

AUTORIA MEDIATA E CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Norma Bonaccorso¹

RESUMO

O texto faz a contextualização do conceito de ação e suas implicações na conceituação da autoria. Estuda-se da tipologia proposta por Roxin para autoria. Destaca-se a autoria mediata enfocando sua correlação com a criminalidade organizada. São feitos breves comentários sobre a doutrina adotada pelo Direito Penal brasileiro no tratamento dos institutos abordados.

Palavras-chave: Autoria Mediata. Criminalidade Organizada.

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes fantasmas que perturba a sociedade internacional é o crime organizado. É um fenômeno de difícil delimitação conceitual e que tem a criminalidade comunitária como fundamento.

A responsabilização daqueles que, dentro de organizações criminosas, possuem o poder de comando e decisão tornou-se um desafio imposto ao Direito Penal Moderno, uma vez que estas pessoas, certamente os mais deletérios integrantes do organismo criminoso, quase nunca, ou nunca, se envolvem diretamente com a prática dos ilícitos cometidos por seus subordinados, mesmo quando deles emanam as ordens para tal.

O substrato da análise de toda dogmática jurídico-penal é a ação humana e esta pode ter seus contornos variados mesmo quando praticada por um único indivíduo. A pluralidade de agentes na prática criminal sempre existiu, porém se tornou relevante na atualidade e tem suscitado indagações no campo da delimitação da responsabilidade penal nas ações praticadas em concurso de pessoas.

Independentemente de suas formas, para a configuração do concurso de pessoas devem ser analisados os elementos que são próprios da manifestação da pluralidade de agentes. São eles: a pluralidade de condutas; a relevância de cada conduta; o vínculo subjetivo e a identidade da infração penal.

Frente à dificuldade de determinação da responsabilidade penal individual nos crimes perpetrados por integrantes de organizações criminosas, ganha destaque o estudo elementar do vínculo subjetivo no concurso de pessoas.

2 OBJETIVO

Dentre as várias teorias existentes sobre o concurso de pessoas, pretende-se abordar de forma crítica àquela proposta por Roxin (1970), nela destacando a autoria mediata e tentar correlacioná-la à criminalidade organizada que em muito contribui para a crise do Direito Penal, na atualidade. Partindo destas preocupações, a exposição será iniciada pela contextualização do conceito de ação e suas implicações na conceituação da autoria e em seguida, para o estudo da tipologia proposta por Roxin (1970) para autoria.

¹ Perita Criminal. Bacharel, Mestre e Doutoranda pela Faculdade de Direito da USP e Professora da ACADEPOL

Na sequência, terá destaque à autoria mediata enfocando principalmente sua correlação com a criminalidade organizada. Para tanto, far-se-á necessário abordar algumas características deste tipo de criminalidade, bem como do instituto de concurso de pessoas.

Sem pretender um estudo comparativo, no decorrer do trabalho, serão acometidos também breves comentários acerca da doutrina adotada pelo Direito Penal brasileiro no tratamento dos institutos abordados.

3 AUTORIA E AÇÃO

3.1 Conceito Causal de Ação

O conceito causal de ação divide-se em um processo causal objetivo (ação ou omissão) e em um conteúdo subjetivo interno (vontade). A ação ou omissão do autor comprova a existência de uma ação, sendo o conteúdo subjetivo (dolo ou culpa) relevante para a culpabilidade, aceitando um nexo psicológico do autor com o resultado (CAMARGO, 2002).

Esta concepção, ainda adotada na interpretação do Código Penal Brasileiro, apoia-se na descrição típica das condutas.

A relação de causalidade, estabelecida no art. 13 do Código Penal Brasileiro, vincula a existência do crime ao resultado, sendo somente imputado quem lhe deu causa. O princípio da personalidade aí estabelecido impede que a infração penal cometida por uma pessoa tenha suas consequências também suportadas por outras pessoas.

A reforma penal de 1984 adotou a teoria monista ou unitária de autor, considerando que no concurso de pessoas há um só crime. No art. 29, equiparou autor e partícipes, porém deu tratamento especial à participação de menor importância, reduzindo-lhes a pena e, assim, aproximando-se da teoria dualista que considera que há um crime em relação aos autores e outro em relação aos partícipes.

