

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO CRIME ORGANIZADO

Gabriela Ferreira Garcia

Presidente Prudente/SP
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO CRIME ORGANIZADO

Gabriela Ferreira Garcia

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr.
Glauco Roberto Marques Moreira.

Presidente Prudente/SP
2018

A AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO CRIME ORGANIZADO

Trabalho de curso aprovado como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Glauco Roberto Marques Moreira
Orientador

Larissa Aparecida Costa
Examinadora

Claudio José Palma Sanchez
Examinador

Presidente Prudente, 13 de novembro de 2018

Felizes as nações (se há algumas) que não esperaram que revoluções lentas e vicissitudes incertas fizessem do excesso do mal uma orientação para o bem, e que, mediante leis sábias apressaram a passagem de um para o outro.

Cesare Beccaria

Dedico este trabalho aos meus pais, esteio de toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pela benção e força para alcançar esse objetivo.

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Glauco Roberto Marques Moreira pela confiança, pelo auxílio e por transmitir seus conhecimentos de maneira leal.

Aos meus pais pelo amor, por incentivar e apoiar sempre de maneira incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente contribuíram.

RESUMO

O presente trabalho analisa a autoria e participação dentro do crime organizado, demonstrando os conceitos, teorias e a evolução da autoria e participação dentro do Direito Penal. Analisa também a figura do Direito Penal Moderno, pois com o fenômeno da globalização, avanços tecnológicos e científicos, trouxeram benefícios à sociedade, mas também novas ameaças, novos meios de se cometer delitos e a criminalidade organizada se encontra dentro deste contexto, por utilizar a globalização a seu favor na busca de lucro e poder. O trabalho também estuda o crime organizado, demonstrando brevemente sua origem, características e conceitos, bem como a Lei nº 12.850/2013. Teve como finalidade demonstrar a necessidade de uma nova postura do direito penal perante a figura do crime organizado bem como encontrar a teoria mais adequada para imputação dos integrantes do crime organizado principalmente quanto ao líder das organizações criminosas, pois afinal ele é considerado autor ou partícipe? Quanto a isso, a teoria mais relevante para o estudo foi a teoria do domínio do fato, que conceitua autor aquele que tem o domínio do fato, aquele que tem o controle da situação fática, e a figura do partícipe viria como exclusão sendo aquele que não possui o domínio do fato. O trabalho utilizou da doutrina e jurisprudência para o estudo, usando o método dedutivo para conclusões.

Palavras-chave: Autoria. Participação. Direito Penal Moderno. Crime Organizado. Teoria do domínio do fato.

ABSTRACT

The present work analyzes the authorship and participation in organized crime, demonstrating the concepts, theories and the evolution of authorship and participation within the Criminal Law. It also analyzes the figure of Modern Criminal Law, because with the phenomenon of globalization, technological and scientific advances have brought benefits to society, but also new threats, new means of committing crimes and organized crime is within this context, to use the globalization in their favor in the pursuit of profit and power. The work also studies organized crime, briefly showing its origin, characteristics and concepts, as well as Law no. 12.850/2013. It aimed to demonstrate the need for a new stance of criminal law before the figure of organized crime as well as find the most appropriate theory for imputation of members of organized crime mainly as the leader of criminal organizations, because after all he is considered an author or participant? In this respect, the most relevant theory for the study was the theory of the domain of fact, which conceptualizes author who has the domain of fact, who has control of the factual situation, and the figure of the participant would come as exclusion being the one who does not possess the domain of fact. The work utilized the doctrine and jurisprudence for the study, using the deductive method for conclusions.

Keywords: Authorship. Participation. Modern Criminal Law. Organized crime. Theory of the domain of fact.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 EVOLUÇÃO DA AUTORIA NO DIREITO PENAL TRADICIONAL AO MODERNO	10
2.1. Do Direito Penal tradicional ao moderno breves apontamentos	10
2.2. Da autoria e participação no Direito Penal Brasileiro	13
2.2.1. Da autoria e participação no Direito Penal tradicional	15
2.2.2. Da autoria e participação no Direito Penal moderno.....	16
3 DA AUTORIA E PARTICIPAÇÃO: CONCEITO, TEORIAS E ESPÉCIES.....	18
3.1. Da autoria e participação conceito	18
3.2. Teorias sobre autoria aplicáveis ao Crime Organizado	22
3.3. Espécies de autoria.....	24
4 DO CRIME ORGANIZADO E AUTORIA.....	26
4.1. Breves considerações sobre Crime Organizado.....	26
4.2. Características do Crime Organizado e Imputação dos mandantes.....	28
4.3. Da teoria do domínio do fato pelo domínio de um aparato organizado de poder e o Crime Organizado.....	32
5 A AUTORIA NOS CRIMES DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E A NECESSIDADE DE UMA NOVA POSTURA DO DIREITO PENAL.....	35
5.1 A necessidade de uma nova postura do direito penal frente a autoria no crime organizado	35
5.2 A importância da Teoria do Domínio do Fato para fins de imputação dos líderes no Crime Organizado	39
6 CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho procurou trazer breves apontamentos sobre o Direito Penal Tradicional e o Moderno, passando por autores como Beccaria e Silva Sánchez, para demonstrar a necessidade de uma nova postura do Direito Penal diante das novas ameaças à sociedade, diante à novos delitos. Sendo assim, pode-se dizer que com os avanços tecnológicos e científicos surgiram novos riscos, novas formas de delitos à sociedade, de modo que um Direito Penal Clássico não conseguiria combater ou conter, tornando-se necessária uma nova postura do Direito Penal e assim fala-se em uma expansão do Direito Penal ou chamado de Direito Penal Moderno e demonstra também como a criminalidade organizada se encontra dentro deste cenário, sendo uma nova forma de ameaça.

Também preocupou-se em trazer conceitos, teorias e espécies sobre a autoria e participação e sua evolução dentro do direito penal para então encontrar qual a melhor teoria a ser aplicada na imputação dos integrantes no crime organizado, pois a problemática, na verdade, se encontra ao tentar definir se o líder da organização criminosa é autor ou partícipe e em busca de uma resposta o estudo trouxe o conceito unitário, restritivo e extensivo de autor bem como o estudo da teoria do domínio do fato como forma de uma punição justa para aquele que planeja e emite ordens à serem cumpridas.

Não pôde deixar de tratar da breve origem do crime organizado, seu conceito e como o ordenamento jurídico trata de tal delito, hoje está vigente a lei 12.850/2013 que trouxe o conceito de crime organizado, trazendo as condutas típicas dos integrantes e agravantes. O trabalho cuidou em arrolar também algumas das características mais marcantes do crime organizado como a transnacionalidade, a hierarquia, divisão de funções e que visa o lucro entre outras, que torna-se relevante para entender melhor como o crime organizado atua na sociedade e como é dificultoso punir o homem de trás, o que dá ordens, por ele não executar a conduta típica e assim quase não aparecer.

O estudo da autoria na criminalidade organizada dentro de um direito penal moderno é um tema muito relevante para os dias atuais, pois é um crime novo que se utiliza da globalização e meios tecnológicos para prática dos delitos e para uma melhor imputação daquele que planejou todo o esquema, para aquele que deu

as ordens e tem o poder de controlar o que acontece é necessário o estudo das teorias para encontrar a que melhor se aplica e para isso o estudo da Lei nº 12.850/2013 pode nos trazer um entendimento de que ele deva ser considerado também autor do crime, pois a lei traz uma agravante para o comandante da organização criminosa.

Por fim, foi demonstrado a importância da teoria do domínio do fato para o estudo, uma vez, que nos possibilita punir o líder da organização criminosa como autor e não como mero partícipe, sendo que, inclusive foi aplicada em um dos casos de corrupção de maior repercussão no Brasil que foi o Mensalão (ação penal nº 470).

O trabalho foi baseado em pesquisa bibliográfica, usando de doutrina e artigos científicos bem como livros para alcançar conclusões, o método foi o dedutivo.

2 EVOLUÇÃO DA AUTORIA NO DIREITO PENAL TRADICIONAL AO MODERNO

É essencial analisarmos, em primeiro lugar, o direito penal tradicional, expondo conceitos e ideais, passando logo depois para o direito penal moderno, sendo possível a partir desta análise verificar a evolução do direito penal como um todo.

A análise entre as diferenças do direito penal clássico e o contemporâneo será de grande relevância, pois assim teremos uma noção introdutória, sobre o que é o direito penal clássico e moderno, para posteriormente estudarmos a figura da autoria e participação dentro de cada um deles.

2.1 Do Direito Penal Tradicional ao Moderno breves apontamentos

O Direito Penal tradicional, também chamado de Direito Penal Clássico, pode ser entendido como o Direito Penal motivado pelo iluminismo, ou seja, tendo como base as ideias iluministas.

Podemos citar uma das figuras mais relevantes que representa as ideias iluministas, qual seja, Cesare Beccaria, com seu livro “Dos delitos e das penas” traz a ideia de que os cidadãos concedem parte de sua liberdade ao Estado, para que este garanta a ordem e segurança daqueles, como vemos especificamente no seguinte trecho do livro (BECCARIA, 1999, p. 27):

Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador.

Pode verificar-se que Beccaria considera o Estado como administrador, significa dizer que ele deve garantir a tranquilidade e a segurança dos cidadãos. Assim como Locke, como diz Emílio Shimamura (SHIMAMURA, 2008, p. 19) em seu artigo, ele entendia que o contrato social era um modo de garantir a preservação das liberdades individuais, e também há a figura de Rousseau, que foi um “contratualista democrático”, a ideia era de um contrato social.

Porém, não é só Beccaria que marca o Direito Penal Clássico, há também Francesco Carrara, que foi inspirado pelo iluminismo, é autor do “Programa del corso di diritto criminale” (1859). Carrara definia o crime como “un ente giuridico, perchè la sua essenzialità deve consistere impreteribilmente nella violazione di un diritto” (CARRARA, 1897, p.10), e com isso podemos notar que traz o crime como a violação de uma tutela do estado, passando a ser um “ente jurídico”. Quanto à pena, é tida como tutela jurídica, ou seja, como proteção aos bens jurídicos tutelados penalmente (MIRABETE, 2010, p. 20).

Os princípios básicos das ideias iluministas são trazidos por Ney Moura Teles em seu livro “Direito Penal”, assim como se segue (TELES, 1996, p.56):

Seus princípios básicos são: 1. o crime é um ente jurídico, é, pois, a violação do direito; 2. a responsabilidade penal funda-se na liberdade do homem, pois só pode ser punido aquele que agiu livremente; 3. a pena é a retribuição jurídica do mal, restabelecendo-se, assim, a justiça.

