

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO CONTEXTO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

AUTHORSHIP AND PARTICIPATION IN THE CONTEXT OF ORGANIZED CRIMINALITY

Lurizam Costa Viana

Resumo

O presente artigo tem por escopo o estudo dos institutos da autoria e da participação no contexto das organizações criminosas. Pretende-se analisar os critérios de imputação que permitem atribuir aos membros de um grupo criminoso organizado a responsabilidade penal a título de autor ou de partícipe. Primeiramente, são analisados os aspectos gerais da autoria e da participação. Em seguida, é estabelecida a relação entre os diversos tipos de estruturas de organizações criminosas, a divisão de tarefas verificada entre seus integrantes e a imputação de suas condutas. Nesse sentido, é abordada a teoria do "domínio por organização", formulada por Claus Roxin como forma independente de autoria mediata nos casos de domínio do fato em razão do "domínio de um aparato organizado de poder". Por último, são identificados os desdobramentos da Lei 12.850/13 quanto aos aspectos da autoria e da participação em organização criminosa.

Palavras-chave: Autoria, Participação, Organização criminosa, Domínio por organização, Lei 12.850/13

Abstract/Resumen/Résumé

This paper has the scope of studying the institutions of authorship and participation in the context of criminal organizations. It intends to analyze the criteria for assigning members of an organized criminal group as authors or participants, regarding their penal liability. Firstly, general aspects of authorship and participation are analyzed. Then, it is established the relationship between the various types of structures of criminal organizations, the division of labor identified among their members and the allocation of their conducts. In this sense, it is approached the theory of "domain by organization", formulated by Claus Roxin as an independent type of mediate authorship in the cases of domain of the fact by the "domain of an organized apparatus of power". Finally, the implications of Law 12.850/13 are identified, in the matter of authorship and participation in a criminal organization.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Authorship, Participation, Criminal organization, Domain by organization, Law 12.850/13

1. INTRODUÇÃO

Dentre os inúmeros aspectos relativos ao estudo das organizações criminosas, as questões referentes ao concurso de pessoas e à delimitação dos âmbitos de autoria e participação merecem especial destaque na dogmática penal, sobretudo em face do mais recente diploma legal brasileiro voltado para a intitulada "criminalidade organizada". Nesse sentido, traçar contornos bem definidos acerca de tais institutos implica estabelecer critérios mais seguros de imputação, imprescindíveis à devida apuração da responsabilidade penal de cada membro da organização criminosa.

Além de definir organização criminosa, a Lei 12.850/13 introduziu tipo penal específico, misto e alternativo, para punir o agente que constitui, promove, financia ou integra um grupo criminoso organizado. Desse modo, peremptoriamente, a análise acerca das formas de autoria e participação deve ser feita não apenas em relação aos crimes praticados pelo grupo, como também em referência ao próprio delito de organização criminosa, sem perder de vista a necessária distinção entre autor e partícipe.

Ademais, a lei prevê pena mais grave para os membros considerados líderes da organização criminosa, razão pela qual devem ser estudados os critérios que autorizariam imputar ao(s) chefe(s) a prática de delitos a rigor executados por seus subordinados, indivíduos subalternos no escalão da organização. Deve-se, ainda, avaliar a responsabilidade de tais executores. Nesse contexto, será apresentada a teoria do "domínio do fato pelo domínio de um aparato organizado de poder" (*domínio por organização*), idealizada por Claus Roxin como forma independente de autoria mediata.

Para a melhor compreensão das questões referentes à imputação, será igualmente relevante identificar algumas das características essenciais das organizações criminosas, pois elas guardam estrita relação com as diferentes estruturas passíveis de serem assumidas por tais entidades delitivas e, conseqüentemente, com a forma segundo a qual são distribuídas as tarefas e as responsabilidades dentro do grupo.

Assim, no presente artigo serão inicialmente traçadas considerações gerais sobre autoria e participação, tratando-se de suas respectivas teorias. Em seguida, abordar-se-á a complexidade estrutural das organizações criminosas, a importância da divisão de tarefas, e as correlatas repercussões no âmbito da imputação. Analisar-se-á, então, a incidência da teoria do *domínio por organização* no contexto da criminalidade organizada. Elucidadas tais

questões, ao final serão destacados aspectos relativos à autoria e à participação em face do tratamento legal dispensado às organizações criminosas pela Lei 12.850/13.

2. ASPECTOS GERAIS DA AUTORIA E DA PARTICIPAÇÃO

Antes de serem detidamente analisados os institutos da autoria e da participação no âmbito do crime organizado, é importante que sejam abordados seus aspectos gerais, especialmente no tocante às teorias que buscam explicar os conceitos de autor e partícipe, bem como as formas de autoria e participação delitivas.

Inicialmente, cabe ressaltar que o Código Penal não estabelece definições de autor e partícipe. Conforme explicam Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, "os conceitos de autor, cúmplice e instigador não são conceitos criados pelo direito penal, e sim tomados da vida cotidiana, da realidade, do ôntico." (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2011, p. 574). Por essa razão, a lei penal tão somente se limita a estabelecer no *caput* de seu artigo 29 a regra de que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade" (BRASIL, 1942).

Dessa forma, a delimitação do âmbito de responsabilidade de cada indivíduo que comete crime em concurso com outros agentes deve se ancorar nas teorias a respeito da autoria e da participação.

2.1. Autoria e o conceito de autor

Dentro das teorias a respeito da autoria delitiva, podem ser distinguidos alguns conceitos de autor. O primeiro deles é o *conceito unitário*, segundo o qual é autor todo aquele que traz uma contribuição causal à realização do tipo. De acordo com essa definição, todos que concorrem para o delito são equiparados, inexistindo, portanto, diferenças entre autor e partícipe. Isso porque "a causalidade constitui o único critério de relevância jurídico-penal de um comportamento, e o conceito de acessoriedade resulta supérfluo" (CALLEGARI, 2004, p. 77-78).

Assim, a teoria unitária do conceito de autor é insuficiente, porquanto não permite que se impute àqueles que concorrem para o crime responsabilidade proporcional à medida de sua

culpabilidade. Há casos em que o indivíduo não realiza atos propriamente típicos, mas com sua conduta instiga ou auxilia a realização do tipo por outrem. Nessa hipótese, a participação do primeiro agente, embora penalmente relevante, não pode ser punida, em princípio, do mesmo modo como a de quem executa o tipo. A teoria unitária, contudo, contempla ambas as condutas como próprias de autor.

Igualmente fundado na causalidade e na teoria da equivalência das condições do resultado, o *conceito extensivo* de autor também não permite que autor e partícipe sejam objetivamente distinguidos, razão pela qual se recorre a critérios subjetivos, relacionados a meras disposições internas do autor. Assim, é autor quem age com vontade de autor e deseja o fato como próprio, contribuindo para a causação do resultado. Aderiram a essa concepção Bierling, Köhler e Busch. Todavia, na prática, o aspecto da subjetividade é notadamente arbitrário, tanto do ponto de vista do agente que atua com vontade de autor ou de partícipe, como pela perspectiva do julgador. Segundo esse viés, as normas acerca da participação seriam apenas atenuantes da pena da autoria, o que inevitavelmente conduz à conclusão de que só é partícipe quem preenche os requisitos para ser autor (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 576).

