Universidades Lusíada

Valdágua, Maria da Conceição Santana, 1949-

Observações suscitadas pela conferência do professor Claus Roxin: autoria mediata através de domínio da organização

http://hdl.handle.net/11067/5415
https://doi.org/10.34628/0d09-ev85

Metadados

Data de Publicação	2005
Palavras Chave	Roxin, Claus, 1931- Crítica e interpretação, Autor (Direito penal), Responsabilidade penal
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 03 (2005)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-26T11:27:20Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

OBSERVAÇÕES SUSCITADAS PELA CONFERÊNCIA DO PROFESSOR CLAUS ROXIN "AUTORIA MEDIATA ATRAVÉS DE DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO" (COMUNICAÇÃO)

Maria da Conceição Valdágua

OBSERVAÇÕES SUSCITADAS PELA CONFERÊNCIA DO PROFESSOR CLAUS ROXIN SOBRE "AUTORIA MEDIATA ATRAVÉS DE DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO", PROFERIDA NA UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA EM 6 DE NOVEMBRO DE 2002

Maria da Conceição Valdágua*

1. Quero, antes de mais, agradecer ao Senhor Professor Claus Roxin a sua conferência, tão cheia de interesse como rica de conteúdo, relativa a problemas fundamentais da "Autoria mediata através de domínio da organização" ("Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft"). Como se sabe, esta figura jurídica, que o Prof. Roxin criou e introduziu no debate científico há cerca de 40 anos, resulta da investigação em que assenta a sua monumental tese de habilitação sobre "Autoria e domínio do facto" ("Täterschaft und Tatherrschaft"), da qual foram já publicadas 7 edições, a primeira das quais em 1963.

Quem conhece o Prof. Roxin, sabe que, em seu entender, não se pode prestar melhor homenagem a um cientista do que travar com ele um diálogo crítico objectivo acerca das teses que sustenta, incluindo aquelas que constituem as traves mestras do respectivo sistema. Isto encorajou-me a formular e a apresentar aqui algumas interrogações e dúvidas que desde há muito me suscita a figura roxiniana da "autoria mediata através de domínio da organização" (ou, na terminologia inicialmente adoptada pelo Prof. Roxin, na sua referida tese de habilitação de 1963, "domínio da vontade através de aparelhos de poder organizados", "Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate"). Essas dúvidas e interrogações redundam, aliás, em larga medida, numa crítica intra-sistemática da concepção do Prof. Roxin, visto que estou inteiramente de acordo com ele em que o ponto de partida da delimitação entre autoria e participação criminosa é a ideia de que o autor – ao contrário do instigador e do cúmplice – constitui a "figura central" ("Zentralgestalt") do acontecimento criminoso e também entendo que existe uma terceira forma de autoria mediata, distinta, quer dos casos em que a vontade do executor é dominada pelo homem de trás (Hintermann) através

* Universidade Lusíada de Lisboa.

da indução do executor em erro ou de aproveitamento de um erro em que ele se encontra ("Willensherrschaft kraft Irrtums"), quer dos casos em que o domínio da vontade do executor pelo homem de trás assenta em coacção exercida sobre o executor ("Willensherrschaft kraft Nötigung").

Apesar desta larga concordância com o Prof. Roxin, tenho dificuldade em aceitar – fundamentalmente pelas razões que adiante muito sumariamente exporei – a sua tese de que as constelações de domínio da vontade do executor pelo homem de trás através da utilização de um aparelho de poder organizado correspondem a uma terceira forma de autoria mediata, paralela à autoria mediata fundada em erro do executor e à autoria mediata assente em coacção exercida sobre o executor.

2. A minha dificuldade em aceitar a posição do Prof. Roxin nesta matéria resulta, em primeiro lugar, de me parecer que duas das características fundamentais que ele atribui à figura da autoria mediata através de domínio da organização – a fungibilidade do executor e o funcionamento da organização respectiva "à margem do direito" ("rechtsgelöst") – estão infirmadas de um elevado grau de indeterminação, que as torna, em larga medida, inservíveis como factores de delimitação da autoria mediata. Cfr., a este respeito, o nº 4, infra.

