

AUSGABE 6/2014

S. 259 - 302

9. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Ausländisches Strafrecht: Der brasilianische Korruptionsfall „Mensalão“

Introduction to the special issue on the Mensalão case

By Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Eneas Romero de Vasconcelos, M. Juris, Göttingen 259

Introdução ao número especial sobre o caso “Mensalão”

Por Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Eneas Romero de Vasconcelos, M. Juris, Göttingen 261

O convencimento judicial em face dos depoimentos colhidos durante as atividades de Comissão Parlamentar de Inquérito Uma análise à luz da Ação Penal 470

Por Prof. Dr. Marcos Zilli, USP, São Paulo 264

Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF

Por Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen, Porto Alegre (UFRGS), Brasil 274

Die „Rezeption“ der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht

Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal in der Bundesregierung („Mensalão-Fall“, Ação Penal Nr. 470, Supremo Tribunal Federal)

Von Privatdozent Dr. Luis Greco, München/Augsburg, Alaor Leite, LL.M., München 285

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Helmut Vordermayer/Bernd v. Heintschel-Heinegg, Handbuch für den Staatsanwalt, 4. Aufl. 2013

(Staatsanwalt Privatdozent Dr. Jens Dallmeyer, Frankfurt a.M.) 293

Marcus Hartmann, Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung, 2013

(Andreas Dürr, München) 295

Diana Kohlmann, Online-Durchsuchungen und andere Maßnahmen mit Technikeinsatz, Bedeutung und Legitimation ihres Einsatzes im Ermittlungsverfahren, 2012

(Prof. Dr. Anja Schiemann, Münster) 299

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Introduction to the special issue on the Brazilian Mensalão case

By Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Eneas Romero de Vasconcelos, M. Juris, Göttingen

The Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) has for a long time tried to contribute to the main issues of criminal law theory and jurisprudence from a comparative and international perspective.¹ As a follow up to the previous analysis of the conviction of the former Peruvian President Alberto Fujimori by the Peruvian Supreme Court,² the present issue offers an analysis of the Brazilian Penal Case 470, commonly known as “Mensalão”, or “big monthly allowance”. The “Mensalão” case has so far been the major corruption trial in Brazilian history. Leading politicians, government and parliament members have been prosecuted and convicted by the Brazilian highest Court, the Supremo Tribunal Federal (hereafter “STF”).

I. The Penal Case 470 (AP/470) Judgment: a brief introduction to the “Mensalão” case

The “Mensalão” case refers to a corruption episode, revealed in 2005, during the first term of the government of President Luiz Inácio Lula da Silva (“Lula”). At that time, the Representative Roberto Jefferson disclosed that the Federal Government had clandestinely orchestrated regular payments (hence “Mensalão”) of R\$ 30.000,00 to legislators from coalition parties between the end of 2002 and June 2005 to get their votes at the Chamber of Deputies.

According to the Brazilian Constitution (art. 102 para. 1 lit. b e lit. c) some federal authorities from the three state branches (including Ministers and National Congress members) have a functional prerogative jurisdiction in respect of which the criminal cases against them must be judged in first and sole instance by the STF. The case was, therefore, investigated by the Prosecutor General of the Republic, who, charged members of the federal government (among them, the Presidential Chief of Staff, José Dirceu) and members of the Worker’s Party (the Party’s President and its treasurer). The main charge was that the leading political circle (the “political core”) had created a large corruption scheme to buy political support. In order to get the money for this buying of votes, the accused made deals with businessmen (the “financial core”), offering them financial assets granted by public and private institutions, directly or indirectly controlled by the Federal Government, in exchange for transferring the necessary values to finance the vote-buying scheme.

The Prosecutor General charged 40 individuals for various crimes, as money laundering (art. 1 paras. 5, 6 and 7 Law n. 9.613/98), active bribery (art. 333 Penal Code), passive bribery (art. 317 PC), peculation (art. 312 PC) and unlawful conspiracy (art. 288 PC). In August 2007, the indictment was issued against 40 defendants, among them the Chamber of Deputies’ President, João Paulo Cunha, several representatives, the Presidential Chief of Staff, and the Worker’s Party Treasurer and its President.