Em outro giro, o *conceito restritivo* define autor como aquele que realiza por si mesmo a ação típica. Segundo tal definição, a simples contribuição causal não pode fundar a autoria. Esse conceito tem como consequência as *teorias objetivas da autoria*, quais sejam, a teoria formal-objetiva e a teoria material-objetiva. A primeira estabelece que autor é quem realiza pessoalmente a ação típica, praticando o verbo-núcleo do tipo penal. Como esclarece Nilo Batista, "tal teoria predominou no pensamento penal alemão do século XIX até muito recentemente, esposada, dentre outros, por Merkel, von Lizst, Sauer, Dohna, Beling e Mezger" (BATISTA, 2008, p. 60), tendo como alguns de seus partidários no Brasil Aníbal Bruno, Frederico Marques e Mirabete. Por outro lado, a teoria material-objetiva, capitaneada por Frank e Binding, busca limitar a causalidade a partir da diferenciação entre condição e causa do resultado, considerando a maior periculosidade da contribuição do autor ante à do partícipe, e a consequente diferença de valor causal entre suas atuações.

De todo modo, as teorias objetivas da autoria também apresentam falhas, pois não oferecem solução para os casos de coautoria e, sobretudo, para aqueles nos quais o agente não realiza por si mesmo o fato típico, muito embora sua contribuição para o resultado seja por

vezes determinante, não podendo, pois, ser considerado como mero partícipe. Trata-se aqui da hipótese de autoria mediata, a qual encontra respaldo na *teoria do domínio do fato*.

A teoria do domínio fato, com raízes no finalismo, oferece um *critério final objetivo* (BATISTA, 2008, p. 69) para se delimitar o instituto da autoria nos crimes dolosos. Autor seria aquele que detém o domínio final do acontecer causal, em razão de sua decisão volitiva, o que "exige sempre uma valoração que deve ser concretizada frente a cada tipo e a cada forma concreta de materializar uma conduta típica" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 577). Portanto, o domínio do fato implica a "possibilidade fática de dirigir em todo o momento a configuração típica" (CALLEGARI, 2004, p. 81). Quem intervém na ocorrência do resultado do delito mas não possui o domínio do fato é, portanto, mero partícipe.

Sem embargo, como assevera Santiago Mir Puig, a teoria do domínio do fato "atualmente se impôs como *teoria objetivo-subjetiva* e, efetivamente, ainda que o domínio do fato implique um controle final (subjetivo), não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o seu efetivo domínio" (MIR PUIG, 2007, p. 336). Zaffaroni e Pierangeli também apontam que a teoria é regida por aspectos subjetivos e objetivos (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011, p; 577). Na mesma perspectiva está Nilo Batista, para quem a "posição de domínio só é concebível com a intervenção da consciência e da vontade do agente" (BATISTA, 2008, p. 71).

Formulado por Welzel¹, e com influências de Gallas² e Maurach³, o critério do domínio do fato é atualmente majoritário na Alemanha, tendo como representantes Roxin, Wessels, Stratenwerth e Jescheck. Este último é quem aponta as consequências da teoria: a) sempre é autor quem executa pessoalmente todos os elementos do tipo (autoria direta); b) é autor quem executa o fato por meio de outrem, utilizado como instrumento (autoria mediata); c) também é autor quem realiza parte necessária da execução do plano global (coautoria), embora não se trate de ato estritamente típico, desde que integre a comum resolução delitiva (JESCHECK *apud* MIR PUIG, 2007, p. 336-337).

¹ Para Welzel, "é senhor da ação aquele que a configura por meio de sua vontade de realização que dirige o curso de modo planejado, o que significa que executa pessoalmente a ação ou atua como co-titular da decisão comum de executar a ação, oferecendo suas contribuições aos demais." (JAKOBS, 2003, p. 2).

² Para Gallas, é senhor da ação quem "tem(...) a obra em sua mão" (GALLAS *apud* JAKOBS, 2003, p. 2).

³ Maurach conceitua domínio do fato como o "ter entre mãos, abarcado pelo dolo, o curso típico dos acontecimentos", o qual pertence àquele "que possa, ao arbítrio de sua vontade, deter, deixar continuar ou interromper a realização do resultado global" (MAURACH-GÖSSEL *apud* JAKOBS, 2003, p. 3).

Nesse sentido, Claus Roxin distingue três formas de domínio do fato: I) *domínio de ação*, como o domínio de quem comete o fato diretamente; II) *domínio funcional*, sendo este o domínio do coautor; III) *domínio da vontade*, como o domínio do autor mediato, que pode se dar por coação, erro ou por meio do domínio de um *aparato organizado de poder* (domínio por organização) (CABANA, 2007, p. 147-148). Segundo Roxin (ROXIN, 2006), essa última espécie de domínio da vontade enseja forma independente de autoria mediata e ocupa lugar de destaque na análise das questões relativas à imputação no âmbito das organizações criminosas, conforme será abordado neste trabalho.

Dentre as críticas feitas à teoria do domínio do fato⁴, costuma-se salientar que ela não explica a autoria nos crimes culposos. De fato, considerando sua própria origem finalista, o conceito de domínio do fato resulta aplicável apenas aos delitos nos quais o agente atua com dolo. Isso se deve, naturalmente, à peculiar natureza do injusto culposos, no qual o indivíduo não detém o domínio sobre o curso dos acontecimentos. Nesse caso, autor pode ser definido como o responsável pela causação não dolosa de um resultado típico, como decorrência da inobservância de um dever de cuidado.

A despeito disso, conforme esclarece Nilo Batista, "para o direito penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério (*domínio do fato*) para os crimes comissivos dolosos" (BATISTA, 2008, p. 73). Com efeito, apesar de inúmeras críticas, o Supremo Tribunal Federal recorreu à teoria do domínio do fato no julgamento da ação penal 470 (julgamento do "mensalão") para justificar algumas das condenações proferidas.

2.2. Participação

Participação é a "contribuição dolosa que se faz no injusto doloso de outro", podendo ser compreendida como um "conceito referenciado, isto é, um conceito que necessita de outro (...) sempre indica uma relação, porque sempre se participa em algo" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 589). Do aludido caráter referencial decorre sua natureza acessória,

⁴ Günther Jakobs critica a teoria do domínio do fato, na medida em que, a partir da distinção entre delitos de domínio e delitos de dever, originalmente formulada por Roxin, desenvolve a tese de que por trás do critério do domínio do fato se oculta algo normativo comparável à infração de dever, sendo essa atribuição normativa de hierarquia superior à do domínio. O domínio, por sua vez, determinaria a quantidade de intervenção delitiva. (JAKOBS, 2003, p. 4). Por outro lado, o princípio do domínio do fato como caracterizador da autoria encontra limitações legais quando se trata de delitos próprios ou de mão própria, nos quais só podem ser autores os indivíduos que reúnam as características especiais do tipo (*delicta propria*) ou realizem o verbo típico de forma direta e pessoal (crimes de mão própria), ainda que ofereçam contribuição indispensável ao resultado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 586).

de modo que "para a existência da participação é indispensável que se dê um fato principal, que é ele realizado pelo autor" (CALLEGARI, 2004, p. 89). Por meio da acessoriedade, "evita-se a insegurança jurídica que, de outra forma, um distanciamento das exigências do tipo penal viria a acarretar" (ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, 2007, p. 30).

Existem dois aspectos determinantes na verificação da participação. O primeiro é externo ao desenvolvimento do fato principal. Sendo a participação uma contribuição no injusto doloso de outrem, é necessário que o fato principal tenha sido ao menos tentado. O raciocínio explicativo é muito simples: se os atos preparatórios cometidos pelo autor não são puníveis, a participação nessa fase do *iter criminis* também não se sujeita a punição. Para que se puna o partícipe, é necessário que o autor tenha iniciado a execução do crime. É essa a dicção do artigo 31 do Código Penal brasileiro.

