

A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro

Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”)

Por Prof. Dr. **Luís Greco**, LL.M., Augsburg, **Alaor Leite**, LL.M., Munique*

I. Introdução

Também no Brasil as teorias do domínio do fato e do domínio da organização ganharam protagonismo no debate.¹ O tribunal brasileiro de maior hierarquia, o Supremo Tribunal Federal (= STF), mencionou² essas ideias, desenvolvidas sobretudo por *Roxin*,³ em recente decisão que tinha como objeto um enorme escândalo de corrupção no âmbito do governo federal (Ação Penal = AP 470/STF).⁴ O caso, que, de um ponto de vista político, constitui um dos mais rumorosos e candentes da história brasileira recente, foi acompanhada

* O primeiro autor é Professor Titular de Direito Penal, Processo Penal e Direito Penal Econômico na Universidade de Augsburg; o segundo é doutorando na Universidade de Munique. O trabalho foi originalmente escrito em alemão, para um público que desconhece por completo tanto o Caso Mensalão, quanto o direito brasileiro (originalmente publicado na presente revista, *Die „Rezeption“ der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht*, ZIS 2014, 284). Preferimos manter inalterada essa característica do artigo, não apenas para que o leitor brasileiro possa tomar conhecimento de o que exatamente contamos ao público alemão, mas também porque o segundo autor já se manifestou a respeito de problemas de autoria e participação no Caso Mensalão em *Leite*, RBCC 106 (2014), 47. (este trabalho foi publicado igualmente no livro *Greco/Leite/Teixeira/Assis*, *Autoria como domínio do fato*, Marcial Pons, São Paulo/Madrid/Buenos Aires, 2014, p. 123 e ss.). A tradução para o português da versão original foi feita pelo segundo autor.

¹ A figura do domínio da organização protagoniza relevantes discussões contemporâneas. Sobre a adoção da figura no direito penal internacional ver *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 365 e ss., p. 590 e ss., p. 613.; *Kreß*, GA 2006, 304; *Radtke*, GA 2006, 350; ver também a recente decisão do caso Katanga no IStGH, de 30.9.2008 – Nr. ICC-01/04 – 01/07, especialmente p. 166 e ss., p. 226; a esse respeito *Ambos*, in: *Heinrich/Jäger/Schünemann* (org.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, *Strafrecht als Scientia Universalis*, 2011, p. 837; sobre a aplicação da figura na argentina ver *Ambos*, GA 1998, 226 (238); sobre o caso do ex-presidente peruano Fujimori ver a edição especial da ZIS 2009, 549.

² A razão pela qual preferimos o verbo “mencionar” ao invés de “aplicar” deve ficar evidente ao longo do estudo.

³ *Roxin*, GA 1963, 193; por último em GA 2012, 395.

⁴ A decisão pode ser encontrada em:

ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf (28.2.2014 – o acesso é, por vezes, lento). Sobre a forma de citação por nós preferida cf. abaixo, nota de rodapé n. 7.

do pela imprensa e pela opinião pública com enorme e implacável interesse.⁵

O presente estudo almeja três objetivos. Em primeiro lugar, a ideia é informar a respeito das manifestações centrais da decisão relativas à dogmática da autoria e da participação, isto é, das formas de intervenção no delito. Em segundo lugar, o estudo quer oferecer uma contribuição para a discussão que, na teoria do direito comparado, é conhecida sob a rubrica de “legal transplants”. Por fim e primordialmente, o estudo questiona se a decisão tem, também de uma perspectiva jurídica, isto é, aos olhos de uma ciência jurídica universal, a relevância que lhe assiste de uma perspectiva política. Em outras palavras: podese aprender algo com essa decisão?

Após algumas necessárias observações prévias de cunho metodológico (II), o contexto fático e a decisão serão concisamente descritos (III.) Em seguida serão expostas as questões jurídicas em torno das formas de intervenção no delito (IV.). A primeira conclusão é a de que a anunciada recepção da teoria do domínio do fato, a rigor, não ocorreu, com o que surge, imediatamente, a pergunta pelas verdadeiras razões da menção às figuras do domínio do fato e do domínio da organização. Por fim, depois de uma crítica às afirmações centrais contidas na decisão (V), é preciso responder a pergunta sobre se podemos retirar da decisão algumas lições para o futuro (VI).

II. Os desafios metodológicos diante de “decisões-monstro”

1. O Supremo Tribunal Federal brasileiro corresponde essencialmente ao Bundesverfassungsgericht (= BVerfG) alemão. Ele exerce grande parte das competências de uma Corte Constitucional, em especial o controle abstrato de constitucionalidade e a resolução de controvérsias entre Estados e Federação (art. 102 I a, f CR/1988). A instância que deve assegurar a uniformização da aplicação do direito federal é, de outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (= STJ, Art. 105 III CR/1988), que corresponde, portanto, ao Bundesgerichtshof alemão (= BGH). Ainda assim, o STF possui uma série de competências que extrapolam sensivelmente o papel de uma verdadeira Corte Constitucional. Em especial, é competência exclusiva do STF decidir sobre ações penais em face dos Ministros do Governo Federal e dos integrantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 102 I c CR/1988).⁶

⁵ Também a ciência jurídica tem se ocupado de forma intensa da decisão, como o comprovam as edições especiais dedicadas apenas a esse caso da *Revista dos Tribunais* 933 (2013) e da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 106 (2014).

⁶ Para maiores detalhes ver *Pacelli*, *Curso de Processo Penal*, 15. ed. 2011, p. 207 e ss., p. 211 e ss.