Acredita-se ser oportuno realçar na teoria causalista a vinculação da autoria ao resultado, pois esta característica atua como limitante concreta no combate à criminalidade organizada, fazendo restar impunes ou considerar como meros partícipes, por não realizarem condutas típicas, os chefes de organizações criminosas.

Em se tratando de concurso de pessoas, a causalidade não pode servir como critério central para a imputação do fato, pois ela é apenas o elemento material do concurso e, assim sendo, insuficiente para aperfeiçoar o instituto que requer, concomitantemente um elemento subjetivo (volitivo) na participação.

3.2 Conceito Final de Ação

O conceito causal de ação foi rechaçado por Hans Welzel ao estabelecer, com base em uma estrutura ontológica da ação, um conceito final da ação.

Para o finalismo, a ação é atividade psiquicamente dirigida à consecução de um fim.

O conceito final da ação transferiu o dolo e a culpa, tidos até então como nexo psicológico ou normativo da culpabilidade, para o tipo (CAMARGO, 2002).

Com o finalismo, surgiu a **teoria do domínio do fato** que, além de conceituar variadas facetas de autoria, distingue claramente as figuras de autor e partícipe.

O domínio finalista do fato é a característica geral da autoria, não se fazendo necessário que o autor execute pessoalmente o fato, podendo ele se servir de meios mecânicos ou de terceiros para a execução, desde que ele próprio conserve o domínio do fato. O terceiro atua como um instrumento, contanto que não possua os pressupostos necessários à sua configuração isolada como autor.

A teoria do domínio do fato destaca três espécies de autor, considerando autor aquele que realiza pessoalmente o delito; aquele que utiliza outrem como instrumento (autoria mediata); e como co-autor aquele que faz parte do planejamento delitivo (co-autoria).

4 AUTORIA E PARTICIPAÇÃO: TIPOLOGIA PROPOSTA POR ROXIN

Roxin (1970) ressalta que a teoria do domínio do fato, surgida com o finalismo de Welzel, do qual é discípulo, por ele chamada de teoria da participação, deve ter um sentido jurídico-político que não depende do elemento formal da realização do ato pelas próprias mãos, mas sim do critério material do domínio do fato. Assevera, ainda, que não existe um conceito geral e abstrato das formas de participação, mas um sistema aberto que possa incorporar novos fenômenos que aparecem com o tempo.

Roxin (1970) desenvolve, então, sobre esta base, uma tipologia da autoria com três figuras fundamentais: a autoria direta, a co-autoria e a autoria mediata.

4.1 Autoria Direta

É autor direto quem executa por si mesmo a ação típica, designando esta forma de autoria pela expressão domínio da ação dado que é a própria qualidade da ação o que determina o executor como autor.

4.2 Co-Autoria

Nesta tipologia, a co-autoria é designada como autoria funcional. Para a realização do crime, várias pessoas co-realizam a execução com papéis **ou funções** distintas, de forma que suas contribuições se somam para a realização total do tipo. O domínio de cada partícipe se apoia na divisão do trabalho, sem a qual a realização do tipo não se completaria.

4.3 Autoria Mediata

Para Roxin (1970), a autoria mediata se caracteriza como domínio da vontade. O autor mediato realiza um tipo penal, não por suas próprias mãos, porém através de outra pessoa que não pode opor resistência à vontade dominante e, portanto, é designada como um instrumento.

Neste tipo de autoria, podem ser apontadas três formas fundamentais de realização de um tipo através de uma outra pessoa atuando como instrumento.

Na primeira delas, o agente opera por erro não tendo conhecimento de que está sendo utilizado como instrumento para a prática maliciosa de um crime. Assim,

é autor mediato o médico que, no domínio da vontade de matar, ministra veneno ao paciente através de enfermeira que acredita o estar medicando.