O segundo aspecto é interno à estrutura do delito e pode ser compreendido de acordo com diversas teorias acerca da acessoriedade da participação em relação à conduta principal do autor, conforme a classificação de Max Ernst Mayer. Assim, segundo a *teoria da acessoriedade mínima*, para que a participação seja punível basta que o fato principal seja típico. Por sua vez, a *teoria da acessoriedade limitada* exige para a punição da participação que a conduta do autor seja típica e ilícita. Por outro lado, de acordo com a *teoria da acessoriedade máxima ou extrema*, a participação é acessória de um fato típico, ilícito e culpável. Enfim, a *teoria da hiperacessoriedade* atrela a participação a um fato típico, ilícito, culpável e punível. No Brasil, adotou-se a teoria da acessoriedade limitada.

Em suma, partícipe é aquele que também busca o resultado na forma final almejada pelo autor, sem possuir, contudo, o domínio do fato. Por isso, recebe pena menos grave que a do autor, fundamentando-se, assim, a distinção.

A participação pode ser dividida em duas espécies: *instigação*, tida como colaboração dolosa espiritual no injusto doloso de outrem (compreendendo a determinação e a instigação propriamente dita), e *cumplicidade* (ou auxílio, conforme a opção de nomenclatura do legislador pátrio), que é a colaboração dolosa de ordem material (BATISTA, 2008, p. 181-182 e 186), passível de ocorrer até sob a forma de omissão (BITENCOURT, 2009, p. 457). Em posição contrária à de Nilo Batista, Zaffaroni e Pierangeli consideram que a cumplicidade pode ser de qualquer natureza, inclusive intelectual,⁵ e advertem que "a instigação deve ter

⁵ Eis a divergência: "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

por resultado o convencimento do autor à realização do fato", sendo mera "cooperação ou cumplicidade psíquica" a contribuição feita quando o autor já se decidiu (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 597).

Assim como ocorre com a autoria, as noções gerais expostas acerca da participação delitiva serão importantes ao analisarmos na parte seguinte do presente artigo a distribuição de responsabilidades entre os membros da organização criminosa, subsidiando a melhor compreensão dos possíveis esquemas de imputação vislumbrados.

3. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: ESTRUTURAS, DIVISÃO DE TAREFAS E IMPUTAÇÃO

O estudo das organizações criminosas abarca considerável complexidade,⁶ na medida em que se trata de forma de criminalidade em constante mutação,⁷ associada ao próprio dinamismo característico da era da globalização dos recursos financeiros, da informação e da tecnologia. Tal como hoje a conhecemos, a delinquência organizada é fenômeno recente,

expendidos (cf. *supra* nota nº 481), 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. Assim, qualquer contribuição de natureza puramente psíquica deve ser considerada como instigação, e de fato é." (BATISTA, 2008, p. 186).

⁶ As divergências acerca do próprio conceito de organização criminosa tornam o assunto ainda mais complexo. Para um setor minoritário da doutrina, representado por Zaffaroni e Juarez Cirino dos Santos, a categorização do crime organizado é uma tentativa frustrada, sem correspondente conceito criminológico (ZAFFARONI, 1996), de modo que o que se chama de organização criminosa estaria compreendido na própria definição de quadrilha ou bando, atualmente sob a nomenclatura de *associação criminosa* (SANTOS, 2002). Outro ponto de debate é a confusão entre máfia e organização criminosa, bastando mencionar que aquela deve ser tida como espécie desta. Como o objetivo principal deste trabalho é a análise dos institutos da autoria e da participação no âmbito da criminalidade organizada, não será abordada toda a discussão teórica a respeito da definição de organização criminosa, tampouco será investigada a natureza do bem jurídico envolvido. Apenas a título de contextualização, vale ressaltar que no Brasil vigorou por quase vinte anos a Lei 9.034/95, que previa mecanismos de combate ao crime organizado sem, contudo, definir organização criminosa, em flagrante violação ao princípio da taxatividade. O STF e o STJ utilizaram por muito tempo o conceito informado pela Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional). Em 2013, a Lei 12.850 revogou a Lei 9.034, instituindo nova disciplina legal sobre o crime organizado, com a introdução do tipo penal de organização criminosa e da seguinte definição: "considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional." (BRASIL, 2013).

⁷ Nesse sentido, "*organised crime does not take place in a vacuum but in an ever changing environment. It is a dynamics process adapting to new opportunities for crime, to resources and skills available to potential criminals as well as to law enforcement and other control efforts. It may take different forms in different societies.*" (COUNCIL OF EUROPE, 2005, p. 19). "O crime organizado não se acha em um vácuo, mas em um ambiente em constante mudança. É um processo dinâmico adaptando-se a novas oportunidades para o crime, a novas fontes e habilidades disponíveis aos potenciais criminosos, assim como ao reforço da lei e outros esforços de controle. Pode assumir diferentes formas em diferentes sociedades." (Tradução nossa).

associado ao capitalismo (ZAFFARONI, 1996, p. 46), especialmente em sua configuração posterior à Guerra Fria e à consequente emergência de uma nova ordem econômica global. O reflexo paradigmático desse novo cenário sobre o direito penal é explicado por Jesús María Silva Sánchez (SÁNCHEZ, 2001, p. 99):

“O paradigma do Direito penal da globalização é o delito econômico organizado, tanto em sua modalidade empresarial, como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças).”⁸

Dialogando com a ideia de “sociedade de riscos” do sociólogo Ulrich Beck, Sánchez assevera: “é inegável a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam em nível internacional, e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados).”⁹ (SÁNCHEZ, 2001, p. 28).

Nessa perspectiva, Sheila Jorge Selim de Sales assevera (SALES, 2005, p. 170):

"Sem dúvida, com o advento da denominada 'globalização' ocorreu uma desmedida ampliação do 'mercado', também criminal, cuja dimensão ainda é desconhecida, pois atua numa pluralidade de setores: desde o mercado imobiliário até os investimentos financeiros, construtoras, campo fértil para colocar em circulação o dinheiro ilicitamente proveniente da 'criminalidade organizada'."

Diretamente vinculada à inserção do crime organizado no marco do mundo globalizado, a diversidade de tipologias e estruturas verificadas dentre as organizações criminosas merece destaque devido à nítida relação que mantém com a distribuição de funções e, conseqüentemente, de responsabilidades entre os membros da organização. As relações entre líder e subordinados, mandante e executores, variam especialmente de acordo com o tipo de configuração estrutural do grupo, o que se reflete na própria identificação de autores e partícipes nos delitos praticados pela organização criminosa. Assim, "as diferenças entre estruturas hierarquizadas e descentralizadas se refletem nas diferenças de status, autoridade e posição de cada membro da organização, suas opções de comunicação e capacidade de decisão"¹⁰ (IBAÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 269).

⁸ Tradução nossa. No original: “*El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada (tráfico de armas, mujeres o niños).*”.

⁹ Tradução nossa. No original: “*es innegable por lo demás la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizada, que operan a nivel internacional, y constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados).*”.

¹⁰ Tradução nossa. No original: “*las diferencias entre estructuras jerarquizadas y descentralizadas se reflejan en las diferencias de estatus, autoridad y posición de cada miembro de la organización, sus opciones de comunicación y su capacidad de decisión.*”.