A decisão que ora comentamos foi proferida em uma dessas ações penais. Ela é composta, dessa forma, não apenas por respostas a questões de direito, mas também pela análise de todo o material fático-probatório – isto é, de questões de fato –, e isso sem que se diferencie claramente entre um e outro aspecto. Além disso, há outras especificidades que têm de ser relevadas. Cada um dos onze Ministros do STF lavra o seu próprio voto com própria fundamentação. Existe, é verdade, um relator para cada processo, ao qual os outros Ministros podem se referir e com o qual podem concordar, o que no entanto não é obrigatório e não ocorreu no presente caso. Há alguns anos, os julgamentos, nos quais tomam parte também os defensores, são transmitidos ao vivo em um canal televisivo coordenado pelo próprio Poder Judiciário (a chamada “TV Justiça”), que também pode ser acompanhado pela internet. As discussões e deliberações entre os Ministros são igualmente transmitidas; essas discussões e deliberações são transcritas e compõem, ao lado do voto de cada Ministro, a decisão judicial publicada. No caso concreto, todas essas circunstâncias conduziram a uma decisão final que contém cerca de 8.000 páginas.⁷ Na Alemanha, conhece-se o conceito de “processo volumoso” ou “processo-monstro” (Umfangsverfahren, Monsterverfahren);⁸ não se fez necessário, ainda, cunhar a expressão “decisão judicial volumosa” ou “decisão-monstro”. Em relação à decisão brasileira está-se, no entanto, diante de uma decisão merecedora desse designativo.

2. São evidentes as dificuldades de destilar uma decisão unitária do tribunal enquanto instituição, uma vez que a matéria prima do intérprete é um emaranhado que não diferencia questões de fato e de direito e que contém manifestações tanto orais, por vezes declaradamente superficiais e descompromissadas, como também escritas, estas supostamente mais refletidas, e isso de onze Ministros.⁹ É, portanto, impossível analisar essa decisão, prehe de características específicas, da mesma forma com que se pode analisar em regra uma decisão de um tribunal alemão ou europeu. Em primeiro lugar, nosso

⁷ Sem contar o material probatório, com o que se chegaria a um total de 50.000 páginas. Cada voto possui a sua própria contagem de páginas, de modo que preferimos citar a decisão pela única numeração unívoca existente, ou seja, aquela que contém o material probatório. Assim o leitor pode identificar o trecho referido com maior facilidade, já que nem sempre é fácil encontrar a manifestação do Ministro apenas com a referência da paginação particular.

⁸ Ver por exemplo *Wesemann*, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (org.), *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, p. 891; *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 28. ed. 2014, § 16 nm. 5.

⁹ No Brasil, em regra não há vinculação jurídica de precedentes, salvo em casos expressos em lei, como o de declaração de inconstitucionalidade de uma lei. De todo o modo, sabe-se que há uma vinculação fática, e que nessa medida uma identificação das rationes decidendi é imprescindível. Sobre os problemas gerais da vinculação a precedentes ver *Schlüter*, *Das Obiter Dictum*, 1973, p. 77 e ss.; *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. ed. 1976, p. 282 e ss.; *Duxbury*, *The Nature and Authority of Precedent*, 2008, p. 58 e ss., p. 67 e ss.

comentário terá de esforçar-se no sentido de reconstruir o contexto fático e as linhas mestras da decisão. Boa parte do presente comentário científico à decisão será dedicada, assim, a interpretá-la e compreendê-la. A pergunta passa a ser como, então, essa interpretação construtiva deve ocorrer.

Na teoria do direito, falase usualmente em uma reconstrução racional de decisões judiciais.¹⁰ Identifica-se na decisão judicial um fundamento e uma conclusão e, em seguida, tenta-se entender a conclusão como consequência lógica, isto é, baseada em razões, do fundamento. Os trechos da decisão que conduzem logicamente ao resultado podem ser identificados como rationes decidendi; a decisão pode, assim, ser mais facilmente compreendida, e idealmente, torna-se possível reconstruir a decisão como um simples condicional: “dado A, segue B”. Em regra, as decisões dos tribunais alemães deixam-se reconstruir de forma racional, e costumam conter fundamentação razoável.

Em “decisões-monstro” esse empreendimento se depara com barreiras estruturais. Nessas decisões, em razão das inúmeras circunstâncias acima descritas, seria um tanto surpreendente que existisse uma relação lógica entre fundamento e conclusão. O esforço por uma reconstrução racional dessas decisões tem, por isso mesmo, de ser mais cuidadoso. Afinal, a suposta reconstrução pode transformar-se facilmente em uma falsificação ou em uma racionalização ex post.

O comentário de decisões-monstro tem de proceder diversamente. De todo modo, também nesses casos é aconselhável que se diferencie entre fundamentação e resultado, e também nesses casos o esforço deve orientar-se, primeiramente, no sentido de uma reconstrução racional da decisão. Esses passos iniciais, por si só, representam grande desafio, já que nem sempre será possível identificar uma linha argumentativa clara.¹¹ Quando uma reconstrução racional nesses moldes não for possível, esse deficit não poderá ser suplantado por uma falsificação ou racionalização ex post. A compreensão da decisão não se dará mais por meio do estabelecimento de relações lógicas, baseadas em razões, mas sim em outra sorte de relações entre fundamento e conclusões, a saber: relações retóricas, isto é, baseadas em apelos.

3. Dessa forma, abre-se uma vereda para a crítica da decisão. Afinal, decisões judiciais devem possuir a pretensão de convencer por meio de razões logicamente apreensíveis e não a de impressionar por meio de apelos que possuem efeito retórico-emocional. Essa distinção entre a dimensão lógica e a dimensão retórica oferecerá, ademais, a chave para que se compreenda a verdadeira razão pela qual ao STF pareceu tão relevante “recepção” uma prestigiada teoria alemã.

Com isso, desaguaremos na conhecida discussão travada entre os comparatistas a respeito dos chamados legal trans-

¹⁰ Ver *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1983, p. 17 e ss, p. 43 e ss., p. 219 e ss.; *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1. ed., 1994, p. 498 e ss.