Portanto a intervenção do Direito Penal só se daria com a violação dos bens jurídicos, com a violação do direito e o direito de punir do Estado deve ser exercido de forma equilibrada, a pena deve ser derivada de uma absoluta necessidade, aplicada como uma retribuição e para proteção aos bens jurídicos.

Sabe-se que o direito penal protege bens jurídicos e pode-se dizer que a expansão do direito penal trata-se da existência de novos bens jurídicos a serem protegidos, essa é a ideia defendida por Silva Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.33), que diz:

O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, já à aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes -, já ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal. As causas da provável existência de novos bens jurídicos penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência (...) (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.33).

Visto o disposto acima, podemos verificar que Silva Sánchez considera o surgimento desses novos bens jurídicos, ou ainda, o aumento na valoração de bens jurídicos já existentes, pela ocorrência de situações que não se verificava antes.

Contudo, podemos ter uma ideia do que seja o Direito Penal Moderno, do qual se entende corresponder ao surgimento de novos delitos, regras e princípios no período pós-industrial, pois com os avanços tecnológicos e científicos gerou um maior risco a coletividade, pois são perigos desconhecidos ou mesmo imprevisíveis.

Essa ideia de Direito Penal Moderno pode ser verificada pela autora Mariana Tranchesi Ortiz (ORTIZ, 2011, p. 26). A autora menciona que o objeto de tutela do Direito Penal Moderno deixa de ser os bens jurídicos individuais e passa a ser “os bens coletivos, difusos ou metaindividuais” e que para a proteção desses bens não basta a estrutura tradicional do Direito Penal Clássico, da qual é orientada a ideia de lesão ao bem jurídico individual protegido, e “alguns mecanismos de antecipação de tutela passa a ser necessário” (ORTIZ, 2011, p. 27).

Pontuando que assim como os avanços trouxeram benefícios à sociedade também trouxeram consigo novos perigos à coletividade e para solução desses novos perigos o Direito Penal deve aderir mecanismos de antecipação.

Assim como verificado acima houve uma evolução do direito penal, antes havia uma preocupação, ou melhor, um foco maior aos bens jurídicos individuais e conforme os avanços tecnológicos e científicos foram surgindo novas formas de cometer crimes também, novas formas de perigos aos cidadãos e, portanto, uma preocupação com os bens jurídicos coletivos.

Analisando todo o disposto acima podemos dizer que o Direito Penal Clássico não estaria apto para controlar o Crime Organizado, pois seus meios investigativos foram criados focando em uma criminalidade pré-industrial protegendo valores clássicos como a vida, integridade física, entre outros e a criminalidade organizada é típica de uma sociedade pós-industrial ou da chamada era “digital”, e assim também sustenta Luiz Flávio Gomes (GOMES, 1997, p. 66), em suas palavras, o Direito Penal Clássico tem como base “a responsabilidade individual, que é pouca adequada para conter a criminalidade de pessoas jurídicas” e “a individualização da pena torna-se muito difícil diante de grandes associações comandadas por planejadores que nunca aparecem”, o autor ainda afirma que “o Direito Penal Clássico é repressivo e o correto é reagir preventivamente contra o crime organizado” (GOMES, 1997, p. 67).

Entendendo isto, poderemos analisar as figuras da autoria e da participação neste cenário, ou seja, tanto no direito penal tradicional quanto no moderno e assim verificar sua evolução entre como era vista antes e atualmente.

2.2 Da autoria e participação no Direito Penal brasileiro

Sabe-se que na prática de um delito há uma relação interpessoal, assim temos a figura de um sujeito ativo e de um sujeito passivo, correspondendo, respectivamente, ao autor e à vítima do delito.

Sheila Jorge Selim de Sales conceitua o sujeito ativo como sendo “a pessoa que realiza o fato descrito na lei penal como crime”, ou seja, “é o sujeito a quem o tipo legal refere a realização de todos os elementos exteriores do fato incriminado e seu correspondente elemento subjetivo” (SALES, 1996, p. 24). Mirabete diz que um homem sozinho pode cometer o crime ou pode ele estar associado a outros, onde entra a ideia de coautoria ou ainda de participação, chamando-se de concurso de agentes ou concurso de pessoas, em outras palavras, se um delito é praticado por duas ou mais pessoas há, portanto, um concurso de pessoas (MIRABETE, 2010, p.107).

Lembrando que há uma diferença entre concurso eventual e concurso necessário, onde o concurso necessário é aquele onde o próprio delito exige que seja praticado por mais de uma pessoa, ou seja, nos crimes plurissubjetivos, como por exemplo: crime de quadrilha ou bando previsto no art. 288, CP. Já o concurso de pessoas é um concurso eventual, pode ocorrer em qualquer crime que seja possível apenas uma pessoa cometê-lo.

Estando diante de assuntos como o concurso de pessoas, surgem perguntas, afinal, a pessoa que vende uma arma deve responder pelo mesmo crime e receber a mesma pena do sujeito que efetuou o disparo? Será que ele é um coautor ou um mero partícipe? Há diferenças entre um e outro? As consequências jurídicas são as mesmas a depender se for partícipe ou autor?

Verifica-se ser de suma importância analisarmos a autoria e participação dentro do direito penal brasileiro, pontuando se há ou não diferenças entre o autor e partícipes do delito e suas diferenças na passagem do direito tradicional para o moderno. Como podemos observar no atual art. 29 do Código Penal:

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

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

A princípio, o caput do referido artigo, dá a entender que todos os participantes respondem pelo mesmo crime, não fazendo a diferença entre autor e partícipe, e alguns defendem essa ideia; outros porém, defendem a ideia de que a omissão na distinção entre autor e partícipe existe somente em princípio, pois o próprio artigo já traz a expressão “na medida de sua culpabilidade” e o §1º reduz a pena caso a participação seja de “menor importância”, entendendo que o modo de interpretar o artigo não seria dizer que todos são autores, e sim que todos receberiam a mesma pena – em princípio.

Saber o conceito de autor e partícipe é relevante inclusive para o estudo do crime organizado, afinal, a própria ideia de crime organizado pressupõe mais de uma pessoa cometendo o delito, portanto quem é o autor? Quem é mero partícipe dentro das organizações criminosas? A própria estrutura do crime organizado traz a figura de um comandante, alguém que dá as ordens e há aqueles que a recebem e cumprem, geralmente os que praticam a conduta típica dos delitos (caracterizando a hierarquia no crime organizado), e então o comandante será punido como autor?

A definição de organização criminosa é trazida pelo art. 1º, §1º da Lei 12.850 de 2013, em que diz:

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.

Verifica-se que o crime exige mais de uma pessoa para prática de um delito sendo um crime de concurso necessário, ou seja, é um crime plurissubjetivo, há uma pluralidade de agentes, mas então quem será considerado o autor do crime?

O art. 2º da Lei mencionada, prevê as condutas que são punidas “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”, o §3º deste artigo diz que a pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa mesmo que ele não pratique pessoalmente os atos de execução, então será que é a teoria do domínio do fato? Será que tanto aquele que tem o domínio do fato, quanto aquele que pessoalmente executa a conduta típica são autores?

Para responder tais questões é importante o estudo das modalidades do concurso de pessoas, autor e partícipe, os conceitos e as teorias que são trazidas em torno desse tema. O crime organizado é um crime presente e saber identificar quem é o autor e quem é o partícipe é importante para fins de aplicação da pena no crime organizado.

2.2.1 Da autoria e participação no Direito Penal Brasileiro Tradicional

Inicialmente esteve vigente as Ordenações Afonsinas e Manuelinas no Brasil colonial, bem como a famosa Ordenações Filipinas que como as demais ordenações previa penas muito severas e cruéis, como os açoites, mutilação, penas de morte através do enforcamento, tortura ou até pelo fogo; assim como traz Mirabete “o crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores” (MIRABETE, 2010, p. 23).

Em 1830 foi sancionado o Código Criminal do Império, de caráter liberal onde trazia a individualização da pena, agravantes e atenuantes (arts 16 a 18) e que em seus artigos 4º a 7º prevê uma distinção entre autor e cúmplice. O Código trazia como autor aquele que comete o crime pessoalmente, quem obrigava a cometer ou encarregava outra pessoa a cometer o delito (art. 4º os que cometerem, constrangerem ou mandarem alguém cometer crimes) e cúmplices eram os demais que diretamente concorriam para a prática do crime e aqueles que cometessem os demais verbos dos arts. 5º, 6º e 7º do mencionado código.

O código de 1890, agora com a expressão “Código Penal” manteve a diferença entre autor e cúmplice, porém com algumas diferenças nos conceitos trazidos anteriormente. Previstos nos arts 17 a 22, resumidamente, o código trazia que autor era os que diretamente resolvessem e executassem o crime bem como os que executassem o crime que foi por outra pessoa resolvido; os que antes e durante a execução prestassem auxílio sem a qual o crime não seria cometido, aquele que provocar outrem a prática do crime, entre outros. Já os cúmplices eram para este código aqueles que prestassem auxílio para execução do crime, os que prometessem ao criminoso auxílio para evadir-se, ocultar ou destruir instrumentos do crime, ou ainda apagar seus vestígios, entre outros.

O Código Penal de 1940 original, eliminou essa distinção entre autor e cúmplice, mais especificadamente, no Título IV com a denominação “Da Coautoria”, em seu art. 25 que diz “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”, adotando neste dispositivo a teoria unitária da ação no concurso de pessoas, onde todos que concorrem para o crime respondem por ele, o crime é único mesmo que tenha sido praticado por várias pessoas, a questão é que não faz diferença entre as figuras de pessoas, como autor e partícipe sendo portanto todos autores.

2.2.2 Da autoria e participação no Direito Penal brasileiro moderno

A lei 7.209/84 fez alterações no Código Penal de 1940, uma das modificações foi ao que se refere a autoria e participação agora com previsão no art. 29, CP, que dispõe “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” apresentando também parágrafos que no código originário não previa. A mudança também aconteceu na denominação do Título que passou a ser “Do Concurso de Pessoas”.

Em um primeiro momento o art. 29 também não apresenta uma diferenciação entre autor e partícipe, há quem defenda que o caput deste artigo também adotou a teoria monista, assim como o Código Penal original, considerando, portanto, aquela ideia de que todos que participaram do crime são autores dele, mas há outras teorias.

A teoria dualista, por exemplo, defende que o autor responderia por um crime e os partícipes responderiam por outro, assim havendo uma ação principal da qual é executada pelo autor do delito e ações secundárias que são as cometidas por sujeitos que instigam ou auxiliam o autor, porém não explica a autoria mediata, pois nesta o autor do crime não executa a conduta/ação típica.