The proceedings were complex and protracted. In addition to all interrogations of the defendants more than 600 witnesses testified at the trial. The case file amounted to 51,615 pages; later an 8,405-page ruling and other decisions related to the judgments of appeals to the same court, which reversed part of the sentencing of some defendants, was produced.³ From the 40 originally accused, one, José Mohamed Janene, died during the proceedings; another defendant’s punishment, Sílvio José Pereira, was suspended on the basis of probation, in accordance with art. 89 para. 5 Law n. 9.099/1995. The final judgment of the plenary of the Court was decided by the votes of all the STF Justices. The violation of the defendant Carlos Alberto Quaglia’s right to answer, due to lack of his lawyer’s summons to the hearings, was acknowledged. The other accused have been tried, but some of them received an acquittal, e.g., Lula’s communication staff José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça) and Zilmar Fernandes Silveira, Luiz Gushiken (Secretary of Communication at the time of the scandal), and Anderson Adauto Pereira (Minister for Transport).⁴

In the end, 24 of the 37 defendants were convicted and 13 acquitted. The businessman and publicist Marcos Valério Fernandes de Sousa, the mastermind for the illicit financing system of the corruption scheme, received the highest sentence of 40 years in prison. Most important and visible figures of the Lula government have also been convicted, among them:

- 1. José Dirceu de Oliveira e Silva, for the crimes of active bribery (art. 333 PC) and unlawful conspiracy (art. 288 PC), Presidential Chief of Staff at the time of the events, being later acquitted of this last crime in a new STF judgment pursuant to a reconsideration motion (Embargos Infringentes);
- 2. Delúbio Soares de Castro, Worker’s Party treasurer at the time of those infractions, for the crimes of active corruption (art. 333 PC) and unlawful conspiracy (art. 288 PC), being later acquitted of this last crime;
- 3. José Genoíno Neto, Worker’s Party President at the time of the scandal, for the crimes of active corruption (art. 333 PC) and unlawful conspiracy (art. 288 PC), being later acquitted of this last crime;

³ For the full text of the judgment, see <http://s.conjur.com.br/dl/ap470.pdf> (13.6.2014); for a short version, see <http://s.conjur.com.br/dl/ementa-acordao-mensalao.pdf> (13.6.2014).

⁴ Nine other accused were also acquitted: Paulo Rocha (former member of the parliament), Luiz Carlos da Silva, known as Professor Luizinho (former member of the parliament), José Luiz Alves, João Magno (former member of the parliament), Anita Leocádia, Antônio de Pádua de Souza Lamas, Ayanna Tenório Torres de Jesus, Geiza Dias dos Santos and João Cláudio Genu (acquitted in a new STF judgment pursuant to a reconsideration motion and due to a statute of limitations).

¹ Rotsch, ZIS 2009, 89.

² ZIS 2009, 549-690.

- 4. João Paulo Cunha, Chamber of Deputies' President at the time of those events, for the crimes of passive corruption (art. 317 PC), peculation (art. 312 PC) and money laundering (art. 1 paras. 5, 6 and 7 Law n. 9.613/98), being later acquitted of this last crime.

The complexity of the proceedings and the extension of the judgment make a detailed analysis impossible. However, the – perhaps most – relevant procedural and substantive problems of the proceedings shall be discussed in this issue.

II. Procedural and evidentiary features in the “Mensalão” case

The *coauthor* of this introduction, *Eneas Romero de Vasconcelos*, discusses the role of the STF as a criminal court, in particular with regard to due process rights. The *author* calls into question the role of the STF as a criminal court. Although all STF Justices acted as criminal judges in the “Mensalão” case, none of them directly heard any of the accused or the witnesses; these have only been heard by other, commissioned judges. This stands in stark contrast to other proceedings where the principles of orality and immediacy apply. The right to be heard by the same judge who will mete out the sentence is not only recognized in the Criminal Procedure Code but also in the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, both ratified by Brazil. The procedure applied by the STF also diminishes the probative value of the STF findings and may affect the final result of the judgment. The *author* argues, therefore, that the STF, being a Criminal Court, should directly hear all the evidence, including the testimonies, applying strictly the principles of orality and immediacy. This paper will be published in one of the following issues of ZIS.

