico, é possível que parte dela, agindo como um todo apartado atue em completa afronta ao Direito, cabendo ao *homem de trás* garantir o resultado pretendido pela organização, tornando-se autor mediato.

³¹ Ob. Cit. p. 94.

³² Deutsche Demokratische Republik (DDR). República Democrática da Alemanha (Alemanha

Oriental), na época controlada pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

³³ Ob. Cit. p. 141.

Em relação aos exemplos apresentados, Roxin complementa o pressuposto ao afirmar que o aparato, em relação ao Estado, se divide em dois grupos, sendo o primeiro relacionado ao *detentor do poder estatal* que comete infrações penais por meio de organizações a ele diretamente vinculadas, ou seja, dependentes; enquanto o segundo grupo, por outro lado, *não está diretamente vinculado ao Estado*, são formados de modo clandestino, sub-repticiamente caracterizados por representarem um “Estado dentro do Estado”, infringindo as normas penais.

3.3. FUNGIBILIDADE DO EXECUTOR DIRETO

O terceiro pressuposto tem por característica a ampla gama de pessoas pertencente à organização que podem executar as determinações do *homem de trás*, circunstância em que a impossibilidade do cumprimento da ordem não impede a execução do delito, tendo em vista a imediata substituição por outro que também se encontra à disposição.

Denota-se a fungibilidade do executor direto, tendo em vista que a substituição do agente para a prática do delito, em favor do aparato organizado de poder, ocorre de maneira praticamente automática, certo de que sempre haverá alguém que irá atuar na execução da

infração penal, tornando irrelevante “quem” irá executar a tarefa, mas apenas que ela será executada de modo a garantir o integral funcionamento do aparato.

3.4. DISPOSIÇÃO ESSENCIALMENTE ELEVADA DOS EXECUTORES AO FATO.

Originalmente, Roxin não fazia referência a esse pressuposto, sendo mencionado somente em 2006 em uma de suas palestras, ao afirmar que o executor

“está sujeito a numerosas influências específicas da organização, que na verdade não excluem de modo algum a sua responsabilidade, mas o tornam «mais disposto ao fato» que outro potencial delinquente”, e, nesse sentido, “aumentam a probabilidade do resultado por meio de uma ordem e contribuem com o domínio do fato do homem de trás”³⁴

Com efeito, Claus Roxin faz verdadeira distinção entre o executor que age isoladamente e aquele que atua perante um aparato organizado de poder, considerando que o último está envolto em uma estrutura que o leva à prática da conduta delituosa, cujas circunstâncias o faz aderir conscientemente à organização. Tem como fatores de motivação a ascensão hierárquica, a ideologia representada pelo aparato, questões financeiras, ostentação, etc.

³⁴ Ob. Cit. p. 142.

Ademais, o aparato faz o executor crer sem sombra de dúvidas de que se ele não fizer, qualquer outro membro o fará, o levando a temer pela perda de sua posição junto ao sistema no qual integra.

Nessa senda, conclui o insigne jurista que todos esses fatores conduzem o executor “a uma disposição condicionada dos membros da organização ao fato” que, conjuntamente com a fungibilidade, formam “um elemento essencial de segurança”, com base no qual o homem de trás pode confiar no cumprimento de suas ordens”.³⁵

Apenas quando do preenchimento de todas essas condições, para Roxin, é possível a identificação da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder. Essa teoria traz contornos modernos à autoria para o Direito Penal, considerando a complexidade da prática criminosa e os avanços das organizações que se valem do crime e de suas próprias estruturas, cada vez maiores e hierarquizadas para o alcance dos seus objetivos.

Contudo, o insigne jurista manifestou-se em sentido contrário à aplicação dessa teoria aos crimes praticados por meio de empresas, ainda que o *Bundesgerichtshof* (BGH)³⁶ a utilize

em relação aos delitos praticados por meio da atividade empresarial.