¹¹ Essa contingência nos impedirá de citar cada detalhe da argumentação do Tribunal, de forma que nos limitaremos aos trechos principais, mais representativos de cada argumento a ser analisado.

plants.¹² Sob esse conceito são discutidas as tensões que surgem quando figuras ou categorias jurídicas desenvolvidas em determinados contextos dogmáticos e culturais são transportadas para outros ordens jurídicas que não possuem as mesmas “condições estruturais”.¹³ A recepção brasileira da teoria do domínio do fato se revela como um transplante problemático em outro sentido, a saber: uma consideração, concebida e manejada como uma razão em seu país de origem, foi introduzida em outra ordem jurídica não mais como razão, mas como apelo com efeitos retóricos, e, assim, falsificada.

III. O caso

O contexto fático é altamente complexo, de modo que é possível oferecer apenas uma descrição geral.¹⁴ Havia vários acusados (inicialmente 40; ao final, 38 foram definitivamente julgados pelo STF) e várias eram as imputações. Pessoas da cúpula do Governo Federal da época (mandato do Presidente Lula, de 2003-2010) e do partido político do antigo Presidente (Partido dos Trabalhadores) teriam comprado apoio político de parlamentares de outros partidos por meio de uma sorte de mesada. Daí o emblemático nome “mensalão”, logo disseminado pela mídia. O pagamento da mesada visava a um direcionamento das votações na Câmara de Deputados, evidentemente no sentido dos anseios do partido da situação. Na Câmara de Deputados,¹⁵ composta por 512 parlamentares, estão representados nada menos que 18 partidos; não existe a previsão de uma cláusula de barreira (Sperrkausal) como a do § 6 III Bundeswahlgesetz (Lei eleitoral federal).¹⁶ Apenas 87 parlamentares pertencem ao partido do governo. Não há uma

¹² *Watson*, *Legal Transplants*, 2. ed. 1993, p. 1 e ss, p. 21 e ss; ver também *Teubner*, *Modern Law Review* 61 (1998), 11; *Legrand*, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 111 (1997), 111.; *Graziadei*, in: *Reimann/Zimmermann (org.)*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, p. 441.

¹³ *Watson* (n. 11), p. 21 e ss.

¹⁴ A reconstrução que buscaremos empreender limitar-se-á a uma sucinta exposição dos principais resultados do processo. Vários dos livros publicados a respeito desse julgamento podem ser considerados, em grande parte, tendenciosos, e são, na verdade, contribuições para uma ainda viva disputa política, e não relatos que possam de alguma maneira interessar àqueles que buscam formar uma opinião jurídica sobre o assunto. Para um exemplo da repercussão na imprensa alemã: <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/korruptionsskandal-in-brasilien-prozess-um-den-grossen-monatslohn-11840684.html> (28.2.2014).

¹⁵ Retiramos essas informações do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados:

<http://www.camara.gov.br/Internet/Deputado/bancada.asp> (26.2.2014).

¹⁶ (N.T.) Essa cláusula, simplificadamente, limita o acesso de um partido ao Bundestag (parlamento alemão) caso o partido não consiga ultrapassar a marca dos 5 % dos votos. O fundamento dessa cláusula é impedir que uma fragmentação do Bundestag comprometa a sua capacidade de funcionamento (BVerfGE 6, 84 [92 e ss.]).

vinculação verdadeiramente estável entre partidos de apoio e o partido governo. Diante de condições estruturais como as descritas, em que o governo federal não dispõe de uma maioria estável na Câmara de Deputados, fica bastante claro como pode surgir um esquema de compra de apoio político como o “mensalão”. Os valores pagos vinham do patrimônio de bancos e agências de publicidade, que tinham interesse em um bom relacionamento com o governo. A cúpula do governo, bem como os sujeitos em cargos de destaque nos bancos e agências, foram condenados sobretudo por corrupção ativa (art. 333 do Código Penal Brasileiro = CP) e lavagem de dinheiro (art. 10 da Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.683/2012).

Foi precisamente nesse contexto que surgiram as menções às figuras do domínio do fato e do domínio da organização. A elas recorreram alguns Ministros do STF para fundamentar a responsabilidade penal de uma série de pessoas com posição de destaque nas estruturas organizacionais. Todos os acusados que gozavam de posição de destaque no governo, nos bancos e nas agências foram condenados. As penas aplicadas foram bastante altas.¹⁷ Parlamentares que receberam os pagamentos foram condenados por corrupção passiva (art. 317 CP),¹⁸ com a ressalva de que nestes últimos casos as teorias do domínio do fato e da organização não tiveram significado decisivo.

IV. A dogmática da autoria e da participação na decisão

O fato de que as teorias do domínio do fato e do domínio da organização tenham sido mencionadas causa, de todo o modo, espanto. Afinal, o direito penal brasileiro parte de um sistema unitário de autor. Todos aqueles que concorrem para o delito são unidos a partir do mesmo marco penal, e sequer na determinação judicial da pena há distinção clara e precisa entre autoria e participação. Por que, então, decidiu o STF servir-se de uma teoria cuja finalidade é precisamente distinguir entre autor e partícipe? Essa é a pergunta que deve nos guiar na busca pela reconstrução do conteúdo da decisão.

1. O sistema unitário de autor no direito penal brasileiro

O dispositivo central de autoria no direito positivo brasileiro tem a seguinte redação: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (Art. 29 caput CP). O conceito de “concurso” no sentido do art. 29 caput CP é compreendido em sentido bastante amplo. A doutrina dominante interpreta esse dispositivo em conjunto com o art. 13 caput, segunda frase CP, que contém uma definição legal de causalidade: “Causa é toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. A fórmula da *conditio sine qua non* possui, no Brasil,

¹⁷ Para detalhes sobre a determinação judicial da pena nessa decisão ver: *Teixeira*, RBCC 106 (2014), 13.