De acordo com relatório de 2001 do Conselho da Europa, ao menos três tipos de estrutura podem ser observadas dentre grupos criminosos organizados: hierárquica, horizontal e rede de indivíduos ou células. Nesse sentido:

"A informação oferecida pelos Estados membros sobre a estrutura de grupos criminosos organizados reflete diferenças não apenas nas estruturas reais dos grupos, mas também na compreensão do fenômeno e o paradigma predominante em diferentes países. As descrições vão de grupos hierárquicos complexos e permanentes até redes ou projetos de grupos horizontalmente organizados, menos permanentes. Três abordagens podem ser distinguidas, de acordo com quais grupos criminosos organizados são hierarquicamente estruturados, horizontalmente ou como uma rede de indivíduos ou células" (COUNCIL OF EUROPE, 2002, p. 76).¹¹

Como se pode perceber, as estruturas de tais grupos são muito variantes, desdobrando-se em diversas tipologias para o fenômeno do crime organizado. Em 2002, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio de seu escritório especializado em drogas e crime, publicou informe baseado em pesquisa realizada com quarenta organizações criminosas, em dezesseis países, na qual foram identificadas cinco tipologias de grupos criminosos organizados: hierarquia padrão (estrutura centralizada e piramidal, com fortes sistemas internos de disciplina, é a mais comum); hierarquia regional (com fortes linhas de disciplina e controle internos, mas com relativa autonomia regional); hierarquia em cacho (grupos que estabelecem sistema de controle e coordenação mais ou menos forte, em torno de variadas atividades); estrutura ao redor de um núcleo (grupo relativamente coeso, com número limitado de componentes e, em alguns casos, circundado por redes de indivíduos envolvidos em atividades criminosas) e rede criminosa (rede de indivíduos mais fluida, com pequeno número de pessoas, sem muito contato entre si) (UNODC, 2002, p. 34).

No aludido estudo realizado pela ONU, um terço dos grupos analisados representava estruturas horizontais, mais flexíveis e descentralizadas, com informação e poder mais distribuídos entre seus integrantes. Evidentemente, essa é uma circunstância que trará reflexos na imputação distintos daqueles verificáveis em organizações criminosas de hierarquia padrão, verticalizadas, com maior número de membros e altamente centralizadas. Neste último tipo de estrutura, é mais forte o poder de mando dos líderes, os quais, em geral, ordenam a prática dos crimes da organização, deixando sua execução a cargo de membros subordinados, pertencentes a escalões inferiores. Essa situação é detectável, por exemplo, nas

¹¹ Tradução nossa. No original: "*The information provided by member States on the structures of organised criminal groups reflects differences not only in the actual structures of the groups but also in the understanding of the phenomenon and the paradigm predominating in different countries. Descriptions range from complex and permanent hierarchical groups to less permanent, horizontally organised networks or project groups. Three approaches can be distinguished, according to which organised criminal groups are structured hierarchically, horizontally or as a network of individuals or cells*".

associações de tipo mafioso. Nessa hipótese, imputar o chefe da organização como autor de delitos em cuja execução não teve qualquer tipo de participação requer maior elaboração teórica, conforme ainda será abordado.

Por outro lado, dentre os vários aspectos comumente apontados pela doutrina como caracterizadores das organizações criminosas (persecução de vantagem econômica, planejamento empresarial, violência, nexos políticos, corrupção e esvaziamento do poder estatal, uso de tecnologia etc), a divisão racional de tarefas entre os membros do grupo tem estreita relação com seu tipo de estrutura. Logo, também apresenta reflexos nos esquemas de imputação peculiares à criminalidade organizada.

A divisão de tarefas de modo racional é uma característica que traduz a própria ideia de planificação, ínsita à natureza de todas as organizações criminosas. Implica o estabelecimento de funções e papéis bem delimitados, com o objetivo de se atingir o máximo de eficácia nas múltiplas empreitadas delitivas nas quais o grupo pode estar involucrado. Certamente, esse aspecto distingue as organizações criminosas de qualquer grupo informal, conferindo ordem e racionalidade à conduta de seus integrantes, os quais “não se reuniram aleatoriamente e possuem afinidades e interesses ilícitos em comum.” (GOMES, 2009, p. 168).

A atuação “concertada” (conforme dispõe a Convenção de Palermo), mediante a distribuição de tarefas entre os membros, é determinada por dois fatores principais: a natureza dos negócios nos quais a organização criminosa esteja envolvida e o tipo de estrutura assumida pelo grupo (IBAÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 269).

Com relação ao primeiro, cabe destacar que a multiplicidade de atividades possivelmente rentáveis ao crime organizado, tais como o tráfico de entorpecentes, o tráfico de pessoas e de armas, as diversas formas de extorsão e a própria “lavagem” de dinheiro, exige o envolvimento de várias pessoas ao longo da cadeia delitiva (o que, inclusive, torna essa organização mais visível), fazendo-se necessária a distribuição de tarefas entre os agentes criminosos de modo sistemático e racional, atendendo-se às qualificações de cada membro.

A estrutura assumida pela organização criminosa também repercute no modo como se opera a divisão de tarefas entre os integrantes do grupo. Uma organização mais descentralizada, com estrutura em redes, não tem a mesma repartição de funções verificável em um grupo mais hierarquizado.

No tocante à imputação, a divisão de tarefas pode ser muito bem identificada no plano da coautoria. Conforme ensina Nilo Batista (BATISTA, 2008, p. 101):

"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."

Objetivamente, a coautoria tem lastro no domínio funcional do fato, de modo que a contribuição de cada coautor, conforme a distribuição de tarefas estipulada, demonstra-se imprescindível à realização do plano global do delito. Isso é mais facilmente percebido nos casos de execução fracionada. Quanto ao aspecto subjetivo, seria ainda necessária a resolução comum acerca do fato, "assumindo cada qual, dentro do plano conjunto, uma tarefa parcial, mas essencial, que o apresenta como co-titular da responsabilidade pela execução de todo o sucesso" (CALLEGARI, 2004, p. 82).

Definir quem realmente possui o domínio funcional do fato é muito relevante, pois desse modo demarca-se a fronteira entre a coautoria e a mera participação por cumplicidade ou instigação. De modo geral, considera-se que pode existir domínio funcional do fato mesmo quando o agente não toma parte na execução do verbo típico, isto é, quando não realiza a conduta estritamente descrita no tipo penal.¹² Nessa hipótese, segundo Welzel, "o *minus* na objetiva comparticipação na realização típica deve ser compensado através do *plus* de especial comparticipação no planejamento do crime" (WELZEL *apud* BATISTA, 2007, p. 108).

Aplicando-se esse raciocínio às organizações criminosas, deve-se questionar a possibilidade de se imputar como coautores os membros que não participam da execução dos crimes da organização, apesar de tomarem parte no planejamento de tais delitos ou mesmo de ordenarem a sua realização.

Nas organizações criminosas de estrutura mais horizontalizada, com redes de poder descentralizadas, é possível a aplicação da coautoria aos indivíduos que não realizam pessoalmente o fato, mas desempenham papel crucial no seu planejamento. Afinal, "o domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de

¹² Entrementes, Roxin considera que o coautor deve ao menos estar presente na execução. Ele tem a sorte do fato total em suas mãos, "através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato" (ROXIN *apud* BATISTA, 2008, p. 102). Do mesmo modo parece pensar Cezar Roberto Bitencourt, para quem a "co-autoria fundamenta-se no princípio da 'divisão do trabalho', em que todos tomam parte, atuando em conjunto na *execução da ação típica* (grifado em itálico pelo próprio autor), de tal modo que cada um possa ser chamado verdadeiramente autor." (BITENCOURT, 2009, p. 455).

fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio 'integral' do fato, do qual tocaria a cada co-autor certa fração" (BATISTA, 2008, p. 101).