4. CRIMES COMETIDOS POR MEIO DE EMPRESAS E A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA

A teoria fundamentada por Claus Roxin, segundo o próprio autor, não deve ser aplicada aos crimes praticados por meio de organizações empresariais, de modo que fundamenta sua tese nos seguintes argumentos: a) os fins originários da concepção; b) vinculação ao direito por parte do aparato; c) impossibilidade de substituição do executor; e d) falta de disposição elevada ao fato.

Em relação ao primeiro pressuposto, a teoria da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder foi pensada por Roxin voltada às hipóteses de crimes praticados por aparatos estatais ou paraestatais, tendo como exemplo o caso Eichmann³⁷, considerando que “apenas no injusto do sistema estatal, no «Estado criminoso dentro do Estado», na Máfia e em formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada, não se pode transferir esta figura jurídica aos fatos puníveis em

³⁵ Ob. Cit. p. 143.

³⁶ Bundesgerichtshof, BGH – Tribunal de Justiça Federal da Alemanha. É a mais alta corte do sistema de jurisdição ordinária na Alemanha.

³⁷ Otto Adolf Eichmann, pertencente ao SS-Obersturmbannführer, no posto de tenente-coronel da Alemanha Nazista. Foi um dos principais organizadores do Holocausto. Eichmann foi designado pelo SS-Obergruppenführer

(general/tenente-general) Reinhard Heydrich para organizar a logística das deportações em massa dos judeus para os guetos e campos de extermínio das zonas ocupadas pelos alemães no Leste Europeu durante a Segunda Guerra Mundial. Em 1960, foi capturado na Argentina pela Mossad, o serviço secreto de Israel. Após um julgamento de grande publicidade em Israel, foi considerado culpado por crimes de guerra e enforcado em 1962.

empresas econômicas”³⁸.

Veja-se que apesar do criador da teoria rechaçar por completo a aplicação aos crimes praticados por meio de empresas, os pressupostos adotados pelo jurista, por si só, não eliminam a possibilidade de sua aplicação a outros entes não estatais, ao mencionar a organização mafiosa como exemplo de materialização da teoria.

O segundo argumento apresentado é a *vinculação ao direito por parte do aparato*, o que contraria o pressuposto cunhado pelo jurista, tendo em vista que, a princípio, as empresas estariam desde sua constituição calcadas no direito, sendo o contrário fundamental para caracterizar a autoria mediata nos termos criados por Roxin. Portanto, a empresa se move nos termos do Direito e qualquer prática contrária a ele se torna uma prática contra a própria empresa, caindo por terra a vinculação da teoria aos crimes cometidos por meio da atividade empresarial.

O insigne jurista apresenta como terceiro argumento a *impossibilidade de substituição do executor*, de modo que não seria possível a fungibilidade do instrumento que leva a cabo as condutas criminosas. Entretanto, limita-se no fundamento de que o executor teria conhecimento específico para a execução de determinadas tarefas, o que não nos aponta um caminho capaz de afastar a aplicação do domínio do fato por organização aos crimes praticados

por meio de empresas.

Por fim, Claus Roxin argumenta a *inexistência de disposição elevada ao fato* pelos integrantes da instituição, considerando o risco de punição e de perda do lugar na empresa.

Observa-se que, em verdade, estaria o jurista preocupado com a desmedida ampliação da aplicação de sua teoria. Contudo, em que pesem as advertências elencadas, a jurisprudência do Tribunal Federal Alemão tem comumente aplicado essa espécie de autoria aos casos relacionados aos crimes cometidos por meio de organizações empresariais econômicas.