A segunda possibilidade de uma realização mediata do tipo reside no uso da força, coagindo-se alguém à realização de crime. Aqui também o executor da ação está desconectado da vontade. O domínio da vontade está no co-autor que deve ser apenado como autor mediato.

À terceira forma de execução mediata do tipo, Roxin (1970) dá a denominação de **“domínio da vontade mediante um aparato de poder organizado”**. É o caso de alguém que se presta à execução de um plano para uma entidade hierarquicamente organizada, que pode ser um bando, uma organização política ou militar.

Neste tipo de autoria, quem atua no controle do poder e dá as ordens, domina o sucesso da ação sem coação ou erro, pois pode, para assegurar a sua realização, substituir o executor. A determinação para a prática do fato criminoso pelo executor não pode se dar mediante oposição ou resistência, o que implicaria em sua substituição imediata pelo mandante que mantém, desta forma, em suas próprias mãos a realização do fato. Em regra geral, não se sabe quem atuará no caso concreto como executor.

Roxin (1970) ressalta que a livre decisão de vontade daquele que atua diretamente, o que normalmente afasta da punibilidade aquele que permanece por trás da realização do tipo, só pode ser deixada de lado pelo erro, pela coação ou pela fungibilidade do executor.

5 AUTORIA MEDIATA E CRIME ORGANIZADO

5.1 Características do Crime Organizado

Para que se possa correlacionar melhor à autoria mediata ao crime organizado, faz-se imprescindível estender nossa compreensão sobre algumas características deste último.

Atualmente não há um conceito de criminalidade organizada juridicamente claro. Dispõe apenas de descrições heterogêneas acerca de um fenômeno que ainda não conseguiu ser absorvido com precisão. Desta forma, na abordagem para seu estudo, talvez seja melhor apenas identificá-lo e não conceituá-lo.

Doutrinariamente vem sendo buscada uma conceituação para o crime organizado. Entretanto, as tentativas de conceituação convergem para determinados pontos como sua fundamentação em interesses econômicos e estruturação organizacional ramificada e difusa, pressupondo organicidade e permanência, porém divergem em inúmeros outros.

O Código Penal Brasileiro, desde 1940, prevê no art. 288 a associação criminosa como crime de quadrilha e bando. Com este dispositivo legal é punível a simples associação criminosa, como crime autônomo, desde que realizada por mais de três indivíduos com a finalidade de cometer crimes, sendo a pena agravada se o bando é armado.

A Lei n. 9.034/95 dispõe sobre os métodos a serem adotados no combate ao crime organizado no território brasileiro. Porém, ao regular seu âmbito de atuação, reporta-se aos crimes resultantes de ações de quadrilha ou bando. Tal lei faz referência a organizações criminosas, sem, contudo, definir o que é uma organização criminosa ou indicar atividades que sejam peculiares a este tipo de organização.

A expansão da criminalidade organizada é fruto da nova ordem mundial ditada pela globalização e a ela, portanto, adequada e, por assim ser, difere de qualquer associação delitiva ou pluralidade de agentes do mundo penal pré-globalização.

Na incapacidade de impedir o desenvolvimento da criminalidade, a resposta política utilizada é a de lei e ordem, significando que o posicionamento adotado, em vista do recrudescimento do fenômeno da criminalidade, sempre é orientado por ideais políticos (HASSEMER, 1993). E, assim, o tema da criminalidade organizada tem espaço em toda a mídia e dá azo para oportunismos políticos e a inócuos projetos legislativos.

Weigend (1996) considera que os delitos de mera participação em um bando ou grupo criminoso, independentemente de outros atos criminais perpetrados para a promoção dos objetivos do grupo, podem constituir um precioso instrumento na luta contra a criminalidade organizada uma vez que não pressupõe a necessidade de se provar as infrações específicas que são atribuídas a um particular, mas criminalizam as estruturas deletérias e perigosas, ao invés dos fatos individuais.

Tal asserção não é verdadeira. Como acima se assinala a participação em bando ou quadrilha, é no Brasil, por si só, constitutiva de infração penal. Existe dispositivo e, no entanto, persistem nossos problemas com a criminalidade organizada. Não poderia ser de outro modo, pois, além do entrave causalista ainda adotado em nosso Direito Penal, não se pode olvidar que o relacionamento entre os membros de organizações criminosas é, muitas vezes, etéreo e sutil.