Contudo, em organizações criminosas hierarquizadas (mais frequentes), nas quais as figuras dos líderes e dos subordinados são rigidamente delimitadas, "falta, na tomada de decisão, a posição característica de mesma categoria para a co-autoria" (ROXIN, 2009, p. 72). Nesses casos, o indivíduo que planeja e ordena a prática de determinado delito se encontra em escalão superior ao do membro que executa a ordem, pois nessa situação existe hierarquia de poder.

A relação entre líder e executor, portanto, estrutura-se de forma verticalizada, de cima para baixo. Inexiste decisão comum para o fato, além de faltar execução conjunta, "pois aquele que dá a ordem, de modo geral, não concorre com o seu executor, pelo menos não por meio de uma contribuição fática no estágio de preparação" (ROXIN, 2009, p. 72).

De acordo com Roxin, a coautoria tem estrutura horizontal, exige decisão comum para o fato e alguma contribuição em sua execução. Por conseguinte, na hipótese descrita, o chefe da organização criminosa, emissor da ordem delitiva, não poderia ser considerado coautor do crime praticado pelo subordinado. Por outro lado, não é mero partícipe instigador da conduta do indivíduo executor, pois quem instiga não está no centro de decisão (ROXIN, 2009, p. 73).

Dessa forma, em busca de melhor critério para imputação dos indivíduos que ocupam as instâncias decisórias dentro de *aparatos organizados de poder*, Roxin propõe a teoria do *domínio por organização*, a seguir analisada.

4. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO PELO DOMÍNIO DE UM APARATO ORGANIZADO DE PODER E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Com base na última situação exposta no tópico anterior, em que o líder da organização criminosa ordena a um subordinado a execução de determinado delito, vislumbram-se os seguintes esquemas de imputação: a) de acordo com o primeiro, sustentado por Herzberg, Rotsch e Zaczyk, os executores diretos dos crimes para os quais a organização é formada são autores e seu líder, o emissor de ordens, é mero partícipe instigador; b) conforme o domínio funcional do fato, executores e líderes são coautores dos crimes praticados pela organização. Nessa vertente estão, dentre outros, Otto, Jescheck e Jakobs. Considerando-se a coautoria como divisão de trabalho que torna possível o fato, ou o facilita, essa seria, em princípio, solução compatível com o funcionamento das organizações criminosas.

Sem embargo, ao formular a teoria do domínio do fato pelo domínio de um aparato organizado de poder, ou teoria do domínio por organização, Roxin refuta as ideias de participação e coautoria, afirmando que o líder da organização (o chamado *homem de trás*) é autor mediato¹³ pelo domínio de um aparato organizado de poder, o que não é incompatível com a plena responsabilidade dos executores como autores diretos.

A partir da década de 1960, Roxin lança as bases da teoria do domínio por organização como extensão das hipóteses de autoria mediata para os casos de dirigentes nazistas que ordenaram o extermínio de judeus. Para esses criminosos de guerra do nacional socialismo alemão, as hipóteses clássicas de autoria mediata, por erro ou coação, não se mostravam aplicáveis.¹⁴ Nesse caso, a existência de aparato organizado de poder que funciona sem que seja decisiva a figura dos executores (peças fungíveis na engrenagem delitiva) enseja, segundo Roxin, forma independente de autoria mediata, caracterizada pelo domínio exercido pelos líderes ou decisores sobre o próprio aparato de poder. A tese de Roxin é a seguinte (ROXIN, 2009, p. 69):

“em uma organização delitiva os homens de trás, que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis.”

Inicialmente concebida para os casos de criminalidade estatal, a teoria do domínio do fato pelo domínio de um aparato organizado de poder pode ser transposta para o âmbito da criminalidade organizada (ao menos para aquelas organizações de estrutura tipicamente hierárquica e verticalizada), pois verificam-se igualmente os pressupostos elencados por Roxin para sua aplicação.

O primeiro de tais pressupostos seria o *poder de mando* do homem de trás. Nesse sentido, Roxin esclarece que "muitos autores mediatos podem estar um atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia de mando" (ROXIN, 2009, p. 81). Assim, o indivíduo de

¹³ Roxin define autor mediato como "aquele que não comete o fato ele mesmo, mas sim 'por meio de outrem'." (ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, 2007, p. 29). É necessária, portanto, a relação de subordinação entre quem executa o fato (o "instrumento") e o autor mediato, que detém o domínio da vontade do primeiro.

¹⁴ Conforme esclarece a professora Patricia Faraldo Cabana, "nos juízos de Nuremberg não se pode provar nenhum caso em que alguém fora executado ou internado em um campo de concentração por se negar a cumprir uma ordem relacionada com o extermínio judeu, sendo como máximo sancionado com uma transferência ou não sendo promovido no escalão quando tivesse correspondido. Tampouco admite Roxin que fosse possível aplicar a obediência devida como causa de justificação aos executores materiais, nem a relevância de um possível erro em que tivessem incorrido ao crer equivocadamente que lhes era aplicável a mencionada causa de justificação" (CABANA, 2009, p. 148). Tradução nossa. No original: "*en los juicios de Nuremberg no se pudo probar ningún caso en que alguien fuera ejecutado o internado en un campo de concentración por negarse a cumplir una orden relacionada con el exterminio judío, siendo como máximo sancionado con un traslado o no siendo ascendido en el escalafón cuando hubiera correspondido. Tampoco admite ROXIN que fuera posible aplicar la obediencia debida como causa de justificación a los ejecutores materiales, ni la relevancia de un posible error en que habrían incurrido al creer equivocadamente que les era aplicable la mencionada causa de justificación*".

médio escalão que recebe ordens de um superior, mas que também dá ordens, detém o domínio da vontade em relação aos seus subordinados, podendo ser considerado autor mediato dos crimes por eles praticados.¹⁵

O requisito do poder de mando tem grande proeminência, na medida em que se trata do elemento que distingue o homem de trás de um mero partícipe por instigação. Dessa forma, utilizando a expressão "autoria de escritório", Zaffaroni e Pierangeli explicam (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011, p. 587):

"aquele que dá a ordem está demasiadamente próximo do fato, para ser considerado um simples instigador, com a particularidade de que quando o determinador se encontra mais distante da vítima e da execução material do fato mais próximo ele está das suas fontes de decisão."

Por esse motivo, a teoria do domínio por organização se aplica melhor às organizações criminosas com número elevado de integrantes, nas quais se identificam mais estratos de hierarquia, "de tal maneira que a influência repressiva para a atuação que parte do vértice da organização possa ser transmitida de forma anônima a todos os membros (conhecidos pessoalmente ou não) com a firmeza suficiente"¹⁶ (AMBOS, 2011, p. 16). Nesse caso, os membros ocupantes das instâncias decisórias se encontram ainda mais distantes da execução do fato, justificando-se o domínio que exercem sobre todo o aparato de poder.

