

**AUTORIA MEDIATA ATRAVÉS DE DOMÍNIO  
DA ORGANIZAÇÃO**

Claus Roxin



## AUTORIA MEDIATA ATRAVÉS DE DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO \*

Claus Roxin\*\*

### I. A IDEIA FUNDAMENTAL DA CONCEPÇÃO

"Factos puníveis no quadro de aparelhos organizados de poder" foi o título da minha lição inaugural em Hamburgo, em Fevereiro de 1963<sup>1</sup>. Ali propus uma nova forma de autoria mediata. A minha ideia fundamental era de que, erigindo o domínio do facto em critério determinante da autoria, só se encontram três formas típicas ideais pelas quais se pode dominar um evento sem participar na sua execução: pode-se coagir o executante; pode-se enganá-lo; ou pode-se – e esta era a nova ideia – dispor sobre um aparelho de poder que assegure a execução de ordens mesmo sem coacção e engano, pois o aparelho enquanto tal garante a sua realização. O ordenante pode dispensar a coacção ou engano do autor material, pois, mesmo que um indivíduo falhe, o aparelho dispõe de um número suficiente de outros para assumir a sua função. É assim também característico desta forma de autoria mediata que geralmente o homem de trás nem sequer conheça pessoalmente o executor material.

O exemplo histórico que tinha presente ao desenvolver esta forma de autoria mediata era o do domínio de poder nacional-socialista. Quando Hitler ou Himmler, ou Eichmann, que fora julgado em Jerusalém em 1961, davam uma ordem de morte, podiam estar seguros da sua execução, pois – ao invés do que sucede na instigação – a eventual recusa de cumprimento por parte daquele a quem fosse dada a ordem não podia impedir que o facto ordenado fosse praticado; seria, nesse caso, efectivado por outro. Na minha concepção é assim autor mediato aquele que está instalado na alavanca de comando de um aparelho de poder – qualquer que seja o nível na respectiva hierarquia –

---

\* João Curado Neves (trad.)

\*\* Universidade de Munique

<sup>1</sup> Publicado em GA 1963, 193 ff.

e que pode provocar, por comando, a prática de infrações criminais relativamente às quais não tenha relevo a individualidade do executante.

É assim a "fungibilidade", a possibilidade ilimitada de substituição do autor material, que garante ao homem de trás a execução do facto e lhe permite dominar o evento. O agente material é apenas uma "rodinha" substituível no mecanismo do aparelho de poder. Tal não impede que aquele que no termo pratica o homicídio com as suas próprias mãos seja punível como autor material. Os ordenantes na alavanca de comando do poder não deixam por isso de ser autores mediatos, pois a realização do facto não está dependente da decisão do autor material, ao invés do que sucede na instigação. Dado que a autoria material do executante e a autoria mediata do homem de trás decorrem de pressupostos diferentes – a do primeiro da execução por suas próprias mãos, a do segundo da direcção do aparelho – podem, lógica e teleologicamente, existir ao lado uma da outra, ao contrário do que defende uma opinião muito difundida. A forma descrita de autoria mediata é a expressão juridicamente adequada para o fenómeno do "criminoso de secretária" que, embora tenha o domínio do facto, só o pode exercer através de um autor material.

O modelo exposto de autoria mediata não se aplica apenas aos crimes de Estado, sendo também aplicável à criminalidade organizada fora do aparelho estadual e a muitas formas de terrorismo. Os conceitos apresentados não são facilmente delimitáveis, pois têm fronteiras fluidas. Mas não está em causa a designação, mas apenas a presença dos pressupostos descritos do domínio de organização. Isto pode acontecer com uma ditadura que ordene a prática de crimes, tal como com o chefe de uma mafia ou com o dirigente de uma organização terrorista. De seguida abordarei o problema através do exemplo da criminalidade ordenada a nível estadual, apenas porque têm sido estes casos os que mais têm ocupado os tribunais; mas também porque os aparelhos estaduais criminosos constituem frequentemente exemplos modelares de criminalidade perfeitamente organizada.

O fundamento legal da referência à autoria mediata é o mesmo nos direitos alemão e português. Ambos os códigos, com formulação idêntica, punem como autor "quem executar o facto por si mesmo ou por intermédio de outrem" (§ 25, n.º 1, do Código Penal alemão [StGB], artigo 26.º do Código Penal português). Caso se queira, como proponho, considerar autores mediatos os homens de trás que comandam aparelhos organizados de poder, terá que se entender que executam o facto "por intermédio de outrem".

## II. A RECEPÇÃO DESTA TEORIA NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA, NO ESTRANGEIRO E EM DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Enquanto a jurisprudência alemã ignorou por 25 anos a nova construção, embora esta pudesse ter sido útil no julgamento da criminalidade violenta

nacional-socialista, ela foi encontrando apoio progressivo na Literatura, alcançando-se a doutrina dominante<sup>2</sup>.

No estrangeiro a nova figura jurídica encontrou acolhimento já nos anos 80, na fundamentação do Tribunal de Apelação e do Supremo Tribunal de Justiça da Argentina ao julgarem os crimes da antiga Junta de Generais<sup>3</sup>. Nas conclusões do Tribunal de Apelação<sup>4</sup> afirma-se que "os arguidos tinham domínio do facto, pois controlavam a organização que produziu os factos (...) Neste contexto o executor concreto do facto perde significado. O domínio daqueles que controlam o sistema sobre a consumação dos factos que ordenaram é total, pois, mesmo que se encontrasse um subordinado que se recusasse a cumprir, seria automaticamente substituído por outro, do que resulta que o plano traçado não falha devido à vontade (contrária) do executante, que tem o papel de mera roda dentada numa máquina gigantesca. (...) O instrumento de que o homem de trás se serve é o próprio sistema (...) composto por mediadores fungíveis do facto (...)".