Entretanto, entende-se que o fundamento básico para repudiar as ideias de Weigend (1996) esteja, em última instância, na necessidade de respeito à dignidade humana, que tem como corolário a autodeterminação do ser, uma vez que o tipo penal por ele exortado incita restrições de âmbito interno e, portanto, privado.

Deve-se, além de tudo, analisar a questão da mera associação à luz do conceito de ação na atualidade. Para Jakobs (1996), a pergunta sobre o subjetivo somente é permitida para a interpretação daqueles fenômenos que já existem e que sejam perturbadores. Qual seja, é necessária, por assim dizer, a exteriorização da conduta para que possa incidir a tutela penal, quando for o caso. Na teoria funcionalista de Jakobs (1996), a conceituação da ação leva ao seu fundamento de responsabilização no campo penal que é considerar que há ação somente quando haja imputação objetiva (CAMARGO, 2002).

Nos delitos de mera associação, pretende-se a punição de um simples acordo prévio, ainda que este ocorra em condições de privacidade e, desta forma, restringindo o âmbito interno de cada um.

Qualquer criminalização de atos simplesmente preparatórios, como a das associações criminosas ou terroristas, pertence ao *Direito Penal de Inimigos*, à medida que se nega ao sujeito seu arcabouço de direitos, em nome de uma suposta proteção de bens jurídicos, como se isso fosse o suficiente para justificar, de *per se*, uma incriminação (JAKOBS, 1970).

Existe um determinado âmbito interno que não pode ser alvo da intromissão, como também, o inter-relacionamento de pessoas não deve ensejar ingerência estatal. Qualquer ação preparatória de um crime é tão legitimamente privada quanto qualquer outra ação ou relação que incida apenas no âmbito privado.

Pelo exposto, inferi-se a impossibilidade de conceituação de crime organizado, bem como a inaplicabilidade do instituto da participação dentro ditames do Estado Democrático de Direito.

Inúmeras questões vêm sendo levantadas com respeito ao alcance da lei penal sobre este tipo de criminalidade. Neste aspecto, destaca-se a dificuldade de determinar a responsabilidade penal individual dos integrantes de uma organização criminosa, haja vista a característica fragmentação de funções e responsabilidades para o funcionamento do aparato.

Resta, então, perscrutar a aplicabilidade do instituto da autoria mediata proposto por Roxin (1970) no tratamento da criminalidade organizada.

5.2A Autoria e a Participação na Doutrina Dominante

Na maioria das legislações da Europa Continental as atribuições de responsabilidade criminal são a título de autoria e participação. Autor de um fato não é só quem realiza o fato por si mesmo, ou em forma conjunta, mas também de forma mediata.

Autor principal é quem realiza o fato por si só. É o dito autor imediato que tem o domínio do fato, mantendo em suas mãos o curso da ação na realização do tipo. A co-autoria é entendida como realização conjunta do fato. Nestes casos de autoria se requer uma intervenção objetiva nos fatos. Por último, o autor mediato, segundo a doutrina dominante, é quem se utiliza como instrumento uma outra pessoa que atua inconscientemente da plena significação fática ou jurídica do que faz.

Por este entendimento, a pessoa que age como instrumento nunca deve atuar conscientemente, já que quem o faz é o homem de trás e, por isso, não pode ser considerado como autor mediato.

Assim, na doutrina dominante, não pode existir um autor que determine a atuação de outro autor, entendendo que, se o sujeito utilizado como instrumento atua com dolo, é possível que o homem de trás seja considerado um mero indutor, mas nunca autor.

Quanto à responsabilidade a título de participação, esta é sempre acessória da autoria. Não se pode falar em participação sem se referir, ao mesmo tempo, aquilo no que se participa.

As classes de participação são a indução, a cumplicidade necessária e a cumplicidade não necessária.