Nesse sentido, Pablo Rodrigo Alflen nos traz como exemplos o “caso da farmácia veterinária”, em que foi mantida a condenação pelo BGH, aplicando-se a autoria mediata pelo domínio da organização sob os seguintes fundamentos:

(...) pode ser autor em razão do domínio do fato, também aquele que cria determinadas condições básicas por estruturas de organização, que provocam processos regulares, se ele utiliza estas condições para causar a realização do tipo penal pretendido. De acordo com este critério, o BGH afirma a autoria mediata também em relação às atividades empresariais independentemente se os autores imediatos atuavam culpavelmente (no caso: a aplicação à prática da atividade de veterinária).³⁹

O doutrinador nos traz ainda o “caso da eliminação de resíduos” (“Abfallbeseitigung”)

³⁸ Ob. Cit. p. 145.

³⁹ Ob. Cit. p. 149

em que o BGH assinalou a condenação dos acusados se valendo da teoria de Roxin nos seguintes termos:

“os acusados realizaram a eliminação punível de detritos na condição de autores mediatos, pois eles não depositaram os detritos por si mesmos” e, para esclarecer a questão, o tribunal referiu que “os pressupostos sob os quais um fato punível é ‘cometido por meio de outrem’ (§ 25 Abs. 1 StGB) é um problema de valoração que está aberto”, bem como “no juízo de valoração não é decisivo que o intermediador atue de forma culpável”, mas sim “se o homem de trás não tem apenas o interesse no fato, senão também tem domínio do fato orientado pela vontade de autor”, sendo que no caso “não há dúvidas sobre a vontade do autor e o domínio do fato dos acusados”, pois na condição de “gestores da empresa deveriam tomar cuidado para que os detritos fossem eliminados de forma apropriada”⁴⁰

Em ambas as decisões, o BGH sofre críticas da doutrina, pois o Tribunal Alemão não teria aplicado corretamente os pressupostos fixados por Claus Roxin, especialmente quanto às organizações empresariais econômicas.

No primeiro caso, o BGH havia ignorado a hipótese de coautoria, considerando que o proprietário da farmácia veterinária também praticou por diversas vezes e de modo direto a venda ilegal dos medicamentos, de modo a incidir sobre o tipo penal previsto no ordenamento alemão, bem como a estrutura da empresa não permitia afastamento do agente dos fatos, contrariando a relação vertical entre o autor

mediato e imediato, conforme delineada por Roxin.

Por sua vez, em relação ao caso dos resíduos, a crítica doutrinária se dá em razão da ausência de relação hierárquica entre os envolvidos e a empresa gerida, não foi demonstrada a substituição automática entre os agentes dispostos à prática criminosa.

Com efeito, a teoria elaborada pelo jurista alemão, em razão dos próprios pressupostos por ele mesmo criados leva a diversas barreiras teóricas quase intransponíveis, de maneira que ainda que tenha, numa primeira análise, um alcance convincente em desfavor da criminalidade moderna, nos releva teoricamente a uma aplicabilidade diminuta, considerando a comum utilização das estruturas empresariais como aparatos organizados de poder para a prática das infrações penais.

5. A TEORIA DE ROXIN E SUA APLICAÇÃO PELA JUSTIÇA BRASILEIRA

No Brasil, especialmente em relação à Justiça Brasileira, a teoria do domínio do fato ganhou repercussão quando mencionada pelo relator da Ação Penal 470, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, relativa ao “Caso Mensalão”, por meio da qual 40 pessoas foram acusadas de participarem de um mecanismo de

⁴⁰ Ob. Cit. p. 150-51.

compra de votos de parlamentares, com a finalidade de que as pautas do governo da época fossem aprovadas, em busca de eventual manutenção daquele no poder.

Ao longo do julgamento, a expressão *domínio do fato* foi largamente utilizada na modalidade *domínio da organização*, levando assim à autoria mediata por aparatos organizados de poder, por meio da qual se buscava a adequação da teoria pensada por Roxin às organizações envolvidas: Casa Civil da Presidência da República, os partidos políticos, as empresas de publicidade e a instituição financeira.