¹⁸ Ao contrário da Alemanha (cf. *Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann [org.]*, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Vol. 1, 12. ed. 2007, § 11 nm. 32), no Brasil os parlamentares são considerados funcionários públicos em sentido jurídico-penal.

força de lei. Concorrente e, assim, autor é todo aquele que presta uma contribuição causal para o crime. A partir dessa construção é que se pode apreender a correção do diagnóstico de *Welzel*: “O conceito extensivo de autor foi um fruto tardio da teoria causal da ação”¹⁹. O sistema unitário de autor de matriz causal foi introduzido no direito positivo brasileiro em 1940,²⁰ por influência clara e forte do Código Penal italiano de 1930 (Art. 110 e ss. do Código Penal italiano).²¹ É de se presumir uma influência mediata do direito alemão na regulação brasileira da autoria e da participação: um dos mais ilustres defensores do sistema unitário era von Liszt,²² cujo manual de direito penal foi traduzido para o português em 1899.²³

A maior vantagem a que o defensor do sistema unitário de autor costuma reportar-se é, em verdade, uma consideração pragmática, a saber: *a facilitação da aplicação do direito*.²⁴ O tribunal, nos termos do art. 29 em conjunto com o art. 13 CP, deve apenas verificar se existe um liame causal entre uma ação e uma omissão e um resultado; nesse caso, já se terá um

¹⁹ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. ed. 1969, p. 99 e ss.

²⁰ Assim expressamente na exposição de motivos (Nr. 22) do Código Penal brasileiro de 1940; sobre os fundamentos do conceito unitário de autor cf. *Kienapfel*, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971, p. 25 e ss.; *Detzer*, Die Problematik der Einheitstäterlösung, 1972, p. 63 e ss., p. 76 e ss.; *Schumann*, Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG, 1979, p. 9 e ss.; *Trunk*, Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale, 1987, p. 1 e ss.; *Seier*, JA 1990, 342 (382); *Renzi-kowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, p. 13 e ss.; *Hamdorf*, Beteiligungsmodelle im Strafrecht, 2002, p. 44 e ss.; *Vogel*, ZStW 114 (2002), 403; *Bock*, Jura 2005, 673; *Schöberl*, Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell, 2006, p. 25 e ss.; *Miller*, Die Beteiligung am Verbrechen nach italienischem Strafrecht, 2007, p. 21 e ss.; *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, p. 131 e ss.

²¹ Sobre as origens dessa regulação ver *Manzini* (atualizado por *Nuvolone/Pisapia*), Trattato di Diritto Penale Italiano, Vol. 2, 4. ed. 1961, p. 506 e ss.

²² Sobre o conceito unitário de *autor* ver v. *Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Vol. 2, 1905, p. 87 e ss., p. 112 e s., p. 392.

²³ v. *Liszt*, Tratado de Direito Penal alemão, trad, Hygino Duarte Pereira, 1899.

²⁴ No Brasil ver *Hungria/Fragoso*, Comentários ao Código Penal, tomo I/2, 1978, Art. 11 e ss., p. 403; *Cirino dos Santos*, Direito Penal, Parte Geral, 2006, p. 348 e s.; na Alemanha ver v. *Liszt* (n. 22), p. 87 e s.; *Bähr*, Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff, 1933, p. 1 e ss., p. 6.; v. *Cramer*, Gleichschaltung von Täterschaft und Teilnahme, 1935, p. 1; *Kienapfel* (n. 19), p. 11 e ss.; *Detzer* (n. 19), p. 213 e ss.; *Schumann* (n. 19), p. 9; *Seier*, JA 1990, 342 (343); *Bock*, Jura 2005, 673 (679); *Miller* (n. 19), p. 229 e ss.; contrariamente: *Herzberg*, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984, p. 108 e s.; no Brasil, *Pereira dos Santos*, Inovações do Código Penal, São Paulo, 1985, p. 55 e ss.

autor do delito. Para a tipicidade da ação ou omissão não importa se a contribuição que causou o resultado se deu imediata ou mediata, noutras palavras, se ela ocorreu sem ou com a intervenção de uma ulterior ação de um terceiro. As diferenças entre as contribuições individuais são, no máximo, questões a serem enfrentadas na determinação judicial da pena, que, no Brasil, ainda em maior medida que na Alemanha, é o “reino do juiz do fato”.²⁵

2. O domínio da organização na decisão

Sob essas condições, causa espanto ainda maior o fato de o STF ter sequer chegado à ideia de mencionar a teoria do domínio da organização. Onde pode essa figura ser relevante, se se tem um sistema que parte da ideia de que toda contribuição causal fundamenta, automaticamente, uma autoria? A única resposta logicamente possível é: em lugar algum. Apenas diante da afirmação de uma entre duas premissas é que surge espaço lógico para que se recorra à ideia de domínio da organização: ou se abandona a premissa de que a mera contribuição causal fundamenta uma autoria, isto é, abandona-se o sistema unitário de autor, de modo que uma diferenciação entre autor e partícipe faz-se necessária (abaixo a); ou se entende por domínio do fato e domínio da organização algo completamente diverso do significado que a tradição jurídica alemã, que cunhou os termos, lhes atribui (abaixo b, c).

a) De fato, existem esforços na doutrina brasileira no sentido de interpretar o direito positivo brasileiro, já de lege lata, no sentido de um sistema diferenciador de autoria e participação.²⁶ Não há, a nosso ver, nenhum empecilho intransponível a barrar esses esforços. Afinal, trata-se de uma interpretação construtiva limitadora da punibilidade, que, ademais, encontra apoio na vontade declarada do legislador que reformou a parte geral do CPB em 1984.²⁷ Esses esforços anseiam, sobretudo, superar um sistema que, como consequência, torna um grito de “mate-o!” dirigido a um terceiro plenamente responsável uma ação de matar no sentido do delito de homicídio – o que, desde a perspectiva do princípio da legalidade, significa uma inaceitável dissolução dos tipos penais.²⁸

Se esse passo rumo a um sistema diferenciador de autoria e participação tivesse sido dado, tornarseia compreensível porque se pôde recorrer à ideia de domínio da organização. Justamente isso, contudo, não foi feito pelo STF.