*Marcos Zilli*⁵ analyzes the probative value of the depositions gathered by the Parliamentary Commission of Inquiry (“Comissão Parlamentar de Inquérito”, CPI) established for the “Mensalão” case. Law n. 11.690/2008 modified some provisions of the 1941 Criminal Procedure Code and established a distinction between the “evidence” and the “informative elements”. The former results from the judicial process, while the latter are gathered at the inquiry preliminary phase, without the participation of the parties. The judge may draw on the evidence for his judgment but he may not base his decision exclusively upon informative elements. The testimonial evidence gathered by the CPI constitutes the informative element if the parliamentary inquiry has supported the prosecutor's indictment. In any case, due to the principles of orality, immediacy and due process, the deposition must be repeated in court and the court version prevails over the versions provided by the CPI.

III. Substantive criminal law and the “Mensalão” case: the theory of “domination of the act” and the organized apparatus of power

One of the most discussed issues at the “Mensalão” judgment was the application of the correct form of liability for the defendants. Unlike German criminal law, Brazil adopts a unitary theory and an extensive concept of perpetration. Art. 29 PC, freely translated, reads: “Who, in any way, participates in the crime, will be punished according to his culpability.” (Art. 29 PC). Principals and secondary participants (accessories, accomplices) are distinguished solely in sentencing terms, with Art. 29 para. 1 PC providing for a reduction of the punishment from one sixth to one third if the participation were of minor relevance. For this reason, the application of the German control of the act theory (“Tatherrschaftslehre”), based on the German distinction between perpetrators (§ 25 StGB) and secondary participants (instigator, § 26 StGB, and accomplice, § 27 StGB), in its variation of the control by an organized apparatus of power (“Organisationsherrschaftslehre”) appears to be doubtful.

*Pablo Rodrigo Alflen*⁶ examines the “Control of the act as a criterion of delimitation of perpetratorship”. The *author* argues that the STF's judgment did neither adopt *Welzel*'s finalis theory of acting nor *Roxin*'s control of the act theory; rather, the judgment invoked a combination of criteria taken from both concepts which resulted in an absolute contradiction. *Alflen* concludes that this approach demonstrates the lack of understanding of the Brazilian criminal law theory and produced a fundamentally incorrect.

Luís Greco and *Alaor Leite*⁷ take, more specifically, issue with the reception of the control of the act theory by virtue of an organized power apparatus. The *authors* criticize first the STF's methodological approach (all judges presented individual votes in each case), the difficulty of capturing the decision's *rationale* and the invocation as foreign criminal law and theory, not as a foundation of the ruling but merely as a rhetorical argument. The *authors* then reject the application of the organizational control theory in casu resulting in criminal responsibility without an act or omission nor an intent (*dolus*).

IV. Conclusion

The proper functioning of the criminal justice system is important for the Rule of Law and the consolidation of democracy in any country. Comparative legal analysis is an important tool to further develop international and national (criminal) law. However, the domestic application of international and foreign law requires great caution and sufficient knowledge of this law. Only then legal transplants of this kind make a reasonable contribution to a national criminal justice system and can help to hold the perpetrators responsible fully respecting the guarantees of a fair trial.

⁵ Zilli, ZIS 2014, 264.

⁶ Alflen, ZIS 2014, 274.

⁷ Greco/Leite, ZIS 2014, 285.

Introdução ao número especial sobre o caso “Mensalão”

Por Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos, Eneas Romero de Vasconcelos, M. Juris, Göttingen

A ZIS vem contribuindo para o debate da dogmática penal internacional e comparada ao discutir os principais problemas da doutrina e da jurisprudência penal e processual penal e a relação entre teoria e prática penal.¹ Dando seguimento ao debate sobre decisões de tribunais nacionais de grande relevância nacional e internacional, como ocorreu no especial da ZIS sobre o caso Fujimori,² o presente número trata, principalmente, da Ação Penal 470, o caso conhecido como “Mensalão”. O caso “Mensalão” foi o maior julgamento de corrupção da história do Brasil em que foram processados e condenados importantes políticos e membros do executivo e do legislativo federal do Brasil após decisão penal em última e única instância do Supremo Tribunal Federal (doravante STF), o mais alto Tribunal do Brasil.

I. Domínio do fato na jurisprudência brasileira

O caso “Mensalão” foi um episódio de corrupção no Brasil revelado ao público em 2005 durante o mandato do Presidente Lula. Na ocasião, o deputado Roberto Jefferson revelou que o governo federal estaria pagando clandestinamente um “salário” mensal (daí “Mensalão”) no valor de R\$ 30.000,00 para obter apoio em votações importantes na Câmara dos Deputados entre o final de 2002 e junho de 2005.