O Bundesgerichtshof (Tribunal de Justiça Federal) alemão só em 1988, numa decisão da 4ª Secção, em obiter dictum mas em tom claramente concordante, referiu a teoria que reconhece que "nos casos de crimes organizados por um aparelho de poder existe "autoria por trás do autor", independentemente de o agente ser plenamente responsável pelos seus actos"<sup>5</sup>. A recepção desta figura jurídica foi consumada numa famosa decisão da 5ª Secção do Bundesgerichtshof de 1994. Naquele acórdão os membros do "Conselho de Defesa Nacional" da ex-RDA foram condenados como autores mediatos de homicídio no muro de Berlim de "fugitivos para a República [RFA]". Tinham ordenado, através de instruções gerais, os disparos dos soldados fronteiriços no muro e a minagem do muro com explosivos mortais e, segundo a tese do acórdão, dominavam o evento através do aparelho de poder que dirigiam, embora os executantes imediatos na fronteira também fossem responsáveis

<sup>2</sup> *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, 60 segs., 71 segs.; idem, Coimbra-Symposium für Roxin, 1995, p. 243; *LK<sup>9</sup>-Busch*, § 47/48; *Dierlamm*, NSTZ 1998, 569 e s.; *Ebert*, AT<sup>3</sup>, 198; *Eser*, Strafr II<sup>3</sup>, caso 38, Rn. 25; *Haft*, AT<sup>8</sup>, 200; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, 42 ss.; *Herzberg*, Jura 1990, 23 s.; *Hirsch*, Rechtsstaatliches Strafrecht, 1996, 22 s.; *Hünnerfeld*, ZStW 99 (1987), 244; *Ingelfinger*, Anstiftersvorsatz, 1992, 183 s.; *Korn*, NJW 1965, 1206 ss.; *Kühl*, AT<sup>3</sup>, § 20 / 73 s.; *Küpper*, GA 1998, 523 ss.; *Lackner/Kühl*<sup>24</sup>, § 25 / 2; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 743; *Maurach/Gössel*, AT<sup>7</sup>, 48/88; *M.-K. Meyer*, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum, 1984, 101 ss.; *Rotsch*, NSTZ 1998, 491 ss.; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 ss.; *Schmidhäuser*, StuB AT<sup>2</sup>, 10/95; *Sch/Sch/Cramer/Heine*<sup>26</sup>, § 25 / 25 s.; *Schild*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1994, 10, 16, 19, 24 e ss.; *U. Schulz*, JuS 1997, 111; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, 75 e s.; *Stratenwerth*, SchwStrafR, AT P, §13 / . 34; *ders.*, AT<sup>4</sup>, § 12 / 65 ss.; *Vest*, ZStW 113 (2001), 492 ss.; *Wessels/Beulke*, AT<sup>31</sup>, n° 541 (Os autores que se ativeram àquele entendimento serão citados pela edição mais recente da obra em causa).

<sup>3</sup> As decisões são de 1985 e 1986; encontra-se uma sua análise mais detalhada em *Ambos*, (GA 1998,238 e s.), no sentido de um resultado semelhante por via da responsabilida acessória do homem de trás.

<sup>4</sup> Citado em *Ambos* (nota 3), 238 s.

<sup>5</sup> BGHSt 35, 353.



como autores (materiais) culposos. Foram considerados "autores por trás do autor (responsável)".

O argumento central para o reconhecimento desta terceira forma de autoria mediata já tinha sido formulado por mim há algumas décadas:<sup>6</sup> "Este tipo de organização (...) tem uma vida independente da composição variável dos seus corpos. Funciona sem que esteja em causa a individualidade do executante, como que automaticamente". Esta fundamentação para o domínio do facto do homem de trás foi assumida pelo BGH (BGHSt 40, p. 236): "Há (...) grupos de casos nos quais, apesar da plena responsabilidade do agente mediador do facto, o contributo do homem de trás conduz quase automaticamente à realização do facto típico por este pretendida. Tal pode acontecer quando o homem de trás utiliza, através de estruturas organizacionais, um determinado enquadramento que leva a que o seu contributo para o facto desencadeie uma sequência regular (...) Se, nestas condições, o homem de trás actuar com conhecimento destas circunstâncias, é considerado autor na forma de autoria mediata. Tem o domínio do facto."

Desde então a figura jurídica da autoria mediata através de aparelhos organizados de poder tem sido vivamente discutida em várias partes do mundo<sup>7</sup>. Também encontrará, possivelmente, aplicação no julgamento de outros crimes praticados em sistemas totalitários, e é crescentemente tomada em consideração em Direito Penal Internacional<sup>8</sup>. Na doutrina germânica a decisão do BGH começou por encontrar vasto apoio, concordando os autores em grande medida com o entendimento que desenvolvi, no todo ou em parte<sup>9</sup>, em menor número escolhendo outras fundamentações<sup>10</sup>. Em Portugal o meu ponto de vista foi apoiado, antes de mais, por Figueiredo Dias, numa importante contribuição<sup>11</sup>. Só na sequência desta vaga inicial de apoio surgiu nos últimos anos um número crescente de críticos que recusam a própria construção e negam simplesmente a autoria mediata, entendendo que, em seu lugar, se verifica co-autoria ou instigação<sup>12</sup>. Impõe-se discutir estas críticas.