²⁵ *Zipf*, Die Strafmassrevision, 1969, p. 161; ver também BGHSt, 57, 123 (127); com ulteriores referências, *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 5. ed 2012, nm. 1505 e ss.

²⁶ *Batista*, Concurso de Agentes, 2 ed. 2004, p. 59 e ss.; *Reale Jr.*, Instituições de Direito Penal, vol. 1, 2002, p. 316 e ss.; *Cirino dos Santos* (n. 24), p. 351 e ss.; *Greco/Leite*, RT 933 (2013), 61; ver também AP 470/STF, p. 56.811, Ministro Celso de Mello; p. 56.841, Ministra Rosa Weber; p. 56.772, Ministro Gilmar Mendes.

²⁷ Assim a exposição de motivos da reforma da parte geral de 1984, Nr. 25.

²⁸ *Greco*, Cumplicidade através de ações neutras, 2004, p. 11 e ss.

b) As ideias de domínio do fato e de domínio da organização, no sentido em que foram utilizadas na decisão, têm, assim, de significar algo diverso, que não o critério distintivo entre autoria e participação. A leitura da decisão confirma essa suspeita, e por várias razões.

aa) Em primeiro lugar, o recurso às teorias do domínio do fato e do domínio da organização tiveram na decisão uma função fundamentadora de punibilidade. A decisão não se esforça em aduzir argumentos em favor das contribuições causais concretas (no sentido do art. 13 caput em conjunto com o art. 29 caput CP) das pessoas em posição de comando. O recurso às teorias do domínio do fato e da organização foi o caminho para fundamentar a responsabilidade penal dos sujeitos em posição de comando, e não apenas o critério a determinar, por exemplo, se determinando sujeito deveria ser considerado instigador ou autor mediato de um fato punível. Não se tratou, na decisão, da questão autor/partícipe, mas da questão punível/impunível (cf. AP 470/STF, p. 52.775 e ss., 56.841 e ss., Ministra Rosa Weber; p. 56.180 e ss., p. 56.585 e ss., Ministro Ayres Brito; p. 56.226 e ss., p. 56.842, Ministro Joaquim Barbosa).

bb) Em segundo lugar, há fundadas dúvidas sobre se alguns Ministros do STF, nos momentos em que se referem aos conceitos de domínio do fato e domínio da organização, de fato compreenderam o sentido e o alcance desses conceitos. É pesaroso, mas inevitável ter de afirmar que sequer a distinção entre as figuras do domínio do fato e do domínio da organização foi identificada e compreendida na decisão. Os termos “domínio do fato” e “domínio da organização” são constantemente utilizados na decisão de forma indistinta e, por vezes, como sinônimos (por exemplo, AP 470/STF, p. 56.816 e ss., Ministro Ricardo Lewandowski; p. 56.585 e ss., Ministro Ayres Brito). Parece incrível que o mais alto Tribunal de um país tamanhamente rico, que coloca à disposição de cada ministro uma equipe de assessores, se permita tais deslizos. Não deve surpreender, assim, que da decisão se poderá extrair poucas contribuições técnicas para a dogmática da autoria e da participação (mais detalhes abaixo VI.).

cc) Em terceiro lugar, faltou na decisão um qualquer esforço em subsumir as circunstâncias do caso concreto aos pressupostos de incidência do domínio da organização²⁹.

(1) Em alguns trechos de alguns votos foi problematizado, apesar da confusão terminológica já denunciada, a validade da figura do domínio da organização em face da circunstância de que o Brasil não é um regime totalitário, mas um estado democrático de direito (cf. AP 470/STF, p. 56.822 e ss., Ministro Celso de Mello; p. 56.568 e ss., Ministro Ricardo Lewandowski). Nesse ponto, é possível enxergar uma vaga referência ao pressuposto de incidência da figura do domínio da organização conhecido como desvinculação ao direito/dissociação do direito, exigido pela maioria dos que aceitam a figura do domínio da organização.³⁰ No entanto, a maioria

dos votos sequer referiu essa problemática e não enfrentou verdadeiramente esse problema, contentando-se, por vezes, com considerações laterais (cf. AP 470/STF, p. 56.816 e ss., Ministro Ricardo Lewandowski). Não houve uma problematização mais profunda do fato de Ministérios do governo federal, bancos e agências de publicidade, nos quais alguns dos acusados ocupavam posições de comando, não poderem ser considerados organizações desvinculadas do direito. Além disso, o STF poderia, sem maiores dificuldades, superar esse entrave recorrendo à jurisprudência alemã e a reputados autores que, apesar de reconhecerem a figura do domínio da organização, recusam a ideia de desvinculação ao direito como pressuposto necessário dessa figura.³¹

(2) O critério da fungibilidade, que se relaciona diretamente com o critério da desvinculação ao direito, foi, sim, mencionado em algumas passagens. O contexto fático, todavia, não foi analisado sob a lente desse critério. Surpreendentemente, o critério da fungibilidade foi utilizado em outro contexto, de maneira, por assim dizer, invertida: um Ministro argumentou que determinada pessoa em posição de comando era de ser considerada autora dos delitos, porque ela não era fungível (cf. AP 470/STF, p. 56.585 e ss., Ministro Ayres Brito). Isso significa que não apenas se ignorou por completo a fungibilidade em sua função na teoria do domínio da organização, como se erigiu a infungibilidade em fundamento da autoria, em exemplo quase inimaginável de uma argumentação irrefletida. A seguir essa argumentação, todo instigador deveria ser declarado autor.

c) Com o que foi dito já se evidencia o que o domínio do fato e o domínio da organização, na concepção de alguns Ministros do STF, não é. Domínio do fato, na decisão do Caso Mensalão, não é aquilo que se entende sob esses termos na Alemanha. É possível, contudo, determinar positivamente o que eles significam para o STF?

aa) Uma primeira suspeita seria a de que alguns Ministros do STF recorreram ao termo domínio do fato quando estavam se referindo, em verdade, à fundamentação de uma posição de garantidor nos termos da dogmática dos delitos de omissão imprópria. Em favor dessa interpretação está o fato de que na decisão não há a referência a ordens concretas, a contribuições ativas dos homens de trás. Sequer esse dado fundamental é possível identificar com clareza na decisão. (cf. AP 470/STF, p. 54.348, Ministro Luiz Fux; p. 52.775 e ss., Ministra Rosa Weber).