No caso, a conduta dos envolvidos culminaram na prática dos crimes de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção passiva e ativa, gestão fraudulenta e evasão de divisas e para que o esquema delituoso tivesse o adequado funcionamento, se dividia em três núcleos principais: *i. político; ii. operacional; e iii. financeiro*. Ao final, dos 40 acusados, apenas 25 foram condenados por diferentes crimes e penas distintas.

A transposição da teoria de Roxin ao Caso do Mensalão, até então, é severamente criticada pela doutrina, tendo em vista que a descrição do esquema criminoso estaria mais adequada à coautoria do que à autoria mediata.

Outro ponto destacado, seria o fato de que o entrelace dos núcleos envolvidos não apontava uma estrutura hierárquica desvinculada do direito e fungibilidade dos autores imediatos.

Em que pese o quanto a doutrina aponta, sem adentrar ao mérito do acerto ou erro das absolvições ou condenações, tampouco à análise das provas produzidas no processo, haja vista que o presente trabalho tem viés puramente acadêmico, aqui fazemos coro ao defendido pela Suprema Corte⁴¹, à época com uma composição bastante diferente da atual, ao afirmar que o caso deve ser analisado de forma contextualizada, de modo que ao se alinhar os fundamentos apresentados em favor da condenação dos envolvidos e os pressupostos apresentados por Roxin, seja possível extrair-se perfeita adequação.

Temos assim *o poder de comando do homem de trás*, na época representado pelo Chefe da Casa Civil quanto ao núcleo político, que era pleno conhecedor das estruturas da organização, aproveitando-se das condições básicas determinadas pela estrutura da qual fazia parte. Era detentor do poder de comando não apenas pelo cargo, mas também pela atividade e rede de acesso, e por meio dela fazia desencadear processos regrados. Aproveitava-se da disposição incondicional do instrumento, apesar

⁴¹ AP 470, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013 RTJ VOL-00225-01 PP-00011 - "o extenso material probatório, sobretudo quando

apreciado de forma contextualizada, demonstrou a existência de uma associação estável e organizada, cujos membros agiam com divisão de tarefas, visando à prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro," p. 5830.

de não o dominar diretamente, mas o fazia por meio do aparato.

Em relação à *desvinculação do direito pelo aparato de poder*, o próprio Roxin afirma que esta exigência é discutida entre os partidários de sua teoria, que ainda é sustentada por ele, mas o próprio jurista alemão faz temperamentos, senão vejamos:

*Em primeiro lugar, o aparato de poder não precisa ter se desvinculado do direito em todos os aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele. As medidas tomadas pela DDR e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente; porém os âmbitos de atuação, como o «impedimento de fuga da República através de disparos mortais» ou, apenas para mencionar o caso mais assustador, a «solução final para o problema relativo aos judeus», caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do direito. E, em segundo lugar, para a desvinculação do direito não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica atual. Os assassinatos no muro eram condutas desvinculadas do direito, ainda que o dirigente estatal da DDR tivesse outra opinião a respeito disso. Então os assassinatos em massa do regime nazista, evidentemente, também teriam sido atos desvinculados do direito se o antigo dirigente estatal os tivesse ordenado não por meio de ordens secretas, mas «legalmente».*⁴²

⁴² ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Disponível em: https://www.academia.edu/36772380/O_dom%C3%AADnio_por_organiza%C3%A7%C3%A3o_como_forma_independente_de_autoria_mediata – Acesso em 30.mar.2022.

Pela leitura atenta das explicações do próprio Roxin, temos que a desvinculação do aparato em relação ao Direito, no caso em análise, não se refere ao órgão da República e sua atividade finalidade, mas ao marco dos tipos penais perpetrados por seu integrante máximo, tendo a estrutura do órgão como meio para prática dos delitos pelos quais foram condenados. Claramente é possível neste caso, evidenciar um “Estado dentro do Estado”, como bem leciona o insigne doutrinador.