<sup>6</sup> Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963<sup>1</sup>, 2000<sup>7</sup>, 245.

<sup>7</sup> Só no livro „Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin“, 2001, Córdoba, Argentina, org. por C. Lascano, encontram-se 3 estudos dedicados ao tema do domínio do facto através de aparelhos organizados de poder (Dominio del Hecho a traves de los Aparatos organizados de Poder, *Donna*, 295 ss.; *García Vitor*, 327 ss.; *Lascano*, 349 ss.). *Ambos*, (nota 3), apresenta mais doutrina argentina (p. 238, nota 82). Também uma obra colectiva organizada em Espanha por *Ferré Olivé/Anarte Borallo* (Huelva, 1999) contém 3 contribuições sobre o tema: *Ferré Olivé*, 85 ss.; *Figueiredo Dias*, 99 ss.; *Muñoz Conde*, 151 ss.

<sup>8</sup> Assim afirma por exemplo *Vest*, ZStW 113 (2001), 492 s.: „Do ponto de vista do Direito Penal Internacional, é incontestável o mérito de Roxin de ter reconhecido pela primeira vez um ilícito sistemático-colectivo com o conceito de autoria mediata através de aparelhos organizados de poder“. *Ambos* afirma, na sua recentemente publicada obra „Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts“ (2002, 594, Fn. 349), que qualquer nova abordagem do tema tem que partir daquela concepção.

<sup>9</sup> *Ambos*(nota 3), 226 s.; *Bloy*, GA 1996, 425 ss.; *Gropp*, JuS 1996, 13 ss.; *Jung*, JuS 1995, 173 s.; *Küpper* (nota 2), 524; *U. Schulz* (nota 2), 109.

<sup>10</sup> *Murmann*, GA 1996, 269 ss.; *Schroeder*, JR 1995, 177 ss.

<sup>11</sup> V. As indicações na nota 7.

<sup>12</sup> Indicações mais precisas sobre o estado actual da discussão em *Ambos* (nota 8), 590 ss.

### III. OBJECÇÕES CONTRA O DOMÍNIO DE ORGANIZAÇÃO

As objecções centrais contra o domínio de organização põem em causa o domínio do facto pelo homem de trás, que fundamento com a fungibilidade do executante e a automaticidade do cumprimento da ordem obtida por esta forma. O BGH exprimiu-o com a passagem muito citada da "sequência regular" com a qual, também de acordo com a sua formulação, a realização do facto típico decorre "quase automaticamente". Esta argumentação é contestada por três vias.

Em primeiro lugar, nega-se que o homem de trás possa estar mais seguro da realização do facto típico do que o instigador que tem que deixar ao autor a decisão sobre a execução do facto. Assim o diz, p. ex., HERZBERG<sup>13</sup>: "Caso o incumbido da execução se decida contra o crime de matar uma pessoa, impede o incumbente de alcançar o objectivo criminoso por essa via. Isto é particularmente evidente no caso do soldado fronteiriço que intencionalmente atira ao lado, deixando assim o fugitivo escapar. Contesto portanto (...) a indução de que o ordenante pode estar seguro da execução da ordem e da realização do crime." Com isto, todavia, demonstra-se apenas que esta forma de autoria mediata, como qualquer das outras, também pode não passar da fase da tentativa, como acontece no exemplo. O BGH afirmou com razão (BGHSt 40, pp. 236 e s.): "(...) quando são utilizados instrumentos em erro ou incapazes de culpa são frequentes quadros de circunstâncias que levam a que o autor mediato tenha muito menos controlo sobre a verificação do resultado do que nos casos da forma descrita." Não está assim em causa o funcionamento da "automaticidade" em cada caso. Funciona nos casos normais, o que já não pode ser afirmado precisamente quanto à instigação.

Os assassinatos do nacional-socialismo e as mortes no muro demonstram com trágica clareza aquele funcionamento. A fungibilidade dos carrascos era plenamente evidente nos crimes nacional-socialistas (quem se recusasse a cumprir era simplesmente substituído), mas também no caso dos guardas do muro os sectores de fronteira a guardar não eram, de forma alguma, vigiados apenas por uma pessoa. De resto, o domínio do homem de trás também se evidenciava no facto de que pessoas que se negavam a participar em assassinatos nos campos de concentração ou homicídios no muro eram em quaisquer circunstâncias substituídas por executores de boa vontade, o que não seria pura e simplesmente possível verificando-se apenas instigação.

Afirma-se em segundo lugar contra o domínio do facto pelo homem de trás que, se a execução de uma ordem for assegurada pela troca do agente imediato, o facto praticado já não será o mesmo. Entende ROTSCH<sup>14</sup>, por exemplo, que caso se argumente que a recusa de um soldado não impede o fuzilamento, pois outro ocupará o seu lugar, se está a esquecer "que o homicídio

<sup>13</sup> Herzberg, in: Amelung (Org.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, 39.

<sup>14</sup> Rotsch, ZStW 112 (2000), 518 ss. (28 ss.).

por um segundo agente imediato em regra já não é o mesmo facto"<sup>15</sup>. Nos mesmos termos afirma RENZIKOWSKI<sup>16</sup> que "é certo que o aparelho assegura ao homem de trás possibilidades garantidas de realizar o seu plano, independentemente da pessoa do executante. Esta possibilidade não pode contudo substituir a falta de domínio efectivo no caso concreto (...)".