Visto o disposto, o art. 29, caput, adotou a teoria monista, porém não se pode deixar de pontuar que o legislador procurou diferenciar a autoria de participação para evitar excessos que poderiam ocorrer sob a interpretação literal do art. 29, caput, embora não expressa a diferenciação se observarmos o art. 62, IV, CP, que trata das agravantes, vamos ver a seguinte redação “art. 62 - a pena será ainda agravada em relação ao agente que: IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”, também há exceções a teoria unitária

na parte especial do Código Penal, como nos crimes de corrupção, em que o funcionário público responde por corrupção passiva (art. 317, CP) e o particular por corrupção ativa (art. 333, CP).

Dito isto, passamos agora ao estudo sobre a autoria e participação, seu conceito, teorias e espécies. Este estudo sobre autoria dentro do direito penal tradicional e moderno foi importante para analisarmos como o direito penal cuida da autoria no nosso sistema, dando assim uma introdução para tratar de seu conceito, espécies e teorias como traz o próximo capítulo.

3 DA AUTORIA E PARTICIPAÇÃO: CONCEITO, TEORIAS E ESPÉCIES

Sabe-se que nem sempre o delito é obra de uma só pessoa, em várias situações de nossas vidas, várias pessoas concorrem para um acontecimento e entre essas pessoas que concorrem para um acontecimento é necessário identificar quais são autores e quais participam sem que sejam autores e assim distinguir.

Quando várias pessoas concorrem para a prática de um delito podendo possuir vários autores ou ainda autores e partícipes, trata-se do “concurso de pessoas”. Visto isso é importante verificar o conceito de autor e partícipe pontuando suas diferenças.

3.1 Da autoria e participação: o conceito adotado pelo Brasil

O legislador não define a autoria no art. 29, CP, mas sabe-se que a responsabilidade penal recai sobre aquele que realiza a ação do tipo penal, como exemplo, o homicídio previsto no art. 121 “matar alguém”, quem mata responde pelo homicídio pois praticou a ação “matar”, cabendo, a interpretação e para chegar a uma definição/um conceito surgiram teorias que estão expostas abaixo.

A primeira teoria que podemos citar é a teoria unitária, segundo Lurizam Costa Viana, o conceito unitário trazido por essa teoria é de que “autor é todo aquele que traz uma contribuição causal à realização do tipo” (VIANA, 2016, p. 165), sendo todos que concorrem para o delito equiparados, ou seja, não existindo uma distinção entre autor e partícipe. Ao tratar dessa teoria, Callegari diz que “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). Este é um conceito insuficiente, pois não permite uma responsabilização “na medida de sua culpabilidade”, como traz o art. 29, do CP.

Existe também um conceito extensivo de autor, que se funda na causalidade e na teoria da equivalência das condições, e como diz Viana, esse conceito também não difere autor de partícipe objetivamente, em suas palavras por não permitir que sejam distinguidos objetivamente é que 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 como causação do resultado” (VIANA, 2016 p. 165) e o partícipe quer o fato como alheio, tem animus socii, vontade de partícipe (CALLEGARI, 2004, P. 80), portanto, as normas acerca da participação seriam apenas atenuantes da pena da autoria, sendo partícipe quem preenche os requisitos para ser autor (ZAFFORINI; PIERANGELI, 2011, p. 576). Callegari reforça essa ideia ao definir dizendo que para essa teoria “autor é aquele que contribuiu para causação do resultado típico, sem que sua contribuição ao fato tenha que consistir numa ação típica” (CALLEGARI, 2004, p.79).

Por outro lado, o conceito restritivo define o autor como aquele que realiza a conduta típica, ou seja, as condutas praticadas que não são típicas não podem fundamentar a autoria, portanto, aquele que apenas contribui na causa do resultado sem que cometa uma conduta típica não será autor. Este conceito é retirado das teorias objetivas da autoria (teorias formal-objetiva e material-objetiva), esse conceito também contém falhas, pois não explica os casos em que o agente não pratica por si só o fato típico, ou seja, não explica a autoria mediata.

Numa terceira corrente conceitua o autor como sendo aquele que tem o domínio final do fato, chamada de teoria finalista, portanto, como diz Mirabete, para essa teoria “autor é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato” (MIRABETE, 2010, p. 216) ou como diz Viana “autor seria aquele que detém o domínio final do acontecer causal, em razão de sua decisão volitiva” (VIANA, 2016, p. 166). Esta é uma teoria mista, emprega-se um critério objetivo-subjetivo, como diz Damásio “autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias” (DAMÁSIO, 2011, p. 449). Dito isto, pode-se verificar que ela distingue o autor de partícipe, pois aquele que não tem o domínio do fato é considerado partícipe. Damásio, ainda diz que esta teoria não exclui a teoria restritiva, é somente um complemento, de forma que considera autor aquele que executa por si só a conduta típica, bem como aquele que executa a conduta utilizando-se de outra pessoa como instrumento (autoria mediata) e o coautor que executa uma parte necessária da execução, mesmo não sendo um ato típico em sentido estrito (CALLEGARI, 2004, p. 81), concluindo essa teoria do domínio do fato traz uma solução para questões cuja teoria restritiva não conseguia explicar. Callegari ainda afirma que essa teoria faz referência aos delitos dolosos, de modo que não há coautoria nem participação nos crimes culposos, nos crimes culposos é autor “todo aquele que causa um resultado típico mediante uma ação que não observa o dever de cuidado”, portanto a pessoa não quis cometer o crime, não houve dolo, não quis cometer o crime, mas por culpa (pela não observância de um dever de cuidado) causou o resultado típico, nesses casos deve ser considerada outra explicação que não a teoria do domínio do fato (CALLEGARI, 2004, p. 82). O que é reforçado por Damásio “a teoria do domínio do fato só é aplicável aos crimes dolosos, sejam materiais, formais ou de mera conduta”, ele ainda diz que nos crimes culposos não existe diferença entre autoria e participação, pois “é autor todo aquele que, mediante qualquer conduta, produz um

resultado típico, deixando de observar o cuidado objetivo necessário” (DAMÁSIO, 2011, p. 450). A jurisprudência também tem aplicado bastante a teoria do domínio do fato, inclusive na ação penal nº 470, ação que trata do mensalão. Damásio, assim como vários outros doutrinadores, defende a teoria do domínio do fato (DAMÁSIO, 2011, p.450).

Para Mirabete, a teoria adotada pelo Código é a formal-objetiva, segundo ele é a que delimita com nitidez a ação do autor e do partícipe juntamente com a ideia de autor mediato, ele define “autor é quem realiza diretamente a ação típica, no todo ou em parte, colaborando na execução, ou quem a realiza por meio de outrem que não é imputável ou não age com culpabilidade” (MIRABETE, 2010, p. 217).

Bem como afirma Damásio (DAMÁSIO, 2002, p. 16), a teoria adotada pelo Código Penal do Brasil é a restritiva, pois tanto o art. 29 quanto o art. 62, faz a distinção entre o autor e o partícipe, mas Damásio ainda afirma que essa teoria “não resolve certos problemas, como o da autoria mediata, em que o sujeito se vale de outrem para cometer o delito” (DAMÁSIO, 2002, p. 17) e então a doutrina utiliza-se da teoria do domínio do fato para resolver o problema, que não exclui a teoria restritiva, somente a complementa.

Para tratar de autoria e participação, precisa-se também de uma noção do que é coautoria, portanto trazer uma definição é importante para possibilitar uma diferenciação. Fragoso conceitua dizendo que “coautor é quem executa, juntamente com os outros, a ação ou omissão que configura o delito” (FRAGOSO, 1987, p. 265). Assim como traz a autora Beatriz Vargas Ramos “coautoria é autoria. Só que autoria plural ou coletiva” (RAMOS, 1996, p. 29), portanto, podemos concluir, que quando duas pessoas executam a conduta definida no tipo penal são consideradas coautoras, e a autora ainda diz que:

Pode ocorrer coautoria mesmo se os coautores praticarem ações distintas em sua natureza, mas de mesma índole executiva, havendo assim, simples divisão de tarefas, repartição dos atos para fins de facilitar a consecução da tarefa comum (RAMOS, 1996, p. 30)

Um exemplo de ações distintas e que tenha a mesma índole executiva é o roubo, previsto no art. 157 do CP, onde enquanto um agente agride a vítima, utilizando-se de violência, o outro agente subtrai o bem; há no presente exemplo uma divisão de tarefas, e para que haja coautoria é necessário que estejam

praticando um ato executivo. Lembrando que para configurar a coautoria é necessário também que haja o elemento subjetivo, todos agindo com dolo e um liame psicológico entre os agentes, ou seja, um vínculo que une os agentes, pois sem o vínculo estaríamos diante de uma autoria colateral, onde um não sabe da existência da conduta do outro, estariam agindo por si.

Vale mencionar que a coautoria pode ser necessária, onde o próprio tipo penal exige o concurso de pessoas, como é o caso do crime organizado, sendo um crime plurissubjetivo não é possível que somente um autor cometa o crime organizado, exige várias pessoas e; a coautoria pode vir como forma de concurso eventual de pessoas, possível nos crimes que não exigem, para sua prática, várias pessoas, ou seja, é possível nos crimes em que uma única pessoa poderia cometer, como por exemplo no homicídio (art. 121, CP).

A participação, em sentido estrito pode ser entendida como a atividade acessória do sujeito que colabora de forma dolosa, aquele que age de uma determinada forma que contribui para a prática do delito, mas que por si só não teria relevância, só é relevante se o autor ou coautor iniciar a execução do crime. Para participação existir o sujeito deve estar participando, contribuindo para prática de uma conduta típica e antijurídica, pois se for lícita, não há que se falar em participação.

Há formas de participação, como a instigação, o auxílio, a determinação e o ajuste, como traz o art. 31, CP, dizendo inclusive que essas condutas não serão puníveis se “o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”. Mirabete diz que a doutrina considera pelo menos duas espécies básicas, quais sejam: a instigação e a cumplicidade (MIRABETE, 2010, p. 218).

Quando se fala em instigar, significa dizer que é estimular a ideia da prática do crime no autor, o indivíduo age sobre a vontade do autor, isto é o que reforça Mirabete. E quando se diz “cumplicidade” trata-se do cúmplice, o sujeito que presta auxílio ao autor, ou mesmo ao partícipe, geralmente a conduta é ativa, mas Mirabete não descarta a cumplicidade por omissão, como nas situações em que o sujeito tem o dever de agir (MIRABETE, 2010, p. 218- 219).