3. Mas, além disto – e sobretudo –, parece-me que, nos casos em que a utilização, pelo homem de trás (o chamado "autor de secretária", "Schreibtischtäter"), de uma organização que funciona à margem do direito dá lugar ao aparecimento de uma situação de autoria mediata, isso não se deve à fungibilidade do executor, que, de resto, não é específica destes casos, como justamente observa Jakobs. Deve-se, sim, a que, nos casos em referência – tal como, por exemplo, em todos os outros casos em que o facto tipicamente ilícito é cometido no cumprimento de uma ordem –, o executor subordina à vontade do homem de trás a manutenção da decisão dele, executor, sobre a prática do facto tipicamente ilícito. Parece-me que esta subordinação da manutenção do desígnio criminoso do executor à vontade do homem de trás fundamenta uma terceira forma de domínio do facto pelo homem de trás e, portanto, também de uma terceira forma de autoria mediata, que deve ser autonomizada, ao lado das formas de autoria mediata por erro do executor e de autoria mediata por coacção exercida sobre o executor. Cfr., a este respeito, o nº 5, infra.

4. Os requisitos de que, por um lado, funcione à margem do direito a organização, cuja utilização pelo homem de trás fundamentaria a autoria mediata deste, e, por outro lado, seja fungível o executor do crime no âmbito dessa organização, são trazidos à colação pelo Prof. Roxin, nesta conferência hoje proferida, para rejeitar a aplicação da figura da autoria mediata por domínio da organização à actividade empresarial. O Prof. Roxin observa a este respeito, com inteira razão, que não pode assentar-se em que uma empresa, que participa no comércio jurídico e está integrada na ordem jurídica, funciona

à margem do direito, pelo menos em termos comparáveis àqueles em que actuava, por exemplo, o aparelho estadual alemão no tempo do nacional--socialismo ou em que actuam organizações de tipo mafioso ou organizações terroristas. Por isso mesmo, em seu entender, também não se verifica, no âmbito das organizações empresariais, uma fungibilidade de executores de crimes em cumprimento de ordens emanadas dos dirigentes da respectiva empresa.

Mas esta última asserção, que poderá valer, por exemplo, em relação ao tipo penal do homicídio, não é evidente, ou mesmo plausível, quando se pensa em infracções fiscais, crimes económicos, delitos contra o meio ambiente, branqueamento de capitais, abuso de informação privilegiada (Insiderhandel) e outros delitos, que estão longe de constituírem casos raros, pelo menos no âmbito de grandes empresas. Cabe então perguntar quão distanciada deve estar do direito a actividade de uma empresa e qual o grau de fungibilidade dos executores de crimes – ou de determinadas espécies de crimes – que deve exigir-se, para que haja ou possa haver, no âmbito de uma organização empresarial, casos de autoria mediata através do domínio da organização, no sentido roxiniano

Num artigo recente, publicado, em 1999, no livro de homenagem a Grünwald, o Prof. Roxin sustentou que o funcionamento da organização à margem do direito, como requisito da existência de uma autoria mediata por domínio da organização, só necessita de se referir aos factos incriminados cometidos em autoria mediata e não a todo o âmbito de actuação da organização. Esta posição, em meu entender, aponta, bem mais claramente do que a conferência hoje proferida, para a extensão, à actividade empresarial, da figura roxiniana da autoria mediata por domínio da organização.

De qualquer modo, parece-me justificado o receio de que os requisitos da fungibilidade dos executores, por um lado, e do funcionamento da organização à margem do direito, por outro, não permitam uma delimitação satisfatória da figura da autoria mediata por domínio da organização, nomeadamente no campo da actividade empresarial.