Por essa forma, todavia, não é tomado em consideração o que o próprio ROTSCH<sup>17</sup> afirma, mas a que não quer atribuir relevo: que "o homicídio do vítima constitui para o homem de trás um único crime de homicídio, independentemente do número de mediadores empregados e de qual o instrumento que acaba por consumir o facto (...)". Este **único** facto é dominado pelo homem de trás, ainda que, precisamente devido à fungibilidade de serventes, não precise de controlar o seu comportamento individual. Não é exacto que a existência de um único crime de homicídio pelo homem de trás constitua uma "questão de concurso" que em nada altera a diversidade dos actos materiais de homicídio<sup>18</sup>; o homem de trás empreende desde logo apenas um homicídio, ainda que, eventualmente, se sirva de diversas pessoas para a sua efectivação. RENZIKOWSKI<sup>19</sup>, ao afirmar que "acções hipotéticas de terceiros" (isto é, o substituto que toma o lugar do carrasco que falta) não são relevantes em Direito Penal, esquece que o funcionamento do aparelho é uma realidade, não uma hipótese. O "domínio da causa substitutiva"<sup>20</sup> assegura a realização do facto típico, podendo perfeitamente ser usada para confirmar o domínio do facto; pois leva a que não dependa da actuação responsável do autor material ser a exortação ao crime seguida ou deixar o facto de ter lugar, ao contrário do que acontece na instigação.

Afirma-se contra o domínio de organização, em terceiro lugar, que falha em caso de utilização de especialistas não permutáveis, que não podem portanto ser substituídos e são indispensáveis para o sucesso do plano criminoso<sup>21</sup>. Isto é efectivamente verdade. Quando o serviço secreto de um regime criminoso ou o dirigente de uma organização terrorista escolhem, para determinado ataque, um indivíduo que é o único a dispor do know-how necessário para a sua realização, ou é o único a ter acesso à vítima, não se verifica autoria mediata mas instigação, na medida em que os homens de trás não possam exercer autoria mediata através do uso de coacção.

Mas o domínio de organização também não é talhado para eventos singulares como esses, mas para factos que apresentam características semelhantes e que são realizáveis por pessoas fungíveis, como acontecia com os assassinatos

<sup>15</sup> Rotsch (nota 14), 528.

<sup>16</sup> Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, 89.

<sup>17</sup> Rotsch (nota 14), 530.

<sup>18</sup> Rotsch (nota 14), 530.

<sup>19</sup> Renzikowski (nota 16), 89.

<sup>20</sup> SK<sup>6</sup>-Hoyer, § 25 / 90; Ambos (nota 8), 598; ambos consideram aquele ponto de vista inadequado para fundar o domínio do facto.

<sup>21</sup> Schroeder (nota 10), 178; Freund, AT, 1998, § 10 / 92; Ambos (nota 8), 598.



do nacional-socialismo e com os tiros no muro. AMBOS<sup>22</sup>, ao afirmar que "(...) a pretensão de validade geral do critério da fungibilidade é desmentida por um só caso não enquadrável no molde", está a ignorar que o domínio de organização não é uma receita patenteada que reivindique validade em qualquer caso concebível, independentemente das circunstâncias concretas. Trata-se antes de um modelo cujos elementos constitutivos têm que ser comparados com a realidade em cada caso. Esta figura jurídica afasta a possibilidade de co-autoria e instigação no âmbito de aparelhos organizados de poder só por via de regra não tendo que ser assim em todo e qualquer caso. De todo o modo, os argumentos dos que entendem haver geralmente, não autoria mediata, mas co-autoria ou instigação, merecem uma apreciação mais detalhada.

#### IV. A TEORIA DA CO-AUTORIA

Uma série de autores consideram que o homem de trás que ordena a prática de factos puníveis no âmbito de aparelhos organizados de poder não é autor mediato, mas antes co-autor<sup>23</sup>. A negação de autoria mediata decorre da suposição de que esta forma de autoria não pode existir se o autor material for plenamente responsável. Mas isto não é exacto. Dado que o domínio da acção do executante e o domínio da vontade do agente anterior decorrem de pressupostos diferentes, podem perfeitamente co-existir, como já foi afirmado no início: O executante domina o facto concreto com a sua própria actuação (domínio da acção), e o homem de trás domina-o através do domínio sobre a organização (domínio de organização) que o torna independente da individualidade do executante. Em contrapartida, há três razões fundamentais para negar a co-autoria.

Em primeiro lugar, falta a decisão conjunta de prática do facto que, de acordo com doutrina vastamente dominante, é pressuposto de qualquer "execução conjunta", na acepção de co-autoria. Homem de trás e executante geralmente não se conhecem, não decidem nada em conjunto e também não se consideram responsáveis equiparados pela decisão. A execução de uma ordem que está em causa nestes casos decorre de um comando e não de uma resolução comum. Afirmam JESCHECK/WEIGEND:<sup>24</sup> "A comunhão da decisão de prática do facto é criada pela consciência de dirigente e executante de que determinado facto ou vários factos do mesmo género serão realizados de acordo com as instruções da direcção." Contudo, a consciência de ser destinatário de instruções não constitui qualquer decisão conjunta. OTTO<sup>25</sup> entende que "o executante

<sup>22</sup> *Ambos* / nota 8), 596.