Percebe-se que a participação é tratada como acessória de um fato principal e segundo a teoria aplicada pela maior parte da doutrina e jurisprudência, chamada de teoria da acessoriedade limitada, o partícipe deve auxiliar o autor à

prática de uma conduta ilícita e antijurídica, como defende Damásio (DAMÁSIO, 2011, p. 221).

Dentro da participação é possível que o resultado ocorrido seja diferente do que era pretendido pelo partícipe, onde o autor pratica uma conduta mais grave, que não era desejada pelo partícipe, essa hipótese é chamada de cooperação dolosamente distinta, para resolver essa hipótese o art. 29 do CP prevê o § 2º, que diz que se um dos concorrentes quiser participar de crime menos grave será aplicada a pena referente a este crime menos grave; mas se o resultado mais grave puder ser previsível essa pena será aumentada até metade.

Já o §1º do art. 29, do CP, menciona a “participação de menor importância”, que é a participação dispensável, a que não é necessária, pois mesmo que não existisse não impediria a realização do crime.

Dito tudo isso, fica claro a importância de sabermos qual o conceito e teoria que são aplicados pelo ordenamento jurídico brasileiro, até para fins de compreender quem é o autor nos casos do crime organizado; afinal será que o mandante do crime, aquele que não pratica diretamente a conduta prevista no tipo penal, pode ser considerado autor? E aquele que auxilia para prática desses crimes? Como o motorista? Ele é partícipe? Fica claro que a teoria do domínio do fato explica com maior exatidão a figura da autoria, deve ser indagado a possibilidade de imputar como autores aqueles que ordenam a realização dos delitos, ou aqueles fazem parte do planejamento e apoiam sem que, no entanto, tenham participado da execução dos crimes da organização, o que vai ser levado em consideração mais adiante.

3.2 Teorias sobre autoria aplicáveis ao Crime Organizado

Montoya elenca algumas teorias interessantes ao tratar de “autoria e responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder”, a primeira trazida por ele é a teoria da indução, para esta teoria os agentes do crime organizado respondem na qualidade de indutores ao delito. Para entender tal afirmação é preciso saber o que seria indutor ou instigador e Montoya diz que “é aquela pessoa que determina que outra cometa um delito”, ou seja, a pessoa provoca na outra a decisão de cometer um fato (MONTROYA, 2007, p. 231). Tendo que ser destacado que a instigação é uma espécie de participação e o instigado tem controle sobre o

que irá acontecer, “a instigação é a dolosa colaboração de ordem espiritual objetivando a comissão de crime doloso” (CALLEGARI, 2003, p. 116).

A segunda teoria é a da coautoria, a coautoria ocorre quando várias pessoas cometem um mesmo crime possuindo um vínculo, um acordo entre eles para o cometimento desse crime, como afirma Montoya:

Quando vários indivíduos cometem um mesmo delito, todos são castigados como autores, porque a autoria está baseada no controle do fato e a atuação neste é comum a todos. Por conseguinte, cada coautor domina toda a ocorrência em cooperação com outro e outros. A coautoria consiste, assim, em uma “divisão do trabalho” que ou bem condiciona a própria possibilidade do fato tornando-o possível, ou bem reduz de forma substancial o risco da sua produção (MONTROYA, 2007, p. 232).

A coautoria encontra o seu fundamento na teoria do domínio do fato, onde “é autor quem tem o domínio funcional do fato, pois se o cooperador não possui esse domínio, será partícipe” (CALLEGARI, 2003, p. 111), portanto, coautor é “autor paralelo, de maneira concomitante ou conjunta” (MONTROYA, 2007, p. 233).

Falaremos agora de uma terceira teoria, que é a da cooperação necessária, onde haveria uma cumplicidade obrigatória entre os envolvidos na organização criminosa:

Os responsáveis pela organização criminosa e os agentes intermediários na corrente de comunicação interna do grupo estariam agindo em cooperação necessária ou cumplicidade obrigatória com relação ao comportamento daqueles que foram os executores do projeto criminoso concebido pelo grupo.

Essa postura tem sido criticada, tendo em vista a gravidade da intervenção da cúpula das organizações, que negariam uma importância fundamental do cérebro por trás da ação desenvolvida pelos executores. (MONTROYA, 2007, p. 233).

E, por fim, mas não menos importante a teoria do domínio do fato, onde consegue-se enxergar a diferença entre o coautor e o partícipe/cúmplice do crime; como traz Jakobs o domínio do fato “aparece nas formas do domínio da ação (isto é, domínio de quem comete diretamente), do domínio de vontade (vale dizer do domínio do autor mediato) e do domínio funcional (vale dizer, do domínio do coautor)” (JAKOBS, 2003, p. 2). Partindo daí para as breves definições, que se segue:

Coautor é, portanto, aquele que com sua vontade controla materialmente a realização do delito, tendo em suas mãos a possibilidade de pôr um fim na sucessão causal do fato. Cúmplice ou partícipe é aquele que sem ter o domínio final do fato, contribui para cometê-lo. (MONTROYA, 2007, p. 234).

Não se esquecendo, no entanto, da autoria mediata em que “o autor mediato realiza o tipo penal utilizando-se de outra pessoa como “instrumento”” (CALLEGARI, 2003, p.109) e complementa dizendo que “o que caracteriza a autoria mediata é que o domínio do fato esteja nas mãos do “homem de trás”, é dizer, o fato deve estar sob seu controle, o que demonstra o domínio do fato” (CALLEGARI, 2003, p. 110). Diz Montoya que “o homem de trás controla o resultado típico através do aparato de poder” (MONTROYA, 2007, p. 236).

3.3 Espécies de autoria

A autoria pode ser direta (imediata) ou indireta (mediata). A autoria direta ou imediata é aquela em que o sujeito executou a conduta típica, ou seja, foi ele que diretamente/pessoalmente praticou a conduta típica, ex.: o sujeito que empurra o outro na vitrine da loja para causar danos ao dono.

A chamada autoria indireta ou mediata ocorre quando o sujeito executa a conduta típica por meio de uma outra pessoa que age sem culpabilidade, ex.: o médico que dá ordens a enfermeira para ministrar remédio ao paciente, e ela, atendendo suas ordens, acreditando que era remédio acaba dando veneno ao paciente.

Há a autoria intelectual, Damásio define como “o sujeito que planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade” e continua trazendo um exemplo dizendo que “é o caso do chefe de quadrilha” (DAMÁSIO, 2011, p. 252), essa espécie de autoria está prevista no Código Penal em seu art. 62, I, onde há uma agravante para este tipo de autoria que dirige a atividade dos demais agentes.

Existe também a chamada autoria colateral, onde duas ou mais pessoas praticam condutas visando cometer o mesmo crime e na mesma situação fática, porém não há ligação entre eles, não há um vínculo, pois praticam essas condutas isoladamente, um desconhece a conduta do outro, agem por si próprios.

Entre as espécies de autoria, há a hipótese de não se saber quem produziu o resultado, ex.: há vários envolvidos no crime de homicídio, mas não é possível saber quem desferiu o golpe que realmente matou a vítima; esses casos dá-se o nome de autoria incerta, é comum ela acontecer, inclusive, com a autoria colateral. Mirabete diz que nesses casos, há a aplicação da teoria monista e todos

respondem pelo resultado, ressalvando a hipótese do art. 29, par. 2º que é uma exceção em casos de participação, o partícipe responderá pelo crime menos grave de que queria participar (MIRABETE, 2010, p. 228).

Não pode-se confundir a autoria incerta com a autoria desconhecida, pois a autoria desconhecida ocorre quando não se sabe quem praticou o delito, os autores são desconhecidos, não se faz ideia de quem seja. Na autoria incerta não se sabe quem praticou, com precisão, o resultado.

Na busca por uma teoria adequada que se aplique ao crime organizado tornou-se necessário o estudo do conceito de autoria e participação bem como as teorias que giram em torno destas figuras, pois sem o presente estudo não seria possível comparar as teorias e encontrar a que melhor se encaixa aos integrantes do crime organizado, mais especificadamente ao seu líder/comandante, afinal ele é autor ou partícipe? Esta é a problemática que se busca responder. E, portanto, é necessário também o estudo do crime organizado, sua estrutura e características mais marcantes, bem como sua origem e conceito, visto no próximo capítulo.

4 DO CRIME ORGANIZADO E AUTORIA

É importante constatar que o estudo sobre o Crime Organizado é bastante complexo de modo que é uma forma de criminalidade com bastante mutação por ser da era da globalização, da informação e da tecnologia (VIANA, 2016, p. 171), como ficou demonstrado nos tópicos acima expostos.

Neste tópico procura-se expor a origem do crime organizado, seu conceito e suas características, demonstrando pontos que são importantes para o estudo da autoria dentro desta criminalidade “recente”.

4.1 Breves Considerações sobre Crime Organizado no Brasil

Primeiramente, é conveniente mencionar brevemente a origem do Crime Organizado, de como e onde surgiu para uma melhor compreensão do conceito, das características e de como funciona o crime organizado no Brasil.

Não é fácil identificar a origem do crime organizado devido ao modo como se comportam nos diversos países, pois a maneira como atuam nem sempre coincidem, porém há algumas organizações famosas que tiveram início no século XVI, como as Máfias Italianas, a Yakuza japonesa e as Tríades chinesas, assim como diz Eduardo Araujo da Silva (SILVA, 2009, p. 3-4):

Essas associações tiveram início no século XVI como movimentos de proteção contra arbitrariedades praticadas pelos poderosos e pelo Estado, em relação a pessoas que geralmente residiam em localidades rurais, menos desenvolvidas e desamparadas de assistência dos serviços públicos. Para o crescimento de suas atividades, esses movimentos contaram com a conivência de autoridades corruptas das regiões onde ocorriam os movimentos político-sociais.

Sendo possível a verificação de que tais organizações possuem ao menos um ponto em comum, ou melhor dizendo, surgiram e se mantiveram por motivos semelhantes.

Nos Estados Unidos o crime organizado data o final da década de 20, pois com a proibição da comercialização do álcool alguns grupos começaram a contrabandear de forma organizada e estável. Já no Brasil, a prática do “jogo do bicho” iniciada durante o século XX, e como diz Eduardo Araujo da Silva, “é identificada como a primeira infração organizada no Brasil” (SILVA, 2009, p.9). Porém antes disso, poderíamos citar como um antecedente da criminalidade organizada o chamado cangaço, que como diz Silva possuíam uma organização hierárquica e suas condutas consistiam em “saquear vilas, fazendas, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e até mesmo sequestrar pessoas importantes e influentes para exigir resgate” e inclusive tinham a colaboração de policiais corruptos que lhes forneciam armas (SILVA, 2009, p.9).

Há organizações mais recentes, que emergiram nas penitenciárias, citando como exemplo as mais famosas a chamada “Comando Vermelho” e o “PCC-Primeiro Comando da Capital”.