O indutor é um partícipe muito especial já que a pena deste sujeito normalmente se equipara a do próprio autor. O indutor faz nascer no outro a decisão de delinquir mediante a persuasão. O induzido tem que atuar com uma vontade não espontânea, isto é, o mecanismo de sua formação foi induzido.

Quanto à cumplicidade necessária ou não necessária, nunca existe a realização do ato típico, pois, senão, existiria a execução do ato. Os cúmplices só favorecem a realização do ato que é realizado por outrem (subsidiariamente) e, dependendo do grau de utilidade, são considerados necessários ou não necessários. Porém, por ficção legal, os cúmplices necessários são considerados autores somente para efeitos de aplicação de pena.

Pois bem, foi necessário fazer esta pequena incursão para a demonstração de que a autoria mediata, especificamente o “domínio da vontade mediante um aparato de poder organizado”, proposto por Roxin (1970), não tem aceitação pela doutrina dominante.

Assim sendo, é de se questionar que título de responsabilidade deve ser, então, imputada aos dirigentes de organizações criminosas. A declaração de autoria direta, como vimos, não é aceita pela doutrina majoritária, porque na maioria das

vezes os dirigentes não realizam pessoalmente os atos. Da mesma forma, para esta doutrina que não aceita um “autor de trás de outro autor”, é inaceitável a autoria mediata, uma vez que os sujeitos que praticam delitos atuam com pleno conhecimento de seus atos e, por isso, são autores, não podendo deslocar a imputação de autoria a seus chefes.

Alguns autores como Herzberg, Kohler e inclusive Jakobs sustentam que os dirigentes de organizações criminosas devem ser classificados como indutores, apenas por considerações meramente normativas, já que eles negam a existência de um “autor de trás de outro autor” (FLETCHER, 1997).

5.3 Análise Crítica do Conceito de Domínio da Vontade Mediante um Aparato de Poder

Para que possamos analisar este instituto proposto por Roxin (1970), é preciso salientar a importância de alguns pontos de sua conceituação: a organização hierárquica na entidade criminosa, a fungibilidade do executor e o vínculo cognitivo tênue ou inexistente entre o executor e seu dirigente, apesar da comunhão de interesses na delinquência do grupo.

À luz destes pontos fundamentais na teoria de Roxin (1970), parece-nos que a postura adotada pela doutrina dominante, não reconhecendo o autor por trás de outro autor e, por isso, qualificando os chefes de organizações criminosas como indutores, seja insuficiente para uma razoável e proporcional titulação da responsabilização penal na delinquência comunitária.

Levando-se em conta que normativamente existe a possibilidade de o indutor responder com a pena de autor, não parece razoável que nas organizações criminosas aqueles que detêm o poder e autorizam o cometimento de crimes sejam simplesmente considerados indutores ou meramente cúmplices.

Parece dissonante pensar que, por exemplo, Hitler ou algum de seus alto-oficiais respondesse, pelos homicídios que ordenou ou consentiu, não como autor, mas simplesmente como cúmplice.

Entretanto, como argumento principal para sustentar a não aceitação da qualificação dos chefes do crime organizado como indutor, recorre-se ao entendimento do que seja indução.

Na indução, se o induzido desistir da ação, haverá o fracasso do delito e isto é bem diferente do que ocorre na organização criminal, pois nela os executores ocupam posição de subordinação e são fungíveis. Desta forma, se um executor se nega a cumprir a ordem superior dada, isto não implicará no fracasso do delito, pois imediatamente um outro ocupará seu lugar e realizará a ação delituosa pretendida.

Para claramente entender o sentido da fungibilidade nestas organizações, tem que ter em mente, como já destaca-se, a sólida estrutura hierárquica que caracteriza este tipo de aparato criminoso que funciona como verdadeira organização com rígida disciplina interna, dispondo de *modus operandi* próprio que, rotineiramente cumprido, automatiza a atividade de seus membros, transformando seus membros de menor importância em instrumentos mecânicos e impessoais de realização das ordens superiores.