<sup>23</sup> *Baumann/Weber*<sup>10</sup>, § 29 III 2 d, V 3 e; *Jakobs*, AT<sup>2</sup>, 21/103 e notas 190, 191; *Jescheck*, NStZ 1995, 26 f.; *Jescheck/Weigend*, AT<sup>3</sup>, § 62 II 8; *Otto*, AT<sup>6</sup>, § 21 IV 3 d; *SK<sup>3</sup>-Samson*, § 25, / 36 (agora no mesmo sentido que o aqui defendido, *SK<sup>6</sup>-Hoyer*, § 25, / 87 ss.).

<sup>24</sup> *Jescheck/Weigend* (nota 23).

<sup>25</sup> *Otto* (nota 23).

faz concludentemente seu o plano criminoso". Todavia, este "fazer seu" não constitui qualquer decisão conjunta. De outro modo, a instigação bem sucedida (a determinação à prática do facto) constituiria uma decisão conjunta de prática do facto, o que não é compatível com o § 26 do StGB. BAUMANN/WEBER<sup>26</sup> ensinam que a co-autoria não impõe qualquer contacto pessoal entre os intervenientes nem um planeamento conjunto; basta o "acordo tácito". Mas tal alarga desmesuradamente a co-autoria, quando aplicado à constelação de circunstâncias aqui em causa. A execução do plano de um desconhecido, num momento que este desconhece e em local que também desconhece não pode ser considerada execução conjunta. JAKOBS<sup>27</sup>, conseqüentemente, renuncia inteiramente ao critério da resolução conjunta de prática do facto, sacrificando assim, de modo contrário à lei, a exigência de prática "em conjunto" do facto.

Em segundo lugar, também falta a execução conjunta do facto. O "criminoso de secretária" não faz nada por si próprio, "não suja as mãos", antes utiliza "instrumentos" para executar a sua vontade. Se é necessário um contributo essencial na fase da execução para que possa existir co-autoria, como defendo e é exigido pelo artigo 26º do Código Penal português, não é logo à partida possível falar de co-autoria nas situações em que o ordenante não intervém na fase da execução e, na maior parte dos casos, nem sequer conhece o local e o momento da execução<sup>28</sup>. Mas mesmo que se concordasse com a jurisprudência alemã, que entende ser suficiente para a co-autoria uma colaboração prestada na fase preparatória, não seria possível encontrá-la aqui. O único contributo do homem de trás para o facto consiste em planeá-lo e desencadeá-lo. Mas aí não se encontra qualquer execução conjunta. De outra forma, a decisão de praticar o facto integraria a sua execução e a instigação seria uma forma de autoria mediata, o que não é compatível com a concepção legal das formas de comparticipação. Tampouco é possível falar de "divisão de trabalho", hoje geralmente considerada elemento central da co-autoria, no caso de o titular do poder deixar aos órgãos executivos a totalidade da efectivação da sua ordem.

Em terceiro lugar, caso se entendesse existir co-autoria ficaria diluída a diferença estrutural entre autoria mediata (a execução "por intermédio de outrem") e a co-autoria (a execução "conjunta"), o que levaria a que a linha de divisão entre as duas formas de autoria se tornasse confusa em termos dubiosamente compatíveis com o princípio do Estado de Direito. A autoria mediata tem estrutura vertical (no sentido de um decurso de cima para baixo, do desencadeador para o executante) enquanto a co-autoria está estruturada horizontalmente (no sentido de uma posição síncrona e paralela dos co-autores). Como afirma acertadamente BLOY<sup>29</sup>, "A presença de comportamentos coordenados de forma indubitavelmente vertical, nos quais o papel dos homens de

<sup>26</sup> Baumann/Weber<sup>10</sup>, § 29 IV 1.

<sup>27</sup> Jakobs (nota 23), 27.

<sup>28</sup> Também neste sentido Figueiredo Dias (nota 7), 102.

<sup>29</sup> Bloy (nota 9), 440.

trás está orientado à partida para a realização da totalidade do facto por terceiro, aponta claramente no sentido de se tratar de autoria mediata e não de co-autoria."

A concepção de BOCKELMANN<sup>30</sup> constitui uma variante da tese da co-autoria. Considera "o assassino de secretária (...) e os seus serventes" autores paralelos, pois "um domínio do facto mediante domínio integral do facto" constitui para si "uma representação dificilmente concebível". Mas também existem muitas outras variantes do autor por trás do autor que executa integralmente o crime. E o recurso à figura da autoria paralela ignora o facto de que "assassinos de secretária" e "serventes" não andam por aí desgarrados um do outro, como acontece com os autores paralelos, antes se encontram ligados pelo modo característico da autoria mediata: o "assassino de secretária" comete o facto "através de outro" (§ 25, n.º 1, segunda alternativa), nomeadamente através do respectivo, geralmente anónimo, "servente"<sup>31</sup>.

## V. A TEORIA DA INSTIGAÇÃO

Desde a decisão BGHSt 40, p. 218, têm vindo a surgir defensores de nomeada da teoria que considera o homem de trás instigador, que tinha desaparecido do debate. HERZBERG e ROTSCH, em particular, devolveram peso a esta concepção em estudos detalhados. "Hitler, Himmler e Honecker não praticaram como autores os crimes que comandaram, mas provocaram-nos como instigadores", diz HERZBERG<sup>32</sup>. ROTSCH<sup>33</sup> defende que nos casos de tiros no muro se pode "sem dificuldade" afirmar a existência de instigação. Também KÖHLER<sup>34</sup> e RENZIKOWSKI<sup>35</sup> defendem esta construção.