Dito isso, podemos conceituar, afinal, o que é Crime Organizado? O conceito de Crime Organizado é bem relevante e vem sendo discutido há um bom tempo, pois, mesmo havendo uma lei sobre a prevenção e repressão de ações

praticadas por organizações criminosas, Lei nº 9.034/95, o legislador não conceituou Crime Organizado e não havia na doutrina um consenso sobre seu conceito. Devido a ausência normativa, alguns começaram a defender o conceito trazido pela chamada Convenção de Palermo (ou Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004, cujo art. 2º traz:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) “Grupo criminoso organizado” – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

O autor Guilherme de Souza Nucci conceitua organização criminosa como uma associação de agentes, com caráter estável e duradouro, tendo a finalidade de praticar infrações penais e “é devidamente estruturada em organismo pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre seus integrantes” (NUCCI, 2013, p. 13-14).

No mesmo sentido, a Lei nº 12.850 criada em 2 de agosto de 2013, tanto revogou a Lei nº 9.034/95, quanto adotou um conceito de organização criminosa e é bem semelhante ao de Nucci, como se segue o art. 1º, § 1º da referida Lei:

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.

Analisando o tipo apresentado acima de organização criminosa poderemos identificar que trata-se de um crime comum, isso significa dizer que qualquer pessoa pode cometer, desde que haja associação de pelo menos 4 pessoas (que pode até ser constituído por menores de 18 anos), dá-se o nome de crime plurissubjetivo “que demanda várias pessoas para a sua concretização”. O sujeito passivo é a sociedade, cujo bem jurídico tutelado é a paz pública, sendo assim um crime de perigo abstrato “a mera formação e participação em organização criminosa coloca em risco a segurança da sociedade” (NUCCI, 2013, p. 21); não exigindo qualquer resultado para consumação – crime formal (NUCCI, 2013, p. 22).

Quando o art. 1º, § 1º diz “com objetivo de obter vantagem de qualquer natureza” fica implícito que o crime organizado trata-se de crime doloso, não admitindo forma culposa, precisa do elemento subjetivo. Os verbos do tipo (as condutas descritas no tipo) são ações, fazendo do crime organizado um crime comissivo e permanente porque a conduta se prolonga no tempo, enquanto perdurar a associação criminosa; Nucci ainda diz que para esse crime não se admite a tentativa, uma vez que o delito é “condicionado à existência de estabilidade e durabilidade para se configurar” (NUCCI, 2013, p. 22).

4.2 Características do Crime Organizado e Imputação dos Mandantes

É certo dizer que o crime organizado se manifesta de maneiras diferentes em cada país, até porque cada um possui peculiaridades próprias, porém não seria errado afirmar que o crime organizado possui características comuns que proporcionam uma estrutura própria de atuação, será de suma importância para o estudo conhecer tais características, pois assim saberemos como funciona o crime organizado e poderemos relacionar com o estudo sobre autoria.

O autor Wilson Lavorenti em sua obra “Crime Organizado da atualidade”, afirma que as organizações criminosas, como regra, “possuem uma organização empresarial, com hierarquia estrutural, divisões de funções e sempre direcionadas ao lucro” (LAVORENTI, 2000, p. 19), sendo assim elas possuem um planejamento, controlando os custos das atividades, pagamento e recrutamento do pessoal, neste sentido há uma citação interessante do autor Alberto Silva Franco, que diz:

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais dos sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentiais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina ato de extrema violência, urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inercial ou fragilizar os poderes do próprio Estado. (FRANCO, 1994, p. 5).

Nessa mesma linha de raciocínio, ou seja, na lógica de um crime organizado voltado a transnacionalidade que vai além de vítimas individuais, como acima mencionado é também sustentado por Hassemer, onde a criminalidade organizada:

Não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade... é uma criminalidade difusa que se caracteriza pela ausência de vítimas individuais, pela pouca visibilidade dos danos causados bem como por um novo modus operandi (profissionalidade, divisão de tarefas, participação de gente “insuspeita”, métodos sofisticados, etc.). (HASSEMER, 1993, p. 85).

Pode se observar que o crime organizado acontece de uma forma difícil de ser identificada por não ter resultados visíveis, possuindo uma estrutura bem organizada com uma determinada hierarquia e divisão de trabalho entre seus membros, com hierarquia quer-se dizer que também há subordinação, portanto deve haver obediência do mais recente membro para com seu superior, e cada membro tem um papel para cumprir muito semelhante às empresas e como diz a autora Ana Flávia Messa “mantem-se a obediência e subordinação pela violência, em usar maioria física, facilitando a intimidação de suas vítimas e também de seus integrantes” (MESSA, 2012, p.60). Lurizam Costa Viana também trata sobre o envolvimento de várias pessoas e sobre a divisão de tarefas no crime organizado dizendo que (VIANA, 2016, p. 174):

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. (VIANA, 2016, p. 174).

Segundo a autora Ana Flávia Messa o crime organizado tem como finalidade o cometimento de infrações penais e para ela os membros ou os agentes do crime organizado possuem o dolo, ou seja, possuem a intenção/eles querem fazer parte daquele grupo para cometer crimes (MESSA, 2012, p. 59); além disso ela

também menciona que o objetivo é a acumulação de riquezas ilícitas e explica dizendo que “as práticas da organização têm como fim maior o enriquecimento dos seus membros por meio de dinheiro ilícito. Esse dinheiro pode resultar também de práticas legais, mas originadas de dinheiro proveniente de atividades ilícitas” (MESSA, 2012, p. 59).

Podemos deixar claro que o as características arroladas acima são as mais essenciais, e não descarta-se que o crime organizado possui inúmeras outras características, como o recrutamento de novos integrantes, a capacidade para fraude (como o colarinho branco), entre outras.

É evidente, contudo o que foi dito acima, que há uma divisão de tarefas no crime organizado e quanto a essa divisão Viana diz que no tocante à imputação ela pode ser identificada no plano da coautoria (VIANA, 2016, p. 174) e assim também reforça Nilo Batista (BATISTA, 2005, 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 coautoria 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 coautoria se baseia no princípio da divisão do trabalho: Wessels, Welzel, Zaffaroni, por exemplo (BATISTA, 2005, p. 101).

Diz-se, portanto que a autoria 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” (Viana, 2016, p. 175), ou seja, a coautoria tem fundamento na teoria do “domínio do fato” ou também chamado “domínio funcional do fato”, isto significa que “só pode interessar como coautor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida desse atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação” (BATISTA, 2005, p. 101). Para Callegari, não é diferente, uma vez que no aspecto subjetivo requer uma resolução comum em relação ao 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) e no aspecto objetivo a cooperação de cada coautor deve “alcançar uma determinada importância funcional” (CALLEGARI, 2004, p. 83). Assim pode-se concluir que a teoria do domínio do fato é a mais adequada para explicar a coautoria. E é preciso verificar a possibilidade de se imputar como coautor aquele que

desempenhou um papel importante no planejamento do delito da organização ou que deu a ordem de cometê-lo.

Analisando essa ideia sobre a possibilidade de coautoria, precisa-se lembrar de uma outra característica do crime organizado que é a chamada hierarquia de poder, é importante mencionar essa característica, pois dentro da hierarquia a relação entre o líder/mandante e do executor é “verticalizada” (VIANA, 2016, p. 176), ou seja, não há comum acordo entre o executor/subordinado e o líder/superior, nas palavras de Viana “não há decisão comum para o fato além de faltar execução conjunta”, não tendo como aquele que dá a ordem concorrer no crime cometido pelo executor. A coautoria tem uma estrutura horizontal, tem que haver decisão comum sobre o fato, portanto, nessa hipótese não teria como aquele que dá a ordem ser coautor do executor. Verificando que se a organização tiver uma rede de poder mais descentralizada, ou em outras palavras, mais “horizontalizada” seria possível a aplicação de coautoria aos indivíduos que não realizam pessoalmente o fato, mas como falado realizam um desempenho importante no planejamento.

Visto isso, verifica-se que aquele que dá a ordem não pode ser considerado coautor (caso as organizações sejam hierarquizadas), mas também não poderia ser partícipe instigador da conduta do indivíduo executor, pois quem instiga não está no centro de decisão (ROXIN, 2009, p. 73 apud Viana, 2016, p. 176), e então chega-se a um impasse, precisando de outro critério para imputação desses sujeitos que ordenam. E em busca de um critério melhor Roxin traz a teoria do domínio por organização que será analisada a seguir.

4.3 Da teoria do domínio do fato pelo domínio de um aparato organizado de poder e o crime organizado

Pudemos verificar algumas hipóteses para imputação do líder da organização criminosa que ordena a um subordinado a prática de um delito, quais sejam:

- a) 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. (VIANA, 2016, p. 177).

Descartamos a ideia do líder ser apenas um partícipe instigador, uma vez que o líder possui o domínio e o instigador não, o instigador não possui o controle de decisão, porém há autores que defendem essa ideia. E quanto a coautoria, aquela em que se possui o domínio funcional do fato, seria em primeiro momento a mais adequada para se aplicar em questão de imputação/responsabilidade de acordo com a teoria do domínio do fato, no entanto, Roxin formulou a “teoria do domínio do fato pelo domínio de um aparato organizado de poder” ou ainda “teoria do domínio por organização”, em que afirma que o líder da organização criminosa é autor mediato, essa teoria é trazida como extensão das hipóteses de autoria mediata (VIANNA, 2016, p. 177). Portanto, traz uma autoria mediata caracterizada pelo domínio exercido pelos líderes sobre o próprio aparato de poder. Mario Montoya parece ser adepto dessa teoria ao dizer que autor mediato “não é somente o chefe máximo de uma organização criminosa, mas todo aquele que no âmbito da hierarquia transmite a instrução delituosa com poder autônomo para dar ordens” e quanto aqueles que executam ordens “devem responder como autores imediatos” (MONTROYA, 2007, p. 235).

Contudo, deve-se ter em mente alguns pressupostos para ser aplicada tal teoria às organizações criminosas, pois não serão todo tipo de delinquência organizada que aplicará tal teoria, não pode ser aplicada em quaisquer casos. Será necessário analisar a estrutura da organização criminosa bem como a relação entre o líder e os subordinados, ou seja, entre quem dá as ordens e aqueles que a executam. Enfim, o primeiro pressuposto a ser verificado é o “poder de mando” do homem de trás, é esse poder que diferencia o homem de trás de um mero instigador, pois o homem de trás/quem dá as ordens está mais próximo do fato para ser considerado um partícipe por instigação e chamando atenção para o fato de que pode haver vários autores mediatos, várias pessoas que estão por trás e dão ordens, em “diferentes níveis de hierarquia de mando” (ROXIN, 2009, p. 81). O segundo pressuposto seria a “desvinculação do direito pelo aparato de poder”, o aparato de poder não precisa ter se desvinculado do direito em todos os seus tópicos “senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele” e Roxin ainda diz que “o sistema (por exemplo, o sistema parcial de um Estado) deve, portanto, trabalhar criminosamente (desvincula do direito) como um todo” (ROXIN, 2009, p. 81-82), isso significa dizer que “o aparato de poder está fora da lei” (MONTROYA, 2007, p. 251).