Segundo a Constituição Federal do Brasil (art. 102 alínea b e alínea c da CF), algumas autoridades federais dos três poderes (inclusive Ministros e membros do Congresso Nacional) possuem foro por prerrogativa de função em razão do qual os processos criminais contra essas autoridades serão julgados em primeira e única instância pelo STF. O caso foi então investigado sobre a supervisão do Procurador Geral da República, que, no final, apresentou denúncia imputando a membros da cúpula do governo federal (entre eles o Ministro Chefe da Casa Civil, José Dirceu) e a membros da cúpula do Partido dos Trabalhadores (o Presidente e o tesoureiro do Partido dos Trabalhadores), o denominado núcleo político, a criação de um grande esquema de corrupção para compra de apoio político de parlamentares da base aliada.

Para conseguir o dinheiro para financiar a compra ilícita de votos, os referidos membros do núcleo político atuaram perante empresários (núcleo financeiro) para oferecer vantagens financeiras concedidas por instituições públicas e privadas controladas direta ou indiretamente pelo Governo Federal em troca do repasse dos valores necessários para financiar o sistema de compra de votos.

O Procurador Geral da República denunciou 40 pessoas por diversos crimes como lavagem de dinheiro (art. 1 V, VI e VII da Lei 9.613/98), corrupção ativa (art. 333 do CP), corrupção passiva (art. 317 do CP), peculato (art. 312 do CP) e formação de quadrilha (art. 288 do CP). Em agosto de 2007, foi recebida a denúncia contra 40 acusados, dentre eles o Presidente da Câmara dos Deputados, João Paulo Cunha,

diversos deputados federais, o Ministro Chefe da Casa Civil e o Tesoureiro e o Presidente do Partido dos Trabalhadores.

A instrução criminal dos 40 réus foi muito demorada e complexa. Além da oitiva de todos os acusados, foram ouvidas mais de 600 testemunhas. Os autos do processo chegaram ao número de 51.615 páginas aos quais se somou ainda um acórdão de 8.405 páginas e outros acórdãos relativos ao julgamento de recursos para o mesmo tribunal, que reverteu parte do julgamento para alguns réus.³

Dos 40 acusados, um, José Mohamed Janene, teve extinta a sua punibilidade em razão da sua morte durante a instrução e um outro acusado, Sílvio José Pereira, teve extinta a sua punibilidade após cumprimento de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 para. 5 da Lei 9.099/95. O julgamento final, do qual participou o plenário do Supremo Tribunal Federal, foi feito pelo voto de todos os ministros do STF. Foi reconhecido cerceamento do direito de defesa por falta de intimação de seu advogado em relação ao réu Carlos Alberto Quaglia e, como o processo já estava sendo julgado em seu mérito e o referido réu não tinha foro por prerrogativa, o processo foi remetido para a 1ª instância da justiça federal para instrução. Os outros réus foram julgados no mérito, tendo sido absolvidos alguns dos réus, como os publicitários José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça), Zilmar Fernandes Silveira, Luiz Gushiken (Secretário de Comunicação na data do crime) e Anderson Aduino Pereira (Ministro dos Transportes na data do crime).⁴

Dos 37 réus julgados no mérito, no final, 24 foram condenados e 13 absolvidos. A pena mais alta foi para o empresário e publicitário Marcos Valério Fernandes de Sousa, principal responsável pelo sistema de financiamento ilícito do esquema de corrupção, que foi condenado a uma pena de prisão de mais de 40 anos. Foram condenados importantes ocupantes de cargos públicos e políticos, dentre outros:

- 1. José Dirceu de Oliveira e Silva pelo crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) e de formação de quadrilha (art. 288 do CP), Ministro Chefe da Casa Civil na época dos fatos, sendo posteriormente absolvido desse último crime em julgamento de Embargos Infringentes pelo próprio STF;
- 2. Delúbio Soares de Castro, Tesoureiro do PT na data do cometimento dos crimes, pelo crime de corrupção ativa

³ Para o inteiro teor do acórdão, ver <http://s.conjur.com.br/dl/ap470.pdf> (13.6.2014). Para uma versão resumida, ver <http://s.conjur.com.br/dl/ementa-acordao-mensalao.pdf> (13.6.2014).