Ainda, parafraseando o jurista alemão, para a desvinculação do direito não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica atual, ou seja, a *corrupção ativa (p. ex.)* era e é crime previsto no Código Penal⁴³.

No que concerne à *fungibilidade do executor direto*, está intimamente vinculada ao interesse de todos os envolvidos em ascender na escalada do Poder ou mesmo na manutenção de seu *status* perante o “chefe” da organização. Ainda mais no âmbito político, no qual prevalecem os “jogos de poder”, muitos são os potenciais executores que se encontram à disposição do autor mediato, para providenciar, por exemplo, a prática do delito de corrupção ativa. A não aceitação de um agente leva à sua fácil substituição por outro que o faça as vezes.

⁴³ BRASIL, Decreto-lei nº 2.848/1940. Código Penal. Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

No que concerne à *disposição essencialmente elevada dos executores ao fato*, estaria essa intimamente relacionada a diversos fatores motivadores dos envolvidos à prática dos crimes julgados na AP 470. No entanto, no caso em concreto, considerando o envolvimento de partido político, não poderia deixar de destacar o *interesse ideológico* comungado por todos os envolvidos.

Nesse ponto, não nos olvidemos das cenas em que alguns dos condenados, quando levados ao cárcere, bradavam com o braço esquerdo levantado e punho cerrado, de modo a simbolicamente fazerem-se crer como prisioneiros políticos.

Aliás, aqueles que venham manifestar-se contrário à ideologia como elemento motivador para a *disposição essencialmente elevada dos executores ao fato*, não podem se esquecer que o próprio Roxin menciona tal fator:

Espera-se que os membros se adaptem concretamente. Isto pode levar a uma adesão irrefletida a condutas que jamais passariam pela cabeça de pessoas incorporadas a tal organização. Porém, um fenômeno típico da organização é também o obsequioso zelo excessivo, seja pela ambição na carreira, pela ostentação, pelo deslumbramento ideológico ou também em razão de impulsos sádicos ou mesmo criminosos, os quais o membro de uma tal organização acredita poder fornecer impunemente.⁴⁴

Desta forma, ao fazermos a correlação

dos pressupostos necessários ao reconhecimento da *autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder*, a Ação Penal 470, independentemente das respeitáveis críticas doutrinárias apresentadas, surge como verdadeiro exemplo e possibilidade de sua aplicação no Brasil.

CONCLUSÃO

A análise profunda da autoria em sede de concurso de pessoas, nos revela um caminho de inúmeras possibilidades, que até então são passíveis de discussão entre aqueles que se debruçam sobre o tema.

A autoria mediata por aparatos de poder organizado, em que pese a resistência do insigne criador da teoria, surge como uma ferramenta efetiva para o combate dessa criminalidade invisível (ainda que perceptível), complexa, calcada em inúmeros anteparos estruturais ou mesmo burocráticos.

Nesse aspecto, um aparelho organizado de poder refere-se a uma organização criminosa de grandes dimensões, em que a base dela é constituída por tantas pessoas que se tornam fungíveis entre si, de modo que se alguém dessa base se recuse a cometer o crime, uma outra qualquer será escalada para isso.

Segue uma estrutura hierarquizada rígida, de modo que se o “chefe” da organização der o comando para determinar a prática de

⁴⁴ Ob. Cit. p. 86.

algum crime, ele irá movimentar as engrenagens dessa organização, cuja ordem perpassará as gradações de poder dentro da organização, de cima para baixo, até alcançar aquele agente final que irá executar a ordem.

Trata-se de verdadeiro domínio do “chefe” da organização em relação à engrenagem montada para a prática do crime, passando por várias esferas de poder da organização. Desse modo, a autoria mediata decorre do domínio que o agente tem em relação ao aparelho da organização criminosa.

Com efeito, para que seja possível a responsabilização penal do autor mediato por meio de aparatos organizados de poder, o “homem de trás” deve conhecer as estruturas da organização (aparato); se aproveitar das condições básicas determinadas pelo aparato; possuir poder de comando capaz de desencadear processos regrados, aproveitando-se da disposição incondicional do instrumento (executor), que apesar de não o dominar diretamente, o faz por meio da organização.