É claramente possível fundamentar que os sujeitos em posição de comando em bancos ou agências de publicidade estão obrigados a evitar, na condição de garantidores, que os recursos das empresas por eles dirigidas sejam utilizados para o pagamento de valores destinados à corrupção de parlamentares. Eles poderiam ser considerados tanto garantidores de vigilância (Überwachungsgaranten) da própria empresa ou

²⁹ Por último ver *Roxin*, GA 2012, 395.

³⁰ Assim o clássico estudo de *Roxin*, GA 1963, 193 (204): “Nesses casos, não se age *com* o aparato, mas *contra* ele”; sobre a discussão atual ver *Schünemann*, in: *Heinrich/Jäger/Schünemann* (n. 1), p. 799.

³¹ BGHSt 40, 218 (236 e s.); 40, 307 (316 e s.); 42, 65 (69); 44, 204 (206); 45, 270 (296 e ss.); no sentido de uma extensão dessa figura às empresas, *Hefendehl*, GA 2004, 575 (586); *Nack*, GA 2006, 342; no Brasil, *Busato*, *Direito Penal, Parte Geral*, 2013, p. 717; contra o requisito da dissociação do direito ver também *Ambos*, GA 1998, 226 (243).

dos subordinados que nela trabalham (a chamada responsabilidade do administrador do negócio – Geschäftsherrenhaftung)³², como garantidores de proteção (Beschützergaranten) do patrimônio da empresa.³³ Essas conclusões poderiam ser deduzidas sem maiores esforços da lei brasileira, na medida em que o art. 13 § 2º CP prevê a necessidade de uma posição de garantidor para os delitos omissivos impróprios, um dispositivo fortemente influenciado pela chamada teoria formal do dever jurídico.³⁴

A proximidade entre a responsabilidade do administrador do negócio e o domínio da organização não passou despercebida na Alemanha. Ambas as figuras dizem respeito aos sujeitos em posição de comando. Ambas são seriamente questionadas com um recurso a um (suposto) “princípio da autorresponsabilidade”.³⁵ Uma das primeiras e até hoje mais notáveis fundamentações da responsabilidade do administrador do negócio a reconduz ao domínio sobre o fundamento do resultado.³⁶ Logo no começo da discussão já se anotava que a diferença prática mais relevante entre os casos de responsabilidade do administrador do negócio e o domínio da organização está no fato de que no primeiro dos casos é possível se chegar a uma punição sem uma participação ativa do sujeito em posição de comando.³⁷ É um tanto provável, assim, que o STF tenha falado em teoria do domínio do fato, querendo referir-se, no fundo, a uma posição de garantidor das pessoas em posição de comando. De fato, não seria surpreendente que um tribunal que já mostrou sérias dificuldades em distinguir a teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização tampouco compreenda com segurança as relações entre essas figuras e a dogmática da omissão.

Ainda assim: não é esse o significado que os termos domínio do fato e da organização têm na decisão. Afinal, ainda que o STF tivesse confundido domínio do fato, domínio da organização e posição de garantidor do administrador do negócio, caso se tratasse de fato de um delito omissivo, teriam de ter sido analisados os demais pressupostos de uma omissão punível. A lei brasileira exige explicitamente uma causalidade da omissão para o resultado (art. 13 caput, segunda parte CP). Além disso, a prática da ação deve ter sido “possível” ao autor (art. 13 caput § 2º CP). Não há nenhum rastro dessa análise na decisão. Nem mesmo o dolo foi analisado de forma clara: em muitos momentos é possível

ler que os sujeitos em posição de comando, na pior das hipóteses, “deveriam saber” do pagamento das mesadas (passagem clara em AP 470/STF, p. 52.775, Ministra Rosa Weber: “presunção de autoria” dos sujeitos no comando).

É verdade que, no Brasil, é de importância secundária se a condenação se dá por delito comissivo ou omissivo. A redução de pena prevista no direito alemão para os delitos omissivos (§ 13 II StGB) não existe, por exemplo. Mesmo assim, em regra os tribunais esclarecem quando estão diante de um delito omissivo ou comissivo. Na decisão em questão, os acusados que possuíam posição de destaque foram condenados pelos delitos em sua forma comissiva.

bb) É possível extrair um breve balanço intermediário: parte dos Ministros do STF fala em uma teoria do domínio do fato, que não deve, todavia, determinar se alguém é autor ou partícipe, mas sim se alguém deve sequer ser punido. Essa palavrachave foi apenas utilizada quando o assunto era a responsabilidade penal dos sujeitos em posição de destaque no governo federal, no partido do governo ou nas empresas envolvidas. Em relação a essas pessoas, mitigou-se a exigência de identificação de uma ação ou omissão, ou mesmo de um conhecimento. Isso é: a teoria do domínio do fato ou do domínio da organização, tal como ela é entendida pelo STF, fundamenta uma punição por um delito comissivo doloso, sem que seja necessário provar o dolo e sequer a existência de um comportamento concreto.

Ao que parece, o STF viuse confrontado com um eterno problema no âmbito da persecução da criminalidade econômica e da criminalidade de estado, a saber: o problema das dificuldades de prova (a esse respeito ver AP 470/STF, p. 56.819 e ss., Ministro Celso de Mello; p. 56.565, Ministro Ricardo Lewandowski; p. 56.771 e ss., Ministro Gilmar Mendes; p. 56.845, Ministra Rosa Weber).³⁸ As estruturas no interior das quais essas formas de criminalidade ocorrem são a tal ponto complexas, que nem sempre é possível reconstruir a longa e anônima teia entre ordem e execução da ordem com o grau de certeza exigido pelo processo penal.³⁹ Somese a esse fato a forte intuição no sentido de que soa estranho que aqueles que muito provavelmente ocupam papéis de destaque

³² A esse respeito ver recentemente BGHSt 57, 42; sobre essa decisão: *Bülte*, NZWiSt 2012, 176; *Mansdörfer/Trüg*, StV 2012, 432; *Roxin*, JR 2012, 303 (305 e ss.).