Há ainda um terceiro pressuposto para aplicação da mencionada teoria, qual seja a “fungibilidade do executor direto”, segundo Viana “esse é o elemento que oferece ao homem de trás a certeza de que sua ordem será cumprida” (VIANA, 2016, p. 180), pois há vários executores à disposição não precisando nem conhecer eles pessoalmente “de modo que a recusa ou a perda de um indivíduo não pode impedir a realização do tipo” (ROXIN, 2009, p. 82). Por esse motivo, inclusive, que se presume que tal teoria se aplicaria nas organizações criminosas com maior número de integrantes. Destacando que nesses casos tanto aquele que dá as ordens quanto aquele que às cumpre possuem o domínio do fato, pois o executor possui o domínio do fato na modalidade de domínio da ação e aquele que dá as ordens possui o domínio por organização, ambos devem ser responsabilizados (ROXIN, 2009, p. 79). O quarto e último pressuposto é a “disposição essencialmente elevada dos executores ao fato”, encontrando fundamento na seguinte premissa “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 executor é influenciado pela organização, por isso está mais propenso a cometer crimes se comparado com outro delinquente.

Enfim, Roxin apresenta alguns argumentos para sustentar a sua teoria, ele 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”, há o domínio da vontade (VIANA, 2016, p.182).

Portanto, com tudo o que foi dito acima, verifica-se que os homens de trás com poder de mando seriam punidos como autores mediatos e os executores seriam responsabilizados também sendo considerados autores diretos do crime fundamentado no domínio da ação (domínio de quem comete o fato diretamente). Devemos, no entanto destacar a possibilidade de um sujeito entrar para uma organização criminosa e consentido para praticar determinados crimes e supondo que essa organização utiliza-se da violência como medida disciplinar, ou ainda, como retaliação pelo descumprimento de alguma ordem, é comum que seja empregada ameaça ao integrante para compelir a executar a ordem ou uma ameaça à sua família e nessas situações, como diz Viana, “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” (VIANA, 2016, p. 183), em casos assim estaria configurada a autoria mediata por coação e não pelo domínio por organização, pois não teria como exigir outra conduta do executor.

Conclui-se que essa teoria do domínio do fato sobre aparato organizado de poder não deve ser aplicada em qualquer caso de organização criminosa, somente podendo ser aplicada nos casos em que estão presentes os pressupostos trazidos por Roxin.

O estudo da criminalidade organizada, seu conceito e suas características bem como saber como o crime organizado atua na sociedade são relevantes para encontrar a teoria sobre autoria e assim identificar a que melhor se adequa para punição dos integrantes do crime organizado, pois a teoria mais adequada pode mudar dependendo da estrutura adotada pelo crime organizado, pontuando que não são todos iguais possuindo somente alguns pontos em comum.

5 A AUTORIA NOS CRIMES DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E A NECESSIDADE DE UMA NOVA POSTURA DO DIREITO PENAL

O presente capítulo pretende trazer a importância de uma nova postura do Direito Penal perante aos delitos de bens jurídicos coletivos, bem como demonstrar que o problema da autoria no crime organizado é um dos fatores que contribuem para exigência de uma nova postura.

Pretende-se também trazer a importância da teoria do domínio do fato para punição dos líderes de organizações criminosas, uma vez, que tal teoria os trazem também como autores do fato e não como mero partícipes, possibilitando uma punição mais justa e trazendo inclusive um caso prático e recente que sustenta essa teoria que é o mensalão (Ação Penal nº 470).

5.1 A necessidade de uma nova postura do Direito Penal frente a autoria no Crime Organizado

Foi mencionado nos tópicos anteriores que o crime organizado é um delito “novo”, o que quer-se dizer que a criminalidade organizada é típica de uma sociedade pós-industrial ou da chamada era “digital”, assim como também afirma Silva Sánchez:

Acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados). (SILVA SÁNCHEZ, 2013 p. 36)

Dito isso, verifica-se que um Direito Penal Clássico parece ser inadequado para o controle do crime organizado, este direito é inapto para conter este tipo de crime, como sustentado por Luiz Flávio Gomes, o Direito Penal Clássico tem por base uma “responsabilidade individual”, a individualização da pena dificulta quando se está diante de organizações cujos comandantes nunca aparecem (GOMES, 1997, p. 66), no mesmo sentido segue Wilson Lavorenti e José Geraldo da Silva que dizem que o crime organizado é uma nova forma de ameaça como pode ser verificado no seguinte trecho (LAVORENTI; SILVA; 2000, p. 153):

A organização criminosa age por intermédio de uma estruturação empresarial e um processo complexo e escalonado de atuações, com programas delinquentiais definidos, explorando a network globalizada e valendo-se da alta tecnologia e poder de intimidação, além de manter uma espúria simbiose com o Estado, conseguindo, destarte, otimizar seu trabalho, garantir sua impunidade e espalhar o medo. A organização criminosa surge como uma forma de ameaça e com uma grave particularidade consistente na simbiose com os mais variados setores do Estado. (LAVORENTI; SILVA; 2000, p. 153).

Um crime que se utiliza de altas tecnologias, que possui a figura de alguém que está por trás, que dá ordens e que dificilmente aparece, um crime que é transnacional e possui tantas características peculiares, como já mencionado, merece uma preocupação maior e com um tratamento diversificado. Relevante citar uma passagem do livro de Lavorenti e Silva que diz (LAVORENTI; SILVA; 2000, p. 153):

A preocupação com a organização criminosa passou a exigir, do ponto de vista quantitativo, consideráveis esforços estruturais de recursos e, do ponto de vista qualitativo, diversificados esforços que viabilizem articuladas atuações dentro do território nacional em permanente e necessária cooperação com países estrangeiros, além de se repensar sobre mecanismos legais de controle da organização. (LAVORENTI; SILVA; 2000, p. 153).

Para uma justa punição a todos os envolvidos com o crime organizado e principalmente ao líder/mandante/chefe ou até mesmo chamado “cabeça” dos crimes organizados, torna-se necessária uma postura diferente do direito penal, diferente daquele que se preocupa mais com os bens jurídicos individuais, precisa-

se de novos mecanismos, pelas peculiaridades deste crime deve-se buscar medidas apropriadas. Luiz Flávio Gomes diz que “diante da inadequação do direito penal tradicional caberia pensar em um direito de exceção, intervencionista e pouco garantista”, este é “guiado pela política criminal apenas preocupada com a eficiência do sistema, com o êxito funcional, enfim, com ter respostas (“imediatas”, ainda que muitas vezes “simbólicas”) para criminalidade (...)” (GOMES, 1997, p.67).

Wilson Lavorenti diz que não se pode sacrificar garantias constitucionais ao buscar medidas para conter a criminalidade organizada, com o seguinte trecho:

Pelas suas peculiaridades, há de se buscar medidas apropriadas para esse tipo de violência, sem, contudo, sacrificar garantias constitucionais em nome de um discurso de segurança, que sempre acaba por nortear iniciativas que destroem a própria segurança jurídica, com uma legislação de exceção ou de emergência (LAVORENTI, 2000, p. 155).

Já Luís Greco, diz que “Tiedemann pensa que o direito penal não pode mais ignorar a considerável lesividade social de criminalidade não convencional”, diz que há dever de proteção, e ainda que “o legislador está, portanto, legitimado a fazer uso do direito penal, e não apenas do administrativo ou civil, para proteção desses novos bens jurídicos coletivos” (GRECO, 2010, p. 5).

Com todo o exposto, cabe mencionar o que foi dito por Silva Sánchez, diz ele que alguns advogam pela volta ao Direito Penal Liberal “um direito concentrado na proteção de bens essencialmente personalistas e do patrimônio, com estrita vinculação aos princípios de garantia”, mas ele diz que esse Direito Penal Liberal que alguns autores “pretendem reconstruir agora, na realidade nunca existiu como tal” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 177). O mencionado autor diz também que outros pretendem “sugerir que a maior parte do fenômeno expansivo do Direito Penal teria de ser, sem mais, reconduzido ao Direito Penal Administrativo sancionador”.

Em “uma proposta mais realista”, como Silva Sanchez diz, ele adota, como ponto de partida a “direta relação existente entre as garantias que incorpora um determinado sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 179), ele defende que o problema “não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade” segundo ele essa última que deve ser contida (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 181), e “propõe-se que as sanções penais que

se imponham ali onde tem se flexibilizado as garantias não sejam penas de prisão” isso tem consequências (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 186), quais sejam:

Por um lado, naturalmente, admitir as penas não privativas de liberdade como mal menor, dadas as circunstâncias, para as infrações nas quais têm se flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente penas de prisão de larga duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 186).

Defende-se a necessidade da expansão do direito penal para um Direito Penal Moderno, isso se mostra pelo motivo de que o direito penal Clássico/Tradicional não está apto para conter os novos delitos, os delitos de ordem econômica, crimes ambientais, lavagens de dinheiro, crime organizado e estes merecem uma preocupação e regulamentação nova, atingem bens jurídicos coletivos e o direito penal não pode ignorar.