O relacionamento entre subordinados e superiores nestas organizações é impessoal, porém pactuam dos mesmos ideais criminosos que perfazem a organização como unidade funcional superando a existência individual de seus membros. Assim, na recusa ou desistência de ação por um membro menor, sua substituição por outro para realizar o ato pretendido, que certamente reflete o ideário

da organização, será imediata sem que a notícia da substituição chegue necessariamente ao homem de trás, que em regra desconhece quem é o executor individual.

Entende-se como inconsistente a classificação na categoria de indução para os chefes de organizações criminosas feita pela doutrina dominante. Seria também inconsistente, da mesma forma e pelas mesmas razões, classificá-los na categoria da co-autoria.

Poder-se-ia alegar que os subordinados de uma organização criminosa atuam de maneira consciente, não podendo servir de instrumento para outrem e, por isso, devem ser equiparados dogmaticamente ao instituto da co-autoria.

É de se refutar tal ideia pelas mesmas razões acima expostas. Não existe co-autoria porque a decisão para a prática do delito não foi conjunta, pois inexistente entre o superior e o subordinado qualquer vínculo de conhecimento pessoal e o relacionamento entre eles se dá de forma vertical, qual seja, hierarquizada, diferentemente do que ocorre na co-autoria que não prescinde da horizontalidade.

6 CONCLUSÃO

O mundo jurídico, frente ao desafio proposto pela crescente criminalidade organizada, vê-se compelido à discutir conceitos para a responsabilização dos comandantes dos bandos criminais.

Vislumbra-se que, para o tratamento do tema, a questão primária foca-se na passagem do conceito de ação que acabou por modificar toda a sistemática do Direito Penal.

A partir do momento que a ação final determina uma intenção e vontade vinculadas a uma estrutura lógico objetiva, isto é, com o conhecimento prévio e ontológico do ato praticado, leva-se para a ação o elemento subjetivo com consciência e vontade da prática do tipo penal.

Diferentemente da proposta causalista, à qual, como visto, o nosso Direito Penal continua ainda logicamente atrelado, no finalismo existe a necessidade do vínculo subjetivo que vai levar a consciência ao tipo que é sempre doloso, para esta teoria. O tipo doloso exige um vínculo subjetivo doloso para seu aperfeiçoamento e, dadas às dificuldades para a comprovação não só da autoria, mas também e principalmente da co-autoria, surge a figura do partícipe.

A partir dos anos 70, nega-se a ontologia de Welzel e Roxin coloca o domínio do fato e o domínio da vontade como elementos capazes e suficientes no sentido de determinar uma teoria subjetiva da autoria e da participação. Pelo domínio do fato, pode-se responsabilizar o executor naquilo que foi por ele executado e o autor, presente ou não, pelo domínio da vontade.

Para o estudo, destaca-se desta teoria, dentro da tipologia proposta por Roxin (1970), a autoria mediata, mais especificamente o “domínio da vontade mediante um aparato de poder organizado”, por entendê-la como mais adequada para a responsabilização criminal nas ações cometidas pelo crime organizado em um Estado Democrático de Direito.

Neste tocante, as críticas apontadas para as soluções propostas por Roxin (1970) são, deficientes, porém salutares no sentido de demonstrar preocupação com a criminalidade associativa que é um fenômeno mundial crescente.

Quanto à contextualização do problema no cenário jurídico nacional, acredita ter um longo caminho a percorrer, pois apesar de nosso Código Penal de 1984 ter nominalmente abraçado o finalismo, interpretá-lo pela arraigada lógica do

positivismo jurídico, o que faz crescer nossa impotência frente a este tipo de criminalidade.

REFERÊNCIAS

CAMARGO, A. L. C. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

FLETCHER, G. P. **Conceptos básicos del Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

HASSEMER, W. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

JAKOBS, G. **Fundamentos del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

ROXIN, C. Sobre la Autoria y Participación en el Derecho Penal. In: **PROBLEMAS actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Pannedile, 1970.

WEIGEND, T. The criminal justice systems facing the challenge of Organized Crime. In: **Revue Internationale de Droit Penal**, Toulouse, v. 67, n. 3-4, 1996.