³³ O que, se não seria relevante para os delitos de corrupção, o seria para os crimes contra o sistema financeiro nacional (por exemplo, art. 5º da L. 7.492/86).

³⁴ Sobre essa teoria ver *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, p. 217 e ss.

³⁵ Sobre esse princípio, de forma detalhada e crítica, *Greco*, ZIS 2009, 9, artigo que está no livro de *Greco/Leite/Teixeira/Assis* citado na primeira nota do texto.

³⁶ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, p. 62 (205); ver atualmente *idem*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (n. 18), § 25, nm. 40 e ss.

³⁷ *Schubarth*, SchwZStR 92 (1976), 370 (387).

³⁸ *Schubarth*, SchwZStR 1976, 370 (396): “A contribuição ativa do administrador do negócio deixa-se, muito frequentemente, presumir, mas não provar”; assim também *Schilha*, Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung, 2008, p. 105; *Karsten*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten, 2010, p. 29 e ss., p. 59 e s.: a prova de um poder efetivo de comando seria, fora do âmbito militar (por exemplo, em empresas), “difícil de realizar”; ver também *Rotsch* (n. 19), p. 317.

³⁹ Cf. *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, p. 8 e ss., p. 185 e ss.; *Rotsch*, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998, p. 20 e ss.; *Otto*, Jura 1998, 409; *Herzberg*, in: *Amelung* (org.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, p. 33 e ss., p. 39 e ss., p. 47 e ss.; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, p. 31 e ss.

no fato e que, além disso, dele derivam os maiores benefícios, fiquem livres de qualquer responsabilização.

O recurso à teoria do domínio do fato e da organização surgiu ao tribunal como a saída diante dessa difícil “colisão de deveres”. Não se logrou provar de forma cabal a contribuição ativa dos acusados que ocupavam de posição de destaque; ainda assim, os Ministros do STF puderam se convencer de que as organizações chefiadas pelos acusados concorreram para o esquema corruptivo. Esse é o significado dos conceitos de domínio do fato e de domínio da organização na decisão: a ocupação de uma posição de liderança no interior de uma organização. A posição de destaque das pessoas, que presumidamente conferia a elas um interesse nos fatos puníveis,⁴⁰ é fundamento suficiente para uma punição. Alguns Ministros do STF não recepcionaram, assim, a teoria do domínio da organização desenvolvida na Alemanha, mas sim criaram algo como um domínio da posição, que fundamenta a punição (como autor de um delito comissivo doloso!) no fato de o sujeito possuir uma posição de destaque no interior de uma organização, da qual decorrem fatos puníveis, sem que estejam presentes o dolo e mesmo um comportamento concreto, isto é, uma ação ou omissão. Essa criação jurisprudencial aproxima-se bastante da figura – de todo modo, bastante problemática – da responsabilidade penal do superior, existente no direito penal internacional.⁴¹ A decisão não contém, entretanto, qualquer menção a essa figura.

d) Resumidamente: “domínio do fato” no sentido da decisão do STF significa punição como autor de um delito comissivo doloso, sem ação ou omissão concretas e com base em um “dever saber”. Ocupar uma posição de liderança ou de destaque em uma organização no interior da qual se cometem fatos puníveis é razão suficiente para imputar esses fatos aos sujeitos em posição de comando.

V. Avaliação

A penosa tentativa de reconstrução da decisão e de suas oito mil páginas nos coloca em condições de enunciar um juízo crítico.

1. Iniciemos com a construção do STF, com o curioso domínio da posição. É difícil imaginar uma violação mais evidente do princípio da legalidade (art. 5 XXXIX CR). Os tipos penais da parte especial, especialmente os tipos penais em questão, como os de lavagem de dinheiro e de corrupção, descrevem ações e não posições. Em razão da existência do dispositivo do art. 13 § 2 CP, que determina os pressupostos de uma punição por omissão imprópria, pode-se estender os tipos penais também a omissões.⁴² Um similar dispositivo de

⁴⁰ A chamada “teoria subjetiva” da autoria e da participação não foi expressamente mencionada.

⁴¹ A esse respeito *Weigend*, in: Heinrich/Jäger/Schünemann (n. 1), p. 1375 (1397); *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. ed. 2014, § 7 nm. 52 e ss.

⁴² E isso independentemente da velha discussão quanto a se os tipos penais da parte especial já por si abrangeriam a omissão; ver sobre essa discussão, travada em época em que não se conhecia norma de extensão como a do § 13 StGB, *Schünemann* (n. 34), p. 255 e ss.

extensão, que permita punir sem a existência de uma ação ou omissão, inexistente no código penal brasileiro.

No entanto, ainda que o legislador resolvesse, em algum momento, recepcionar a figura do “domínio da posição”, não seria possível compatibilizar essa figura com o princípio da culpabilidade. Afinal, a punição pelo mero fato de ocupar uma posição, na forma como construída na decisão, representa uma manifestação atávica da já há tempos superada responsabilidade pelo pertencimento ao grupo (*Sippenhaft*).

2. É intrigante especular pelas razões que conduziram o STF a designar a figura de imputação por ele própria criada de teoria do domínio do fato. A resposta parece-nos, agora, evidente. A pretensa recepção da teoria alemã maquia com alguma autoridade científica o ousado modelo de imputação, violador dos princípios da legalidade e da culpabilidade, e com isso tenta imunizá-lo contra possíveis críticas. Foi em razão disso que o tribunal não se esforçou para aplicar corretamente a teoria alemã, e nem mesmo para compreendê-la. Isso de nada importava ao STF. A teoria desenvolvida especialmente por *Roxin* foi aplicada como recurso retórico, como apelo, e não como fundamento, como razão.