A delimitação entre autoria mediata e participação por instigação é especialmente relevante para se determinar o início da execução na tentativa, sendo válido rememorar a disposição do artigo 31 do Código Penal brasileiro. Conforme elucida Claudia López Díaz (DÍAZ, 1996, p. 73):

"existe tentativa acabada do autor mediato quando conclui a atuação sobre o instrumento, e não quando este dá começo ao fato; enquanto que se se trata de instigação, a tentativa começa para todos os intervenientes quando o autor dá princípio à execução do delito".¹⁷

O segundo pressuposto consiste na *desvinculação do direito pelo aparato de poder*. De acordo com Roxin, não é necessário que o aparato de poder tenha se desvinculado do direito em todos os seus aspectos, "senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele (...) o sistema (por exemplo, o sistema parcial de um Estado) deve, portanto, trabalhar criminosamente («desvinculado do direito») como um todo" (ROXIN, 2009, p. 81-82). Nesse

¹⁵ Nessa perspectiva, "a autoria mediata pode alcançar por igual o retransmissor da ordem, segundo o reforço hierárquico que lhe empreste" (BATISTA, 2008, p. 139).

¹⁶ Tradução nossa. No original: "de tal manera que la influencia represiva para la actuación que parte del vértice de la organización pueda ser transmitida de manera anónima a todos los miembros (tanto los conocidos personalmente como los que no) con la firmeza suficiente".

¹⁷ Tradução nossa. No original: "existe tentativa acabada del autor mediato, cuando concluye la actuación sobre el instrumento y no cuando éste da comienzo al hecho; mientras que si se trata de instigación, la tentativa comienza para todos los intervinientes, cuando el autor da principio de ejecución al delito".

aspecto, Raúl Cervini e Gabriel Adriasola salientam (CERVINI; ADRIASOLA, 2005, p. 121):

"a limitação da autoria pelo domínio de aparatos organizados de poder aos casos em que esses aparatos atuam à margem do direito, faz que esse atuar à margem da ordem jurídica se converta em pressuposto ineludível para construir este tipo de imputação e recorrer à teoria do domínio por organização".¹⁸

Por essa razão, no âmbito do direito penal empresarial, no qual, em regra, a empresa não tem uma atitude global criminosa, sendo ocasional a prática de delitos, não deve ser aplicada a teoria do domínio por organização em quaisquer hipóteses. Sua extensão será possível somente às organizações empresariais que em si mesmas são organizações criminosas ("empresas de fachada") e àquelas dentro das quais atua uma organização criminosa (CERVINI; ADRIASOLA, 2005, p. 141). O próprio Roxin é contrário a uma ampla extensão, haja vista que nem toda organização empresarial que comete delitos pode ser considerada organização criminosa.

O terceiro pressuposto para a aplicação da teoria do domínio por organização é a *fungibilidade do executor direto*. Esse é o elemento que oferece ao homem de trás a certeza de que sua ordem será cumprida. O domínio sobre o aparato de poder seria assegurado pelo fato de haver vários potenciais executores à disposição, intercambiáveis a tal ponto que o homem de trás não necessitaria de conhecê-los pessoalmente (CABANA, 2009, p. 149), "de modo que a recusa ou a perda de um indivíduo não pode impedir a realização do tipo" (ROXIN, 2009, p. 82). Em virtude disso, novamente merece ser ressaltada a circunstância de que a teoria do domínio por organização aplica-se adequadamente às organizações criminosas com maior número de integrantes, nas quais é possível falar-se em fungibilidade de executores.

Ponto relevante a ser discutido é se o caráter fungível dos membros executores justificaria a exclusão da imputação, na medida em que eventual recusa de cumprimento da ordem por algum integrante da organização ensejaria, de qualquer maneira, a sua substituição, produzindo-se o resultado almejado. Sobre o assunto, Claudia López Díaz informa que existe consenso no seguinte sentido (DÍAZ, 1996, p. 72-73):

"a imputação não pode ser excluída só porque um autor substituto estava pronto para tomar o lugar do autor, no caso de ausência deste (...) pode se afirmar a imputação em virtude do princípio segundo o qual o ordenamento jurídico não pode revogar suas proibições só porque outro estivesse disposto a cometer a mesma transgressão".¹⁹

¹⁸ Tradução nossa. No original: "la limitación de la autoría por dominio de aparatos organizados de poder a los casos en que esos aparatos actúan al margen del Derecho, hace que ese actuar al margen del orden jurídico se convierta en presupuesto ineludible para construir este tipo de imputación y recurrir a la teoría del dominio por organización".

¹⁹ Tradução nossa. No original: "la imputación no puede ser excluida sólo porque un autor sustituto estaba listo para reemplazar al autor, en caso de ausencia de éste (...) puede afirmarse la imputación en virtud del principio

Na verdade, conforme o próprio Roxin afirma, o executor também possui domínio do fato, na modalidade de domínio da ação. Ele é autor direto do crime, devendo, pois, ser responsabilizado em conjunto com o homem de trás, autor mediato. O domínio por organização e o domínio da ação não se excluem mutuamente (ROXIN, 2009, p. 79). Nessa perspectiva (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 587):

“parece ser bem pouco discutível que, em tal hipótese, têm o domínio do fato tanto o determinador como o determinado, conquanto sejam ambos culpáveis (...) a inserção de ambos autores no aparato de poder antijurídico coloca ambos na posição de autores responsáveis, com pleno domínio do fato.”

O último pressuposto elencado por Roxin é a *disposição essencialmente elevada dos executores ao fato*, fundada na premissa de que "aquele que em um aparato organizado de poder desvinculado do direito executa o último ato de preenchimento do tipo é diferente de um autor isolado em si mesmo." (ROXIN, 2009, p. 85). Segundo Roxin, esse indivíduo executor é fortemente influenciado pela organização, o que o torna mais propenso ao fato criminoso do que outro potencial delinquente, reforçando-se, dessa maneira, o domínio do fato pelo homem de trás.

A dificuldade de se aceitar a aplicação da autoria mediata nos casos de organizações delitivas onde notadamente se verifica um aparato organizado de poder reside na aparente violação de um princípio irrefutável da teoria do autor, segundo o qual não pode existir nenhum autor mediato por trás de outro autor plenamente responsável. Roxin, no entanto, apresenta três argumentos para refutar as objeções feitas à teoria do domínio por organização (ROXIN, 2009, p. 78).

Inicialmente, esclarece que o domínio do autor mediato se dá sobre o aparato de poder, e não sobre o executor da ordem delitiva. Nesse caso, o verdadeiro instrumento é o aparato, definido como a "diversidade de pessoas que estão inseridas em estruturas pré-estabelecidas, que atuam conjuntamente em diferentes funções condicionadas pela organização e cuja totalidade assegura ao homem de trás o domínio sobre o resultado." (ROXIN, 2009, p. 78). A fungibilidade dos executores faz com que não seja decisiva sua conduta individual para a atuação da organização, pois de qualquer forma o homem de trás terá assegurada a produção do resultado, o que fundamenta o domínio do fato pelo domínio sobre o aparato de poder; "de resto, a oposição seria inexoravelmente vencida pela sumária substituição do executor" (BATISTA, 2008, p. 139).

según el cual, el ordenamiento jurídico no puede revocar sus prohibiciones sólo porque otro estuviera dispuesto a cometer la misma transgresión".

Em segundo lugar, há de ser observado que executor e chefe (ou homem de trás) possuem, ambos, o domínio do fato, em duas distintas modalidades, conforme dito acima. O primeiro possui o domínio do fato pelo domínio da ação, sendo autor direto dos crimes cometidos. Já o homem de trás detém o domínio da vontade pelo domínio por organização, exercido sobre o aparato organizado de poder. Essas formas de domínio do fato não se excluem mutuamente, podendo existir conjuntamente (ROXIN, 2009, p. 79).