Na realidade, a solução da instigação é preferível à da co-autoria. A instigação apresenta, como a autoria mediata, estrutura vertical, e consiste como esta no simples desencadear de um evento praticado por outro. Mas o elemento distintivo assenta em o instigador não dominar a execução do facto, a realização do facto típico não depender da sua vontade. É diferente o que acontece no caso do criminoso de secretária: este é o elemento central dominante dos crimes que ordena; os carrascos executantes são também responsáveis como autores devido ao domínio dos seus próprios actos, mas não podem disputar ao ordenante o domínio superior da sua vontade, resultante do controlo do aparelho.

Quando Hitler ou Estaline mandavam matar os seus opositores, tal era obra sua (embora não só sua). A afirmação de que deixavam aos subordinados a decisão sobre se os factos ordenados seriam efectuados contraria princípios sensatos de imputação social, histórica e, até, jurídica. Outras diferenças na

<sup>30</sup> Bockelmann/Volk, AT<sup>4</sup>, § 24.

<sup>31</sup> Concordantemente Figueiredo Dias (nota 7), 102.

<sup>32</sup> Herzberg (nota 13), 48.

<sup>33</sup> Rotsch (nota 14), 562; cfr. já neste sentido o mesmo autor, em NSTZ 1998, 491.

<sup>34</sup> Köhler, AT, 1997, 510.

<sup>35</sup> Renzikowski (nota 16), 87 ss.



estrutura de relacionamento confirmam também um domínio do criminoso de secretária que não se encontra no instigador: este tem que encontrar um autor, enquanto o criminoso de secretária tem apenas que dar uma ordem; o instigador tem que entrar em contacto com o potencial autor, ganhá-lo para o seu plano e, eventualmente, vencer a sua resistência; o ordenante na hierarquia de um aparelho de poder está poupado a tudo isso.

AMBOS<sup>36</sup> sublinha agora também com razão "a impossibilidade, assente nos factos, de comparar o comportamento do organizador e ordenante de crimes em massa com o de um simples instigador à prática de determinado facto". Do mesmo modo observa também ROGALL<sup>37</sup>, no "Festgabe aus der Wissenschaft", colectânea de estudos dedicados ao BGH, que caso o dirigente de um aparelho de poder seja punido apenas como instigador, "não resultará claro que a execução material da violação do direito através de instigação tenha sido obra sua". Por esta razão, a imputação à autoria mediata será "a solução mais plausível". Em termos inteiramente correspondentes observa também FIGUEIREDO DIAS<sup>38</sup> que nos aparelhos organizados de poder o homem de trás tem um domínio do facto ainda mais efectivo do que na utilização de instrumentos induzidos em erro, incapazes de culpa ou coagidos.

## VI. O ALARGAMENTO DO DOMÍNIO DE ORGANIZAÇÃO A EMPRESAS ECONÓMICAS

A figura da autoria mediata através de aparelhos organizados de poder não constitui assim em si de forma alguma um "alargamento excessivo da autoria", como entende HERZBERG<sup>39</sup>. Todavia, sê-lo-á de facto caso a construção seja, sem mais, transferida para o desencadeamento de comportamentos delituosos por dirigentes de explorações económicas e outras organizações hierarquizadas, como tem sido feito crescentemente na jurisprudência alemã recente. Este desenvolvimento tinha já sido deixado em aberto no acórdão BGHSt 40, pp. 218 e ss. A 5ª Secção merece concordância quando afirma (op. cit, p. 237) que "uma autoria mediata assim entendida terá de ser ponderada, não só em caso de abuso de competências do poder central, mas também em casos de crime organizado de tipo mafioso". Acrescente-se que, como já referido no início, o domínio de organização tem também outro vasto campo de aplicação em organizações terroristas que têm à sua disposição numerosos executores substitutíveis. Mas a decisão vai demasiado longe quando prossegue:

<sup>36</sup> Ambos (nota 8), 593. Nos casos que, em seu entender, não podem ser abrangidos pelo critério da fungibilidade, Ambos, invocando Murmann (nota 10, 273 s.) pretende recorrer à construção dos crimes de dever que desenvolveu noutro contexto, fazendo decorrer uma autoria dos homens de trás do dever de protecção pelo Estado dos seus cidadãos (nota 8, 599 s.). Parece-me duvidoso que tal construção seja necessária no âmbito do domínio de organizações. Mas para a responsabilidade de dirigentes em empresas também preconizo esta solução (cfr. *Infra*, nota 53 e texto adjacente).

<sup>37</sup> Rogall, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. IV, 2000, 338 ss. (427).

<sup>38</sup> Figueiredo Dias (nota 7), 102.

<sup>39</sup> Herzberg (nota 13), 47.



Também pode ser solucionado deste modo o problema da responsabilidade na exploração de empresas económicas".

Na realidade, aqui falta a fungibilidade dos executantes que se encontra em organizações que funcionam à margem do Direito relativamente aos factos criminosos que praticaram (por exemplo, homicídios). Este afastamento do Direito<sup>40</sup> encontra-se em crimes de Estado, em delitos terroristas e nos casos de criminalidade organizada. Mas quando, numa empresa que participa na actividade económica no quadro da ordem jurídica, o dirigente de uma secção exige a um empregado que proceda à falsificação de um documento, aquele será apenas, caso esta seja efectuada, instigador do facto praticado como autor pelo empregado. Numa organização que funciona no quadro do Direito só se pode esperar que instruções ilícitas não sejam seguidas, como expressamente prescrevem, por exemplo, as Beamtengesetze (Estatuto dos Funcionários).