Não se deve subestimar a força de legitimação que o apelo ao produto de exportação alemão possui. Uma prova cabal desse fato ocorreu em acontecimento que os subscritores desse artigo vivenciaram muito proximamente. Em novembro de 2012, *Roxin* esteve no Rio de Janeiro por ocasião do recebimento de um título de doutor honoris causa. Ele foi convidado por um famoso jornal brasileiro para uma entrevista. A *Roxin* foram feitas – e nós estávamos presentes na ocasião – apenas perguntas gerais e abstratas sobre a teoria do domínio da organização. Dessas considerações, o jornal julgou por bem produzir a seguinte matéria: “A participação na estrutura do mensalão precisa ser provada, afirma jurista”.⁴³ É inacreditável o alvoroço que essa notícia causou. Na sequência, o mesmo jornal chegou a afirmar levemente que *Roxin* teria manifestado interesse em auxiliar na defesa do mais famoso entre os acusados, o ex-Ministro José Dirceu.⁴⁴ A situação apenas foi esclarecida por meio de uma carta aberta de *Roxin*, assinada também por estes subscritores.⁴⁵ José Dirceu cita até hoje a fatídica entrevista em sua página de internet pessoal.⁴⁶ O fato de uma mera entrevista de um jurista causar tamanho impacto apenas confirma a suposição que aqui avançamos, no sentido de que ao STF pareceu mais relevante recorrer a uma autoridade do que mencionar um argumento.

⁴³ <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/11/1183721-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada-diz-jurista.shtml> (2.3.2014),

Atualmente, a expressa referência ao mensalão parece ter sido retirada da chamada da matéria.

⁴⁴ <http://www1.folha.uol.com.br/poder/1187122-jurista-alema-o-mostra-interesse-em-assessorar-defesa-de-dirceu.shtml> (2.3.2014).

⁴⁵ Acessível em:

<http://www.conjur.com.br/2012-nov-19/mensalao-esclarecimento-claus-roxin-publico-brasileiro> (2.3.2014).

⁴⁶ <http://www.zedirceu.com.br/defesa-de-jose-dirceu/artigos-e-analises/> (2.3.2014).

VI. Lições da decisão

Até o momento, tivemos quase que apenas de nos ocupar da interpretação do julgado do STF. Já sabemos ao que a referência à teoria do domínio do fato realmente se deve, e também sabemos as razões pelas quais não devemos segui-la. Por último, devemos perguntar se há alguma lição a ser retirada da decisão.

Para a teoria da imputação jurídico-penal e especialmente para a dogmática da autoria e da participação, não há nada a aprender com a decisão. Uma decisão peruana foi capaz de conquistar a atenção e o grande interesse de notáveis penalistas alemães e do mundo inteiro.⁴⁷ A decisão brasileira revela-se como uma aplicação primitiva de um modelo de responsabilidade penal por pertencimento a um grupo, que se tentou mascarar por meio de um suposto recurso a uma teoria moderna. É tarefa da ciência jurídica brasileira criticar essa equivocada concepção, desvelar o solo de barro sobre o qual ela emergiu e, sobretudo, evitar que ela seja transposta para outras hipóteses (especialmente a de delitos cometidos no interior de empresas).

O que a decisão pode, de fato, ensinar – segundo o jargão de que também com o erros se aprende – diz respeito à chamada teoria dos transplantes jurídicos, conhecida do direito comparado. A teoria brasileira do domínio do fato oferece um belo exemplo de como a concessão de autoridade científica pode explicar um transplante jurídico,⁴⁸ e isso a tal ponto que o conteúdo da teoria recepcionada se torna de todo irrelevante, importando apenas o nome. Aqui, parece que o mais adequado seria falar não simplesmente em legal transplants, mas em legal counterfeits.

VII. Resumo

Por meio de um recurso ao prestígio internacional das figuras do domínio do fato e do domínio da organização, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, diante daquilo que provavelmente foi o maior escândalo de corrupção já julgado no país, buscou fundamentar a responsabilidade penal por fatos comissivos dolosos a partir da detenção de uma posição de destaque e de comando em determinada estrutura, sem que um comportamento (ação ou omissão) ou o dolo pudessem ser concretamente apontados. Mesmo que pareça compreensível a

preocupação do Tribunal de não deixar impunes delitos de corrupção, que ameaçam a própria estrutura democrática de um país, o que interessa à crítica jurídica é a correção dos fundamentos de que se valeu o Tribunal. Assim, não há como evitar duras críticas: o modelo de imputação que se baseia apenas na posição de comando, que seria melhor designado como “domínio da posição”, é ilegal e indefensável em um direito penal da culpabilidade, que desconhece uma atribuição automática de fatos de outros membros do grupo. A decisão representa, por fim, do ponto de vista do direito comparado, um interessante caso em que uma teoria estrangeira, supostamente recepcionada (o chamado legal transplant) não foi mais do que uma propaganda enganosa (um legal counterfeit).

⁴⁷ Ver acima n. 1.

⁴⁸ Ver o já citado *Watson* (n. 11), p. 99: “It is very marked characteristic of lawyers that they do not like to think they are standing alone or that their decisions are the result of their own limited reasoning power. Hence the strength of the doctrine of precedent in English law, the Roman jurists habit of listing their fellow in support, and to some extent the frequency of transplants. Even when a jurist has decided what he wants the law to be, he may look for (or even invent) a precedent in a respected system to bolster his opinion. In extreme cases the claim may even be made that the law comes from a god. Transplants in fact offer an insight into the overwhelming importance of the part played by authority in law.” Ver também a descrição de *Graziadei* (n. 12), p. 457: “prestígio” como razão para “legal transplants”.