Finalmente, Roxin afirma que o domínio do aparato de poder existente garante ao homem de trás que, por meio de uma ordem sua, o resultado será cumprido, de modo similar ao que ocorre nos casos de domínio por erro ou coação. Essa seria a conclusão principal que torna plausível a autoria mediata (ROXIN, 2009, p. 80).

Como visto, a teoria do domínio por organização assenta-se na tese de que os homens de trás com poder de mando em uma organização delitiva podem ser responsabilizados como autores mediatos se os executores diretos forem igualmente punidos como autores plenamente responsáveis, com fundamento no domínio da ação. Contudo, cabe indagar se nas organizações criminosas notadamente caracterizadas pela violência como forma de sanção interna os indivíduos subordinados não seriam, em determinados casos, verdadeiros instrumentos sob o comando de um superior.

É possível imaginar-se a hipótese na qual um indivíduo, ao aderir à organização criminosa, tenha consentido em praticar, por exemplo, estelionatos e corrupção, recebendo posteriormente do chefe (ou um dos chefes) desse grupo a ordem para matar alguém. Em se tratando de organização criminosa caracterizada pelo uso da violência disciplinar,²⁰ a possível consequência para o descumprimento de tal ordem seria algum tipo de retaliação na mesma proporção. Em certos grupos criminosos organizados, o meio de se compelir os integrantes subalternos a executar as ordens emanadas dos homens de trás é a ameaça, ainda que velada, de mal grave ao próprio indivíduo ou a alguém de sua família.

Nessas situações, a existência de grave e fundado temor sinaliza a coação moral irresistível, hipótese na qual o próprio executor da ordem pode ser considerado instrumento, caso não tenha previamente aderido à prática da conduta. Sendo assim, para esse delito restaria configurada a autoria mediata por coação, e não mais pelo domínio por organização.

²⁰ Luis de la Corte Ibáñez e Andrea Framis distinguem quatro modalidades básicas de violência vinculada ao crime organizado, com vítimas e objetivos diferentes: violência disciplinar, empregada como meio de se manter a ordem e a coesão entre os membros da organização criminosa; violência intimidatória e coativa contra funcionários públicos e autoridades políticas, em geral quando essas vítimas revelam-se incorruptíveis; violência empregada na realização de operações/negócios ilegais, tendo como principal exemplo o sistema de extorsão em troca de proteção; e, finalmente, a violência contra outras organizações criminosas, própria de situações de disputa por mercados e territórios de influência (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 285).

Verificando-se em concreto a inexigibilidade de outra conduta por parte do executor, caberia cogitar-se da isenção de sua responsabilidade penal, pela exclusão da culpabilidade.

A teoria do domínio do fato pelo domínio de um aparato organizado de poder, portanto, não deve ser aplicada em quaisquer casos de delinquência organizada.²¹ É necessário verificar a estrutura da organização criminosa e os tipos de relação existentes entre quem emite as ordens e aqueles que as executam. O próprio Roxin adverte que a teoria é aplicável a *determinadas* formas de manifestação da criminalidade organizada, quando existirem os pressupostos por ele delineados (ROXIN, 2009, p. 87). Patricia Faraldo Cabana explica a questão de modo muito preciso (CABANA, 2009, p. 150):

"Roxin não pretende estender a tese da autoria mediata com aparatos organizados de poder a todo tipo de delinquência organizada, mas sim única e exclusivamente às hipóteses em que uma organização se apodera do aparato do Estado e o utiliza para a realização de delitos, como ocorreu com o regime nacional socialista alemão, ou aos casos de movimentos clandestinos, organizações secretas e associações criminosas que persigam objetivos adversos à ordem jurídica estabelecida e que, devido a sua forte estrutura hierárquica e considerável número de membros, aparecem como um Estado dentro do Estado, sempre que reúnam as características apontadas."²²

5. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS SEGUNDO A LEI 12.850/13

A Lei 12.850/13 revogou a Lei 9.034/95, conferindo novo tratamento legal à criminalidade organizada. Definiu-se organização criminosa como (BRASIL 2013):

"associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional."

²¹ Nesse contexto, Kai Ambos explica que "em referência às organizações criminosas não estatais, Roxin aceitou somente tal domínio da organização naquelas organizações que, de certa maneira, atuam como um 'Estado dentro do mesmo Estado' e que, independentemente da troca de seus integrantes, apresentam uma continuidade certa, isto é, onde cada membro como 'parte funcional de um todo', em certo modo mecânico, pode ser empregado para a realização do fato" (AMBOS, 2011, p. 9). Tradução nossa. No original: "*en referencia a las organizaciones criminales no estatales, Roxin ha aceptado solamente tal dominio de la organización en aquellas organizaciones que de cierta manera actúan como un 'Estado dentro del mismo Estado' y que, independientemente del cambio de sus integrantes, presentan una continuidad segura, esto es, donde cada miembro como 'parte funcional de un todo', en cierto modo mecánico, puede ser empleado para la realización del hecho.*"

²² Tradução nossa. No original: "*ROXIN no pretende extender la tesis de la autoría mediata con aparatos organizados de poder a todo tipo de delincuencia organizada, sino única y exclusivamente a las hipótesis en que una organización se apodera del aparato del Estado y lo utiliza para la realización de delitos, como ocurrió con el régimen nacionalsocialista alemán, o a los casos de movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones criminales que persigan objetivos adversos al orden jurídico establecido y que, debido a su fuerte estructura jerárquica y considerable número de miembros, aparecen como un Estado dentro del Estado, siempre que reúnan las características apuntadas.*"

O referido conceito, similar ao já previsto na Lei 12.694/12,²³ passou a valer para todos os casos em que esteja envolvido grupo criminoso com as características descritas. Ademais, introduziu-se o tipo penal incriminador de organização criminosa, o qual abrange quatro verbos-núcleo, conforme a seguinte redação (BRASIL, 2013):

“Art. 2º. Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por pessoa interposta, organização criminosa:
Pena: reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.”

Assim, para a análise dos institutos da autoria e da participação,²⁴ deve-se distinguir a imputação quanto aos crimes cometidos pelos membros da organização criminosa, como forma de se atingir seus objetivos, da imputação em relação ao delito de organização criminosa, tipificado de acordo com a redação acima colacionada. As penas, conforme expressa previsão legal, são aplicadas segundo o critério do cúmulo material.

No tocante ao próprio crime de organização criminosa, pode-se afirmar que o indivíduo que incorra em quaisquer dos verbos do aludido tipo penal misto alternativo será considerado autor do delito em comento. Na opinião de Guilherme de Souza Nucci, trata-se de tipo penal de crime formal,²⁵ no qual o verbo *integrar* seria o único necessário, abrangendo os demais, pois "quem promove ou constitui uma organização, naturalmente a integra; quem financia, igualmente, a integra, mesmo como partícipe" (NUCCI, 2013, p. 21).

Nesse sentido, a inclusão do verbo *financiar* no tipo penal deixa clara a opção do legislador de se considerar como autor do crime de organização criminosa, e não como partícipe, o indivíduo que fornece auxílio material ao grupo, o que normalmente caracterizaria participação por cumplicidade. Na verdade, devido à abrangência do tipo penal em análise, a possibilidade de participação é muito limitada. O legislador previu como verbos típicos ações que, a rigor, caracterizariam meros atos preparatórios.