E o motivo para defesa de uma nova postura do Direito Penal diante das organizações criminosas, além do que já foi demonstrado no trabalho de como o crime organizado age na sociedade, é relatado muito bem por Ana Luiza Almeida Ferro, no seguinte trecho:

Concentram-se em uma ou em várias atividades ilícitas. Não conhecem fronteiras e não respeitam a soberania dos Estados. Organizam-se segundo uma hierarquia, dentro de uma estrutura preponderantemente vertical ou horizontal. Em regra, a partir de um “território” que lhes serve de base – que pode ser uma cidade, um estado, uma região ou país –, expandem-se por cobiça de dinheiro e poder, mediante redes, que os tornam, já em estágios mais avançados, impérios transnacionais, em conexão com outros impérios igualmente sedentos de lucro. Não operam unicamente no mercado ilícito; compram negócios lícitos, possuem participação em bancos e empresas legítimas, dedicam-se ao “branqueamento” do dinheiro “sujo” e à sua reciclagem para fins de reutilização tanto em atividades lícitas como ilícitas, manipulam mercados financeiros. Sugam os recursos das nações, por intermédios de roubos, furtos, apropriações indébitas, peculatos, sonegações fiscais, fraudes difusas. (FERRO, 2012, p. 490-491)

Ana Luiza Almeida Ferro deixa claro o que o crime organizado faz com uma sociedade, o crime organizado está na era da globalização e se utiliza dela possuem “estratégias adaptadas aos novos tempos” (FERRO, 2012, p. 490) e ainda diz o que faz o crime organizado ser imensamente danoso aos Estados, sociedades e democracia é o fato dessas organizações criminosas conseguirem se infiltrar nos pilares do Estado e das instituições sociais e políticas, como segue abaixo:

Mas o que os faz imensamente danosos aos Estados e às suas sociedades e à democracia em particular não é somente a sua capacidade de penetração no mercado econômico financeiro local, nacional ou mundial, em tampouco o expressivo grau de lesividade patrimonial, econômica, fiscal ou financeira em potencial de suas operações, mas sobretudo a sua habilidade de infiltração nos pilares do Estado e das instituições sociais e políticas. Assim, tecem arditamente teias que comprometem as mais sólidas estruturas estatais. Procuram conquistar o Estado por dentro, corroendo suas entranhas com ácido da corrupção, do tráfico de influência, da troca de favores. Financiam campanhas políticas, elegem membros de suas hostes ou pessoas comprometidas com seus objetivos, subornam agentes do Poder Público. (FERRO, 2012, p. 491)

Fica evidente neste trecho como as organizações criminosas agem e como traz riscos à sociedade, e muitas vezes se utilizam da violência usando inclusive a lei do silêncio:

Intimidam e matam jornalistas, policiais, políticos, membros do Ministério Público, juízes e quaisquer outros que lhes oponham resistência, além de submeterem seus afiliados a uma estrutura hierárquica e a um regime disciplinar. Menos recorrem à violência ou dela dependem para assegurar-lhes a impunidade quanto mais conquistam poder via corrupção. Objetivam a neutralização da eficácia da atuação de agentes do Estado e, especialmente, do aparelho de persecução penal deste. Sua lei é a do silêncio, a omertà. (FERRO, 2012, p. 492).

Por estes e muitos outros motivos que deve-se ter uma nova postura do Direito Penal, essa criminalidade está presente nos dias atuais, não surgiu com a globalização porém se utiliza dela, são favorecidos por ela e é exatamente isso que diz Ana Luiza A. Ferro:

Esses novos conquistadores não surgiram com a globalização, mas certamente, em sua estratégia expansionista de busca de poder e lucro, são por ela extremamente favorecidos. Não teriam a dimensão de danosidade social que alcançaram sem a rede por ela proporcionada. Isso não quer dizer, por exemplo, que todas as organizações criminosas sejam transnacionais, porém que as mesmas, à medida que se sofisticam e ostentam uma estrutura mais complexa, em moldes sempre empresariais, caminham para a transnacionalidade, servindo-se da globalização econômico-social e cultural, e adaptando-se às configurações variadas e às novas oportunidades do mercado. Aproveitando-se do capitalismo em sua feição desorganizada e das vulnerabilidades da democracia, mas não são exclusividade destes.

A criminalidade organizada tem um risco de danosidade a sociedade, não que precise do dano para ser punida como já vimos, mas é preciso uma política

de prevenção quanto a ela, ela se utiliza da globalização para agir, é favorecida por esse fenômeno e é preciso tomar medidas apropriadas para contê-la.

5.2 A importância da Teoria do Domínio do fato para fins de imputação no Crime Organizado

Como foi dito, verifica-se que dentre as teorias mencionadas no presente trabalho a teoria do domínio do fato nos permite classificar o líder do crime organizado também como autor, pois ele possui o domínio do fato e essa classificação seria a mais adequada, visto que considerar o “cabeça” de uma organização criminosa, aquele que planejou tudo e distribuiu ordens a serem cumpridas pelos executores, como mero participante/instigador não seria justo.

A teoria do domínio do fato vem sendo aplicada em casos concretos e um exemplo é a ação penal nº 470, mais conhecida como “Mensalão”, a teoria do domínio do fato foi usada para punir o “cabeça”/mentor do esquema José Dirceu de Oliveira e Silva, que na época era o Ministro-Chefe da Casa Civil, no inteiro teor do acórdão da mencionada ação diz que foi demonstrada a “existência de uma associação estável e organizada, cujos membros agiam com divisão de tarefas, visando à prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro” (AP 470/MG, 2013, p. 4-5).

Tal “associação” atuou de 2002 a 2005, com a divisão de tarefas, cada um era incumbido de determinadas ações e omissões sendo que em conjunto eram essenciais para a satisfação dos objetivos ilícitos da associação criminosa, entre os condenados está José Dirceu de Oliveira e Silva, no acórdão atribui-se a ele a organização e o controle das atividades criminosas no seguinte trecho “a organização e o controle das atividades criminosas foram exercidas pelo então Ministro-Chefe da Casa Civil, responsável pela articulação política e pelas relações do Governo com os parlamentares” (AP 470/MG, p. 13), foi condenado por formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal) e corrupção ativa (art. 333, do Código Penal).

Considerou-se José Dirceu como autor segundo a teoria do domínio do fato, pois é autor quem tem o controle do resultado, quem tem o controle de mudar a rota da ação criminosa e é exatamente isso que se encontra descrito no inteiro teor do acórdão da ação penal nº 470 (AP 470/MG, 2013, p. 102):

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim há de se verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito.

Com o dito, verifica-se que a teoria do domínio do fato é perfeitamente cabível nos casos de crime organizado para a verificação de possíveis autores do crime, inclusive para o líder da organização, que dá as ordens.

A teoria do domínio do fato tornou-se conhecida no Brasil após ter sido mencionada na ação nº 470 (mensalão) trazida acima, e não só no âmbito jurídico, sendo assim além de ser uma teoria moderna ela supera teorias anteriores e traz resultados melhores permite responsabilizar integrantes que antes o direito penal não alcançaria e isso é sustentado no seguinte trecho (GRECO; TEIXEIRA; LEITE; ASSIS; 2014, p. 82):

Mais do que uma teoria nova, moderna, que superaria as deficiências da anterior e chegaria a resultados mais satisfatórios, a teoria do domínio do fato vem sendo vendida como a ponte que permitiria que as classes altas, no caso do mensalão a classe política e a cúpula de bancos e agências publicitárias, fossem responsabilizadas criminalmente por delitos cometidos no âmbito das estruturas por eles controladas. A ideia de domínio do fato serviria – essa a ideia difundida – à responsabilização de um superior hierárquico, cujo comportamento, até então, não seria alcançado pelo direito penal. (GRECO; TEIXEIRA; LEITE; ASSIS; 2014, p. 82).

Luís Greco e os demais autores mencionados acima trazem que a ideia de domínio do fato “é tributária de uma nova concepção não só sobre o conceito de autor e de partícipe, mas principalmente sobre o tipo penal” e para isso “parte-se da premissa de que os tipos penais são descrições de ações perigosas para um bem (...) na hipótese de dolo não se trata apenas da criação de um mero risco, mas de um risco que o autor domina”, relevante se faz mencionar o exemplo trazido por eles para uma melhor compreensão, de forma que “matar alguém, portanto, não é somente causar a morte de alguém ou fazer aquilo que a linguagem do dia-a-dia chama de matar alguém, mas matar alguém é dominar o risco da morte de outrem” (GRECO; TEIXEIRA; LEITE; ASSIS; 2014, p. 55).

Portanto o autor é aquele que domina o risco do resultado, foi demonstrado no parágrafo anterior a tese central da teoria do domínio do fato, e é relevante destacar algumas considerações às quais essa tese se sustenta:

Uma consideração pode ser chamada de *consequencialista*, de utilidade social. Se o direito penal busca a proteção de bens jurídicos, cuja lesão ocorre através de ações humanas, faz sentido que ele dirija suas proibições primordialmente às figuras centrais dessas ações, e estas são, em regra, as pessoas que dominam o que fazem, as que, em última análise, dominam o risco do resultado. Todavia, esse é um argumento de utilidade social, e um argumento de utilidade social nunca é suficiente para que o Estado possa restringir a liberdade de uma pessoa (...) precisa-se de um argumento que demonstre que o Estado não está meramente instrumentalizando a pessoa a favor do interesse de terceiros. Esse argumento, não mais de natureza consequencialista, deve ser (...) um argumento *deontológico*. Aqui a ideia será a de que nós somos mais responsáveis por aquilo que dominamos. A realização daquilo que dominamos é uma função imediata de nossa liberdade, e esta tem como corolário imediato uma certa responsabilidade. Assim, o direito possui maior legitimidade em responsabilizar aquele que domina o que faz. (GRECO, TEIXEIRA, LEITE, ASSIS, 2014, p. 56).

Essas são as fundamentações da teoria do domínio do fato onde há um maior interesse e uma maior legitimidade em responsabilizar quem possui o domínio do que faz. Porém não acaba por aí, sabe-se que essa teoria considera autor aquele que tem o domínio do fato, mas o que seria esse “fato”? O domínio pode se dirigir a própria ação, assim sendo, quem domina a própria ação é sempre responsável pelo fato, em outras palavras, quando por sua ação o sujeito domina o risco do resultado a responsabilidade pelo fato será sua. A autoria como domínio sobre a própria ação “é o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo, isto é, do autor imediato ou autor direto” (GRECO, TEIXEIRA, LEITE, ASSIS, 2014, p. 56-57). Os executores do crime organizado se encontram nessa categoria, são considerados autores do crime, possuindo uma autoria imediata.

Também há a teoria como domínio em conjunto, pois “uma outra forma de dominar um fato consiste numa atuação coordenada, em divisão de tarefas, com uma ou mais pessoas” de modo que “ao partirem de uma decisão comum de praticar o fato e prestarem contribuição relevante para realização do fato, dominam o fato de forma conjunta; eles possuem, o domínio funcional do fato”, isso torna cada um coautor do fato como um todo. Percebe-se que há uma situação fática comum e uma contribuição relevante, dois elementos para que se configure coautoria e isso fundamenta uma “imputação recíproca, ou seja, a ação individual de um coautor – a

qual por si só, pode não ser suficiente para realizar o tipo – é imputada ao outro e vice-versa” (GRECO, TEIXEIRA, LEITE, ASSIS, 2014, p. 58).