Um exemplo de tal alargamento excessivo encontra-se na decisão sobre a eutanásia BGHSt 40, p. 257<sup>41</sup>. O filho e o médico assistente de um paciente tinham instruído o pessoal auxiliar para suspender o tratamento; foram condenados pelo BGH, apenas por esta razão, como autores materiais do homicídio eventualmente praticado. A passagem determinante é do seguinte teor: "Tendo em consideração (...) a competência assumida pelos dois arguidos para dar instruções, um como filho e curador com poderes de representação, o outro como médico assistente, por um lado, e o papel subordinado do pessoal auxiliar, normalmente actuando apenas em função de instruções recebidas, por outro, não pode subsistir qualquer dúvida relativamente aos dois arguidos, quer do ponto de vista subjectivo da vontade de autoria, quer quanto ao pressuposto objectivo do domínio do facto." Todavia, não existe aqui domínio de organização, não só por falta de fungibilidade do chefe do serviço auxiliar competente para dar seguimento às instruções, mas também porque um Hospital não funciona à margem do Direito relativamente à proibição do homicídio, antes o observa estritamente. No caso concreto o chefe do serviço auxiliar também não tinha seguido as instruções, mas antes evitado o homicídio. Faltava assim o domínio do facto pelos homens de trás. Ainda que pudessem ser utilizados outros executantes, também se poderia e deveria esperar deles que, apercebendo-se da ilicitude do homicídio, se recusassem a cumprir as instruções. Havia, portanto, apenas instigação.

Outras decisões tomaram o caminho do acórdão da eutanásia<sup>42</sup>. Uma decisão de 1997, da 2ª Secção<sup>43</sup> pune os gestores de uma sociedade por quotas

<sup>40</sup> Quanto ao critério que tenho por necessário do alheamento do direito e à polémica com *Ambos* (nota 3), 243 e ss., cfr. Expressamente *Roxin*, Grünwald-FS, 1999; sobre *Ambos* e contra o critério do alheamento de direito cfr. *Rotsch* (nota 14), 533 ss. Fortemente no sentido da posição que defendo *Figueiredo Dias*, no volume colectivo do Congresso de Huelva (nota 7). Fazendo o ponto da situação *Ambos* (nota 8), 606 ff., omnde são apresentados ainda mais defensores da posição que sustento.

<sup>41</sup> A este respeito v. *Rönnau*, JA 1996, 108.

<sup>42</sup> Mais detidamente quanto às duas decisões a seguir referidas *Roxin* (nota 6), 616 f.; *Rotsch* (nota 14), 553 ss.

<sup>43</sup> BGH NSTZ 1997, 544.

como autores mediatos de uma descarga de resíduos perigosa para o ambiente (§ 326 do StGB). O "domínio do facto sustentado pela vontade de autoria" dos gestores é deduzido do facto de terem "aberto e apontado (...) a via" para a descarga ilegal de resíduos. Todavia, abrir e apontar a via para a prática do facto punível é o típico papel do instigador (e muitas vezes o auxílio técnico prestado pelo cúmplice). De qualquer modo, aquela circunstância não basta só por si para constituir domínio do facto. Um acórdão da 4ª Secção, do mesmo ano<sup>44</sup>, puniu os gestores de uma sociedade por quotas como autores mediatos das burlas praticadas pelos empregados, embora não pudesse ter sido "verificado qualquer efeito concreto ou mesmo conhecimento actual dos arguidos sobre cada encomenda de mercadorias". "Autor através de autoria mediata" pode ser "qualquer pessoa que utilize, através de estruturas organizacionais, um determinado enquadramento que desencadeie uma sequência regular". Isto foi afirmado pelo BGH "também em relação a actividades empresariais". Não é, todavia, explicado em local algum como pode existir domínio do facto relativamente a um evento sobre o qual os arguidos nem sequer puderam influir. O domínio do facto é aqui utilizado apenas para imputar a título de autoria qualquer responsabilidade ao nível da direcção de uma empresa, ainda que indirecta. Todavia, o conceito não se adequa para aquele efeito.

Este afastamento da jurisprudência do domínio de organização foi possibilitado por o BGH, na sua marcante decisão sobre o "Conselho de Defesa Nacional", ter, para fundamentar a existência de autoria mediata, recorrido a dois outros pontos de vista: o primeiro de que o homem de trás utiliza "a disposição incondicional do agente material para realizar o facto típico", o segundo de que quer "o resultado como produto da sua própria actuação" (BGHSt 40, p. 236).

O primeiro ponto de vista tem origem em Friedrich Christian SCHROEDER, que vê o fundamento da autoria mediata, nos casos de domínio de organização, no aproveitamento da decisão pre-existente no executor de praticar o facto<sup>45</sup>. Mas este entendimento não é acertado, e é também maioritariamente rejeitado pela doutrina<sup>46</sup>. Pois mesmo que o executor se ofereça para praticar o facto, estando fora de dúvida que está decidido a fazê-lo, não há dúvidas de que se verifica apenas instigação. Além disso, a essência do domínio de organização reside precisamente em, dada a permutabilidade dos executores, não relevar sequer a decisão de prática do facto de cada um. E no âmbito de empresas que funcionam dentro do Direito não há qualquer ensejo para os empregados serem mais predispostos a aceder a propósitos criminosos do que quaisquer outras pessoas<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> BGH wistra 1998, 148.