⁴ 9 outros acusados também foram absolvidos: Paulo Rocha (ex-deputado federal), Luiz Carlos da Silva, conhecido como Professor Luizinho (ex-deputado federal), José Luiz Alves, João Magno (ex-deputado federal), Anita Leocádia, Antônio de Pádua de Souza Lamas, Ayanna Tenório Torres de Jesus, Geiza Dias dos Santos e João Cláudio Genu (absolvido em um novo julgamento após o deferimento de Embargos Infringentes e beneficiado também pela prescrição).

¹ Rotsch, ZIS 2009, 89.

² ZIS 2009, 549-690.

(art. 333 do CP) e de formação de quadrilha (art. 288 do CP), sendo posteriormente absolvido desse último crime em julgamento de Embargos Infringentes pelo próprio STF;

- 3. José Genoíno Neto, Presidente do PT na época do fato, pelo crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) e de formação de quadrilha (art. 288 do CP), sendo posteriormente absolvido desse último crime em julgamento de Embargos Infringentes pelo próprio STF;
- 4. João Paulo Cunha, Presidente da Câmara dos Deputados na época do crime, pelo crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), peculato (art. 312 do CP) e lavagem de dinheiro (art. 1 V, VI e VII da Lei 9.613/98), sendo posteriormente absolvido desse último crime em julgamento de Embargos Infringentes pelo próprio STF.

A complexidade e a extensão da decisão impedem uma análise mais detalhada do caso. No presente número da ZIS serão discutidos, porém, relevantes aspectos procedimentais e materiais do acórdão e do processo do STF.

II Aspectos procedimentais e probatórios no caso “Mensalão”

No presente número da ZIS, foram analisados aspectos procedimentais e probatórios. Nesse sentido, *Eneas Romero de Vasconcelos* discorrerá sobre o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal penal e o devido processo legal o direito ao fair trial e a ser ouvido.

Em seu artigo, o *autor* questionará o papel do STF como Corte Penal. Apesar de todos os Ministros do STF no caso “Mensalão” atuarem como juízes penais, nenhum deles ouviu diretamente qualquer dos acusados ou das testemunhas, que foram ouvidos por delegação por outros juízes. Esse procedimento contaria o procedimento processual penal aplicado aos demais acusados para os quais vigoram os princípios da oralidade e da imediação, que somente excepcionalmente poderiam não serem aplicados. O direito a ser ouvido durante a instrução pelo mesmo juiz que julgará o caso além de estar protegido pelo CPP ainda é reconhecido como um direito decorrente dos tratados de direitos humanos vigentes no Brasil, como a CADH e o CICP. Last but not least, o procedimento adotado pelo STF também reduz a capacidade de cognição probatória e pode interferir no resultado do julgamento. O *autor* defende, então, que o STF, enquanto Corte Penal, deverá nos casos futuros colher diretamente todas as provas, inclusive as testemunhais, segundo o princípio da oralidade e da imediação por razões normativas e epistêmicas. Este artigo será publicado em um dos próximos números da ZIS.

*Marcos Zilli*⁵ analisou o valor probatório dos depoimentos colhidos em CPI no caso “Mensalão” em artigo intitulado: “O convencimento judicial em face dos depoimentos colhidos durante as atividades de Comissão Parlamentar de Inquérito, Uma análise à luz da Ação Penal 470.”

Nesse artigo, foram examinadas “as implicações decorrentes do aproveitamento da prova oral obtida no curso das

atividades das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) quando do julgamento da ação penal 470, pelo Supremo Tribunal Federal. A partir da Lei 11.690/2008, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal de 1941, distinguiram-se as ‘provas’ dos ‘elementos informativos’. As primeiras são obtidas em contraditório judicial, enquanto as últimas são colhidas na fase preliminar do inquérito sem, portanto, a participação das partes. O juiz pode valer-se das provas para o seu convencimento, porém, não pode fundar-se, exclusivamente, nos elementos informativos. A prova testemunhal colhida perante a CPI é elemento informativo, se e quando, o inquérito parlamentar tiver subsidiado a acusação promovida pelo Ministério Público. De qualquer modo, em razão dos princípios da oralidade, da imediação e do contraditório, deverá o depoimento ser repetido em juízo, prevalecendo a narrativa aqui apresentada quando em confronto com os relatos fornecidos perante a CPI.”