Por sua vez, o instrumento é um sujeito responsável que atua automaticamente; facilmente substituível (fungível). Nesse aspecto, para verificar-se uma efetiva fungibilidade do instrumento, implica possuir a organização uma certa dimensão.

Logo, a organização deve ser de grande porte, de modo que a base será composta por inúmeras pessoas e se uma delas se recusar à prática da conduta criminosa, será

imediatamente substituída por outra. No caso dos aparelhos de poder, sequer é necessário que as pessoas envolvidas se conheçam, tampouco há uma decisão conjunta para a prática do fato (do contrário, estaríamos diante da coautoria).

Essa visão de Roxin auxilia em muito no tratamento penal de cada um dos agentes nos casos de grandes organizações criminosas em que a cúpula e a base sequer se conhecem, cujo executor possui disposição elevada para a prática do fato em favor da organização.

Em relação ao próprio aparato, concluímos que este deve ser totalmente desvinculado do direito no que concerne ao marco dos tipos penais. O aparato pode ser estatal, paraestatal, do tipo “mafioso”, ou mesmo empresarial (ainda que se tenham ferrenhas discussões sobre o tema), porém constituído por uma estrutura hierarquizada, de modo que o comportamento do instrumento é coordenado na vertical.

Considerando a evolução da criminalidade, que com o passar do tempo vai se tornando cada dia mais complexa em busca da impunidade, temos que há a necessidade de encontrarmos mecanismos (no melhor dos sentidos) capazes de proteger a sociedade, fazer valer o Direito em busca da verdadeira Justiça.

Todos os dias chegam aos nossos ouvidos “esquemas”, “mecanismos”, “manobras”, “aparatos”, etc., cuja finalidade é tornar a prática delituosa imperceptível, fazendo com que a aplicação da lei penal, nos moldes

mais tradicionais, torne-se quase impraticável a essas organizações, que se valem de sua própria estrutura “burocrática”, seja ela governamental, paraestatal ou mesmo empresarial (algumas até com departamentos específicos para prática delituosa), como verdadeiro anteparo em busca da impunidade, em que o detentor da “mente criminosa” atua veladamente e dificilmente será penalmente alcançado, tendo por base filigranas jurídicas.

É certo, no entanto, que o Direito Penal deve evoluir sem tornar-se arbitrário, como verdadeiro limitador da atuação estatal em relação ao indivíduo, sempre dentro dos limites do texto constitucional. Contudo não pode ele olvidar-se de seu aspecto principal: a proteção da sociedade por meio da imposição de pena àqueles que violam os bens jurídicos por ele protegidos.

Nessa senda, tendo em vista à mencionada complexidade e proporções que vêm tomando a criminalidade organizada, temos a figura de um “novo autor”, que comumente não pratica o núcleo do tipo penal, não “põe a mão na massa”, mas se revela como verdadeiro detentor do domínio da ação praticada pelo instrumento, que ao implementar a conduta descrita no tipo penal (especificamente em relação ao tema aqui proposto), deve ser criminalmente responsabilizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN, Pablo R. Teoria do domínio do fato, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502210097. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BITENCOURT, Cezar Robert. Tratado de direito penal, volume 1: parte geral – 13. Ed. atual. – São Paulo: Saraiva. 2008

BRASIL, Decreto-lei nº 2.848/1940. Código Penal.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2001, p. 489.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Disponível em:

https://www.academia.edu/36772380/O_dom%C3%ADnio_por_Organiza%C3%A7%C3%A3o_como_forma_independente_de_autoria_mediata – Acesso em: 30.mar.2022.

ZAFARRONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito Penal brasileiro – Parte Geral. Vol. 1. 8.ed. São Paulo: RT, 2009.