5. Quer no Código Penal português, quer no Strafgesetzbuch alemão vigentes, respectivamente no art. 26º e no § 25, o autor mediato é descrito como aquele que executa o facto tipicamente ilícito "por intermédio de outrem" ("durch einen anderen") . Para quem, como o Prof. Roxin, interpreta esta expressão no sentido da doutrina do domínio do facto (Tatherrschaft) e encara o autor – ao contrário do instigador ou do cúmplice – como a figura central do acontecimento criminoso, parece que seria coerente admitir, ao lado da autoria mediata por erro do executor e da autoria mediata por coacção exercida sobre o executor, uma terceira forma de autoria mediata, que abrangesse os casos em que, por um lado, o homem de trás, ao determinar, directa ou indirectamente, o homem da frente (Vordermann) ao cometimento do crime, se arrogou, expressamente ou de modo concludente, a competência para, se assim o entendesse, "travar" o homem da frente, dissuadindo-o do seu propósito criminoso, e, por outro lado, o homem da frente, também de modo

expresso ou de forma concludente, reconheceu ou atribuíu ao homem de trás uma tal competência.

É isto que acontece nos casos de realização de um tipo legal de crime no cumprimento de uma ordem, porquanto, se o homem da frente decide cometer o crime por isso lhe ter sido ordenado, directa ou indirectamente, pelo homem de trás, reconhece a este, forçosamente, a competência para lhe dar, em qualquer momento anterior à execução, uma contra-ordem. E o mesmo se verifica, por exemplo, mutatis mutandis, nos casos em que o homem da frente toma a resolução de realizar o tipo legal de crime determinado por uma promessa feita pelo homem da retaguarda ou por a tal se ter comprometido através de acordo celebrado com este, visto que, nesses casos, se o homem de trás retirar a promessa ou denunciar o acordo, o homem da frente não executará o crime (a não ser, claro, que entretanto se tenha resolvido a cometê-lo por outra ou outras razões, distintas da promessa feita pelo homem de trás ou do ajuste feito com este, situação em que estará excluída a autoria mediata do homem de trás, quanto a um eventual crime consumado).

Diferente é o que se passa quando o homem de trás determina a resolução criminosa do homem da frente, em termos dos quais resulta que a decisão final sobre a execução ou não execução do facto tipicamente ilícito é da competência exclusiva do homem da frente. Pense-se, por exemplo, em todas aquelas situações em que o homem de trás nada ordena ou promete ao homem da frente, nem tenta obter dele compromisso algum quanto à execução do crime, limitando-se a convencê-lo a praticar o facto. Aqui, não se vislumbra no homem de trás qualquer espécie de domínio do facto (nem, portanto, qualquer forma de autoria mediata). Trata-se de casos de instigação.

6. Também Puppe e Jakobs sustentam que os casos em que o homem da frente faz depender da vontade do homem de trás a manutenção ou não manutenção da decisão de executar o facto tipicamente ilícito devem ter um regime diverso dos restantes casos de determinação do homem da frente, pelo homem de trás, ao cometimento do crime. No entanto, esses penalistas entendem que aqueles casos, em que o homem da frente subordina a manutenção ou não manutenção da sua resolução criminosa à vontade do homem de trás, constituem exemplos – ou mais exactamente: são os únicos exemplos – de instigação punível. Esta posição, a meu ver, não está certa, pois, por um lado, trata-se de constelações de domínio do facto pelo homem de trás (e, portanto, de autoria mediata), e, por outro lado, não vemos razão válida para excluir do campo da instigação todas as restantes situações de determinação de outrem a executar o facto tipicamente ilícito, nas quais não há erro do homem da frente, nem coacção exercida sobre ele, nem subordinação da manutenção do seu desígnio criminoso à vontade do homem de trás. Essas situações constituem, em grande parte, verdadeiros casos de instigação punível, abrangidos pela letra e pelo espírito do art. 26º do Código Penal português, parte final, e pelo § 26 do Strafgesetzbuch alemão.