Por outro lado, a participação seria possível nos crimes praticados pela organização criminosa. Nessa hipótese, um terceiro que não faz parte da organização contribui

²³ Trata-se do diploma legal que prevê o julgamento colegiado dos crimes praticados por organizações criminosas. O conceito de grupo criminoso organizado inserido nesta lei era exclusivo para os fins de sua aplicação. Com a edição da Lei 12.850/13, deve-se considerar implicitamente revogada a definição da Lei 12.694/2012 (NUCCI, 2013, p. 22).

²⁴ A Lei 12.850/13 contempla expressamente a possibilidade de autoria e participação, ao especificar um dos possíveis resultados necessários da colaboração premiada (art. 4º, I), além de prever o direito do colaborador de ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes (art. 5º, III).

²⁵ Para Marcelo Mendroni, o crime seria formal na modalidade de *integrar* e material no caso dos demais verbos típicos. Nessa visão, "os demais elementos - 'promover', 'constituir' e 'financiar', se aplicam, segundo interpretamos, não somente a integrantes da organização criminosa, mas também a terceiros, que não a integram, mas que 'promovem', 'constituem' ou 'financiam'. Nessas formas, o crime se caracteriza como material, já que tais condutas exigem a obtenção de um resultado (...) que se confunde com o próprio auxílio (material) à organização criminosa" (MENDRONI, 2014, p. 12).

pontualmente para a realização de um fato criminoso, atuando como partícipe. Poderia também atuar como autor se tivesse o domínio do fato naquele caso específico. De todo modo, cabe salientar que para ser considerado como integrante do grupo, o indivíduo deve atuar junto à organização de forma estável e permanente. Contribuindo apenas eventualmente para a prática de algum delito (concurso eventual de pessoas), seja na condição de autor, seja como partícipe, não comete o delito de organização criminosa (art. 2º da Lei 12.850/13).

Finalmente, a Lei 12.850/13 atribui maior gravidade à atuação do(s) líder(es) da organização criminosa, por meio da previsão de circunstância agravante específica no art. 2º, §3º, para a pena do crime de organização criminosa (BRASIL, 2013): "a pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, *ainda que não pratique pessoalmente atos de execução*" (grifo nosso). Sendo mais repreensível a conduta do homem de trás, pode-se concluir que o legislador não o considerou como mero partícipe.²⁶ Ademais, a expressa prescindibilidade da realização pessoal de atos de execução por parte do líder permite a aplicação da teoria da autoria mediata pelo domínio por organização, cuja pertinência deve ser aferida de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

6. CONCLUSÃO

O estudo dos institutos da autoria e da participação no âmbito da criminalidade organizada envolve aspectos variados, como os tipos de estruturas das organizações criminosas e elementos caracterizadores dessa forma de delinquência, notadamente a divisão de tarefas.

Um dos pontos mais discutíveis acerca da imputação no contexto do crime organizado é a que título deve responder o líder da organização criminosa que emite ordens delitivas sem tomar parte na execução material dos fatos. Questiona-se se ele seria coautor dos crimes praticados pelos subordinados, partícipe por instigação ou autor mediato, de acordo com a teoria do domínio do fato pelo domínio de um aparato organizado de poder (domínio por organização), formulada por Claus Roxin.

Nas organizações criminosas hierarquizadas, centralizadas, com estrutura de comando bem definida e sólida verticalização, além de um número considerável de integrantes, podem ser identificados os pressupostos elencados por Roxin para a aplicação da teoria do domínio

²⁶ Muito embora Nucci acredite que "para aplicar a agravante prevista no §3.º, é suficiente liderar o crime organizado, seja ele considerado autor, seja partícipe" (NUCCI, 2013, p. 31).

por organização. Nesses casos, o *homem de trás* exerce domínio do fato sobre o próprio aparato organizado de poder, caracterizando-se sua autoria mediata, que não exclui, em princípio, a autoria direta dos executores.

Em nosso entendimento, nas hipóteses em que a violência for utilizada pela organização como recurso disciplinar, submetendo-se os indivíduos de escalões inferiores a coação moral irresistível, serão eles mesmos instrumentos sob o comando do homem de trás, justificando-se a exclusão de sua culpabilidade pela inexibibilidade de conduta diversa.

Em organizações criminosas estruturadas de forma horizontal, em redes ou células, ou com número pequeno de integrantes, a teoria do domínio por organização mostra-se pouco aplicável. Nessas situações, havendo um líder do grupo, poder-se-á considerá-lo como coautor, autor mediato (por coação, caso se utilize de intimidação contra os outros membros), ou mesmo partícipe, nas hipóteses em que não detenha o domínio do fato.

No Brasil, a Lei 12.850/13 atualmente estabelece a definição de organização criminosa e prevê tipo penal autônomo, misto e alternativo. O campo para a participação, por cumplicidade ou instigação, no delito de organização criminosa é bastante reduzido, por ter o legislador previsto como verbos típicos atos normalmente preparatórios. Por outro lado, nos crimes praticados pelo grupo, podem existir perfeitamente as figuras da autoria e da participação. A lei pune com maior gravidade o líder da organização criminosa, ainda que não realize pessoalmente atos de execução, podendo-se concluir que não se trata de mero partícipe. Nesse cenário, a teoria do domínio por organização seria aplicável, satisfeitos seus pressupostos.

Diante das variadas possibilidades teóricas de se fundamentar a autoria ou a participação, cabe salientar que a apropriada imputação dos membros da organização criminosa impede arbitrariedades no exercício do poder punitivo, responsabilizando-se como autor quem realmente possua o domínio do fato. A verificação dos partícipes se dá por exclusão, em conformidade com as circunstâncias peculiares de cada caso.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. Sobre la "organización" en el dominio de la organización. *InDret - Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, jul. 2011, n. 3. 25p.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 206p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Vol I. Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 813p.

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 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei 9.034, de 03 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 ago. 2013.

CABANA, Patricia Faraldo. La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, nº 13, 2009, p. 145-163.

CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva, lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 204p.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*. Montevideo/Buenos Aires: Editora B de F, 2005. 353p.

COUNCIL OF EUROPE. *Organised crime situation report 2001*. Strasbourg, Dec. 2002. 147p. Disponível em <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime>>. Acesso em 28 jun. 2015.

_____. *Organised crime situation report 2005: focus on the threat of economic crime*. Strasbourg, Dec. 2005. 149p. Disponível em: <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime>>. Acesso em 28 jun. 2015.

DÍAZ, Claudia López. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. 193p.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 313p.

IBAÑEZ, Luis de la Corte; FRAMIS, Andrea Giménez-Salinas. *Crimen.org: evolución y claves de la delincuencia organizada*. Barcelona: Ariel, 2010. 455p.

JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato*. Coleção Estudos de Direito Penal. Vol. 9. São Paulo: Manole, 2003. 47p.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado: Lei nº 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. 108p.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 443p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 127p.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad.: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal – Panóptica*, ano 3, n. 17, nov. 2009, p. 69-94.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 230p.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 265p.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Crime organizado*. Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2002. Palestra proferida no 1º Fórum Latino-americano de Política Criminal, promovido pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em Ribeirão Preto. Disponível em <www.juareztavares.com/textos/crime_organizado.pdf>. Acesso em 28 jun. 2015.

UNODC. *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*. United Nations Office on Drugs and Crime, Sept. 2002. Global Programme Against Transnational Organized Crime. Disponível em <<https://www.unodc.org/>>. Acesso em 28 jun. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. In: BATISTA, Nilo (org.), *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, 1996, ano 1, vol. 1, p. 45-67.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1: Parte Geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 768p.