E ainda, é possível a autoria como domínio de um terceiro “é uma espécie de autoria ancorada não no domínio da própria ação, mas da ação de um terceiro” (GRECO, TEIXEIRA, LEITE, ASSIS, 2014, p. 58), por exemplo, se utilizar de um doente mental (inimputável) como instrumento para cometer o delito, e aqui se trata de uma forma de domínio do fato, qual seja, o domínio da vontade, o doente mental ainda será autor do delito pois realiza o tipo penal, mas não será punido por não ter culpabilidade. Porém aquele que se utiliza do inimputável e que possui o domínio da vontade é considerado autor mediato. Há ainda outras hipóteses de domínio da vontade, como em casos de coação “tem-se o domínio da vontade nos casos em que o chamado homem de trás exerce coação sobre a pessoa que executa a ação pessoalmente” (GRECO, TEIXEIRA, LEITE, ASSIS, 2014, p. 59) de modo que a o homem que coagiu é quem será punido (em casos de coação irresistível ou estrita obediência a ordem) e erro “a autoria mediata também pode se fundamentar no erro do homem da frente” (GRECO, TEIXEIRA, LEITE, ASSIS, 2014, p. 59), ainda há a hipótese, que já foi objeto do presente trabalho, sobre autoria mediata e domínio da vontade, qual seja, o chamado domínio por organização “domínio que o autor possui por comandar um aparato organizado de poder” (GRECO, TEIXEIRA, LEITE, ASSIS, 2014, p. 60).

No mesmo sentido Rodrigo de Grandis diz “a ideia central da teoria do domínio do fato é a de que, para ostentar a condição de autor, o agente deve ser o protagonista da ação típica” (2014, p. 73) e traz também as formas de domínio:

Em conformidade com Claus Roxin, o domínio do fato pode se manifestar de três formas: (i) domínio da ação; (ii) domínio funcional do fato; e (iii) domínio da vontade. O domínio da ação enseja o aparecimento da autoria imediata, pois o agente controla a própria conduta. O domínio funcional do fato diz respeito à coautoria, existindo a planificação de uma conduta e a divisão de funções na prática delitiva. O domínio da vontade refere-se àquela situação na qual o sujeito, que está por trás, utiliza um terceiro, denominado instrumento, para que este cometa o crime. Essa última situação proporciona o aparecimento de uma autoria mediata do agente. (GRANDIS, 2014, p. 73)

Neste sentido, podemos analisar também a Lei nº 12.850/2013, esta lei traz em seu art. 2º verbos como “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por pessoa interposta, organização criminosa”, essas seriam

condutas típicas do crime organizado e quanto a isso, vale lembrar que, de acordo com Nucci o crime organizado trata-se de um crime formal, ou seja, “não exige para consumação qualquer resultado naturalístico” (NUCCI, 2013, p. 23), em outras palavras, o verbo integrar seria o necessário, abrangendo os demais, como Nucci mesmo diz “bastaria o verbo integrar, que abrangeria todos os demais. Quem promove ou constitui uma organização, naturalmente a integra; quem financia, igualmente, a integra, mesmo como partícipe” (NUCCI, 2013, p. 21).

Como diz Lurizam Viana “devido a abrangência do tipo penal em análise, a possibilidade de participação é muito limitada” (VIANA, 2016, p. 186), mas diz também que seria possível a participação nas organizações criminosas, como “um terceiro que não faz parte da organização contribui pontualmente para a realização de um fato criminoso, atuando como partícipe”, mas também pontua que poderia ser considerado autor caso tivesse o domínio do fato naquele caso específico (VIANA, 2016, p. 186).

Esta é uma lei recente e nela está previsto que se agrave a pena do comandante, líder ou chefe do crime organizado, previsto no art. 2º, §3º da Lei nº 12.850/2013 que diz “a pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução”, segundo Guilherme Nucci para teoria do domínio do fato “autor é quem executa o tipo e também comanda a ação típica e partícipe é quem auxilia o autor sem ingressar no tipo” (NUCCI, 2013, p. 31), ao dizer que a pena é agravada se o sujeito for o líder da organização está “sendo mais repreensível a conduta do homem de trás” podendo concluir que o legislador não o considerou como um mero partícipe (VIANA, 2016, p. 186), embora Nucci entenda que “para aplicar a agravante prevista no §3º, é suficiente liderar o crime organizado, seja ele considerado autor, seja partícipe” (NUCCI, 2013, p. 31).

Contudo, pode-se concluir que a teoria do domínio do fato se mostra a mais adequada para fins de classificar o autor do crime organizado podendo-se incluir o líder da organização como autor e não mero partícipe, incluindo nesse entendimento o art. 2º, §3º, da Lei 12. 850/2013 em que trouxe a conduta do líder como sendo mais repreensível com a previsão da agravante.

O presente capítulo se fez relevante para conectar tudo o que foi estudado até agora, pois para encontrar a teoria sobre autoria que melhor se aplica ao crime organizado é necessário o estudo da autoria dentro do direito penal

brasileiro bem como do crime organizado sua estrutura e características para então concluir se o líder de um crime organizado é considerado autor ou partícipe, sendo que esta se tornou a principal problemática do trabalho. Portanto o presente capítulo buscou demonstrar a importância do que foi estudo para então chegar a conclusões. A teoria do domínio do fato se mostrou muito relevante ao estudo, de modo que permite considerar o líder como autor do fato e o direito penal moderno se mostra presente ao falar de crime organizado, pois tornou-se uma nova ameaça a sociedade por se utilizar dos meios trazidos pela globalização a seu favor.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se que para conter a criminalidade organizada deve-se ter uma nova postura do Direito Penal, por ser uma nova ameaça à sociedade e uma vez que está tutelando um bem jurídico coletivo, qual seja a paz pública como sustentado por Nucci, deve-se ter uma preocupação ao conter tal delito.

Quanto ao estudo da autoria e participação dentro do crime organizado notou-se que foi preciso verificar a estrutura adotada pela organização criminosa bem como suas características para então adotar uma teoria adequada sobre autoria e participação. Percebeu-se que o problema se encontra em qual seria a imputação do líder/comandante do crime organizado, pois aquele que manda e emite ordens é considerado autor do crime? É coautor, participe/instigador ou autor mediato? E para responder tais questões foi preciso o estudo das teorias em torno de autoria e participação, entre todas, as mais relevantes foi a teoria do domínio do fato e dentro desta a teoria do domínio do fato sobre um aparato organizado de poder ou ainda chamada teoria do domínio por organização, uma ampliação do conceito de autor mediato elaborada por Roxin.

Com todo o exposto no trabalho, percebe-se que quando uma organização criminosa possui uma estrutura mais hierarquizada, com um maior número de integrantes, com um poder de mando entre outros pressupostos trazidos por Roxin poderia ser aplicada a teoria do domínio por organização e assim punir o líder da organização criminosa como autor mediato do crime, pois ele teria o domínio do fato sobre o aparato organizado de poder, que segundo essa teoria caracteriza sua autoria mediata e isso não exclui a autoria direta dos executores do crime. Em outros casos, onde os pressupostos de Roxin não se encaixam, podemos pensar na teoria do domínio do fato, que parece a mais adequada ao nos permitir punir o mandante/líder da organização como autor do crime e não um mero participe, pois parece inadequado dizer que o sujeito que planejou todo o esquema ser considerado um mero participe. Esta teoria é muito relevante ao estudo, inclusive foi aplicada em

um dos casos mais famosos do Brasil que foi a ação penal 470 (mensalão), foi utilizada para punir o líder do esquema, sem tal teoria não seria possível sua punição.

Hoje tem-se a Lei nº 12.850/2013 que regulamenta as organizações criminosas trazendo, inclusive um conceito específico, que antes não se tinha. A mencionada lei, traz uma possibilidade restrita de participação devido aos vários verbos trazidos como condutas típicas que configuram crime organizado, porém é possível a participação. A lei trouxe uma agravante para o líder da organização o que nos permite entender que não trata ele como participe, e sim como autor (embora alguns autores entendem diferente).

Em síntese, entende-se que a forma mais apropriada de imputação aos integrantes de organizações criminosas é considerar autor aqueles que possuem o domínio do fato e participe aquele que não o possui (se utilizando de exclusão), adotando assim a teoria do domínio do fato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes: uma investigação sobre os problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro**. 3º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. Disponível em:
<https://www.passeidireto.com/arquivo/11063631/concurso-de-agentes---nilo-batista>. Acesso em: 10 set. 2018.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2º. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997-1999. 149 p.
- CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CALLEGARI, André Luís. **Imputação Objetiva, lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- CARRARA, Francesco. **Curso di diritto criminale**. Ottava edizione. Firenze: Casa editrice libreria “fratelli cammelli”, 1897. Disponível em:
<http://www.ristretti.it/areestudio/cultura/libri/carrara.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – lei nº 12.850/2013**. Salvador/ BA: JusPODIVM, 2013.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 11º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FRANCO, Alberto Silva. **O difícil processo de tipificação**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: IBCCrim, v. 2, nº 21, set. 1994.
- GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raúl. **Crime Organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- GRANDIS, Rodrigo de. **A imputação nas organizações empresariais**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.
- GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GRECO, Luís. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

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

JAKOBS, Gunther. **Crítica à Teoria do Domínio do Fato.** Barueri/SP: Manole, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas.** 3^o ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal.** 32^o ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAVORENTI, Wilson. SILVA, José Geraldo da. **Crime Organizado na Atualidade.** 1^o ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MESSA, Ana Flávia. CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Crime Organizado.** 1^o ed. 2^o triagem. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal.** 26^o ed. rev. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e Crime Organizado: aspectos legais, autoria mediata, responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder, atividades criminosas.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Concurso de Pessoas.** 1^o ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa.** 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ORTIZ, Mariana Tranchesí. **Concurso de agentes nos delitos especiais.** 1^o ed. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

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, n. 17, nov. 2009. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/dominio-independente-autoria-mediata-223019925>. Acesso em: 18 out. 2018.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Dos tipos plurissubjetivos.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SÁNCHEZ, Jesús- María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SHIMAMURA, Emilim. **A liberdade em Locke e Rousseau à luz da teoria de Jurgen Habermas**. Londrina: Revista de Direito Público, 2008. Disponível em: www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/10937/9600. Acesso em: 20 mar. 2018.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado: procedimento probatório**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal n.470**. 2013. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf. Acesso em: 19 out. 2018.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. 1º ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire. LEONI, Rafaela Aparecida Parizi. **Breves esclarecimentos conceituais sobre a teoria do domínio do fato**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_26877030_BREVES_ESCLARECIMENTOS_CONCEITUAIS SOBRE DA TEORIA DO DOMINIO DO FATTO.aspx. Acesso em: 20 mar. 2018.

VIANA, Lurizam Costa. Autoria e participação no âmbito da criminalidade organizada. In BRODT, Luis Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9º ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.