<sup>45</sup> Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, 152 e *passim*.

<sup>46</sup> Ambos (nota 3), 230; Herzberg (nota 2), 49; Rotsch, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, 1998, 143; Rotsch (nota 14), 525 f.; Roxin, JZ 1995, 51; Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, 186.

<sup>47</sup> Encontram-se outros argumentos contra a tese de Schroeder em Rotsch (nota 14), 525 f.

O segundo ponto de vista reconduz à teoria subjectiva, que não é compatível com a teoria do domínio do facto e, de qualquer forma, é inutilizável devido à sua formalidade sem conteúdo. Dizer que as pessoas que integram a direcção da empresa teriam querido como actuação sua os factos puníveis dos seus empregados é uma expressão que nada diz. Mais apropriadamente formulado seria dizer que teriam querido os factos criminosos como resultado da actuação dos seus empregados.

Assim, a tentativa do BGH de resolver o problema da responsabilidade na exploração de empresas económicas recorrendo à construção da autoria mediata através de aparelho organizado de poder também foi rejeitada pela grande maioria da doutrina<sup>48</sup>. Não obstante, não se pode negar que subsiste a necessidade de responsabilizar o pessoal dirigente das empresas a título de autoria pelas infracções praticadas no quadro da empresa pelos seus empregados, caso as tenham desencadeado, proporcionado ou indevidamente não evitado. Portanto SCHÜNEMANN<sup>49</sup> e MUÑOZ CONDE<sup>50</sup>, rejeitando a autoria mediata, defendem a existência de co-autoria, limitada aos casos de criminalidade empresarial, e que SCHÜNEMANN<sup>51</sup> retira da "dupla contribuição de um garante (simultaneamente como interveniente na omissão e participante activo)"<sup>52</sup>.

A ideia de SCHÜNEMANN conduz ao caminho certo, ainda que eu não o siga na adição de omissão e acção para chegar à co-autoria. É antes a posição de garante do empresário que faz dele autor segundo as regras dos crimes de dever, quer a sua contribuição para o facto consista num agir, quer consista no simples deixar acontecer o que é responsável por evitar. Esta "autoria mediata através de posição de dever" pode ser considerada uma forma autónoma de autoria mediata<sup>53</sup>. Já é presentemente acolhida no artigo 13 do denominado Corpus juris que estabelece disposições penais para a protecção dos interesses financeiros da União Europeia, que é do seguinte teor: "Se for praticado um facto punível por conta da empresa por uma pessoa que esteja sujeita à autoridade do director da empresa ou de outra pessoa com poder de decisão ou controlo na empresa, esta é penalmente responsável caso tenha tido conhecimento da prática do facto, tenha dado instruções para a sua prática, tenha deixado o facto ser praticado ou não tenha tomado as medidas de controlo

<sup>48</sup> Ambos (nota 3), 226, 239; Kühl (nota 2), n.º 73 b; Murmann (nota 10), 269; Rotsch (nota 46), 144 ff.; Rotsch (nota 2), 491, 493 ss.; Rotsch, wistra 1999, 321, 327; Roxin, JZ 1995, 49, 51; Roxin (nota 6, 682 f.; Schünemann, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Volume IV, 2000, 629 ss. No sentido do BGH, todavia, Ransiek, Unternehmensstrafrecht, 1996, 46 ss.

<sup>49</sup> Schünemann (nota 48), 628 ss.; também Dierlamm (nota 2), 569.

<sup>50</sup> Muñoz Conde, Roxin-FS, 2001, 623 s.; Muñoz Conde, Revista Penal, 2002, 59.

<sup>51</sup> Schünemann (nota 48), 632.

<sup>52</sup> Algo hesitante é a tomada de posição de Figueiredo Dias (nota 7), 106, que por princípio nega a autoria mediata, mas pondera a sua aplicação em Direito Penal secundário.

<sup>53</sup> Sobre o conjunto do problema v. Tiedemann, Nishihara-FS, 1998, 496 ss., que prevê, para um código penal europeu modelo uma forma própria de autoria, a «responsabilidade por comportamento alheio».

necessárias." Enquanto não tivermos um preceito como este no StGB será possível retirar uma autoria por omissão da posição de garante dos membros da direcção; esta não é excluída por o garante que não evitou o resultado ter ainda participado activamente no delito. Todavia, não se trata de casos de activo domínio do facto.

Isto conduz-nos à conclusão: a autoria mediata através de aparelhos organizados de poder é uma figura jurídica produtiva, que se afirma contra muitas objecções, que permite punir como autores os agentes anteriores, sobretudo, em crimes de Estado e nos crimes da criminalidade organizada e do terrorismo. Estará, porém, a ser puxada para além dos seus limites caso se queira aplicá-la a todas as relações hierárquicas ou atribuir o domínio do facto ao pessoal dirigente de empresas económicas relativamente a infracções criminais praticadas por subordinados no quadro da empresa, sem tomar em consideração que forma assumiu a sua contribuição para os factos. Aqui terão que surgir outras construções que complementem o domínio de organização. Constatou-me que também o Bundesgerichtshof alemão está a ponderar desenvolvimentos da jurisprudência actual em relação a determinadas constelações. Esperemos por elas, e pela continuação do desenvolvimento da discussão internacional!

Munique, Setembro de 2002