III A teoria do direito penal e o caso do mensalão: a teoria do domínio do fato e o aparato organizado de poder no caso “Mensalão”

Um dos pontos mais discutidos no julgamento do caso “Mensalão” foi a aplicação da teoria do direito penal e a aplicação das teorias relativas à autoria e à participação. Diferentemente da Alemanha, o Brasil adota uma teoria unitária e um conceito extensivo de *autor*, segundo o qual “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” (Art. 29 do CP). Distingue-se o *autor* do partícipe (um *autor* de menor importância) apenas para fins de diminuição da pena no momento da dosimetria da pena, pois segundo o Art. 29 para. 1 do CP “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.” Nesse sentido, é questionável a transplantação da teoria do domínio do fato por aparato organizado de poder que provém do sistema jurídico alemão em que há clara distinção entre autor e partícipe em que o Código Penal distingue expressamente entre autor (Täter, § 25 StGB), instigador (Anstifter, § 26 StGB) e cúmplice (Gehilfe, § 27 StGB). Dois artigos analisaram o caso “Mensalão” a partir dessa perspectiva.

*Pablo Rodrigo Alflen*⁶ analisou o “Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF”. O *autor* sustenta que “a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal n. 470/MG, não adotou a teoria do domínio final do fato, desenvolvida por *Welzel*, nem a teoria do domínio do fato, desenvolvida por *Roxin*, mas sim, utilizou uma anomalia resultante da conjugação dos critérios de ambas as concepções, o que conduziu a uma absoluta contradição.” *Alflen* conclui, então, que “tal equívoco foi decorrente da própria dificuldade que a doutrina brasileira apresentou no tocante à compreensão de ambas as concepções e de suas diferenças, o que, inevitavelmente, se refletiu em uma decisão absolutamente incorreta.”

*Luís Greco e Alaor Leite*⁷ trataram da recepção da teoria do domínio do fato e do domínio por meio de um aparato

⁵ Zilli, ZIS 2014, 264.

⁶ Alflen, ZIS 2014, 274.

⁷ Greco/Leite, ZIS 2014, 285.

organizado de poder e o seu reconhecimento no julgamento do mensalão pelo STF no caso de corrupção em artigo intitulado: “Die „Rezeption“ der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht – Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal in der Bundesregierung („Mensalão-Fall“, Ação Penal Nr. 470, Supremo Tribunal Federal)”.

Após criticar o método de decisão do STF (em que todos os Ministros apresentam votos individuais em cada caso), a dificuldade de compreender a *rationale* da decisão e a transplantação do direito estrangeiro usado como argumento retórica e não como fundamento do acordo, *Alaor Leite* e *Luis Greco* criticam a utilização da teoria do domínio do fato por aparato organizado de poder no caso “Mensalão” e a imputação de responsabilidade penal em crimes de ação dolosos derivada de posições estruturais sem uma ação ou omissão ou dolo que a fundamente.

IV. Conclusão

O bom funcionamento do sistema de justiça penal é importante para o Estado de Direito e a consolidação da Democracia em qualquer país. O direito comparado é um importante instrumento para o desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos nacionais e do direito internacional. A transplantação do direito internacional deve ser feita, contudo, com muita cautela e com bastante rigor científico para que o direito comparado, mais do que um mero instrumento de retórica, contribua efetivamente para um sistema que responsabilize rápida e efetivamente os autores de crimes de corrupção e ao mesmo tempo respeite integralmente os direitos humanos e o direito internacional.

O convencimento judicial em face dos depoimentos colhidos durante as atividades de Comissão Parlamentar de Inquérito

Uma análise à luz da Ação Penal 470

Por Prof. Dr. Marcos Zilli (USP), São Paulo

O trabalho examina as implicações decorrentes do aproveitamento da prova oral obtida no curso das atividades das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) quando do julgamento da ação penal 470, pelo Supremo Tribunal Federal. A partir da Lei 11.690/2008, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal de 1941, distinguiram-se as “provas” dos “elementos informativos”. As primeiras são obtidas em contraditório judicial, enquanto as últimas são colhidas na fase preliminar do inquérito sem, portanto, a participação das partes. O juiz pode valer-se das provas para o seu convencimento, porém, não pode fundar-se, exclusivamente, nos elementos informativos. A prova testemunhal colhida perante a CPI é elemento informativo, se e quando, o inquérito parlamentar tiver subsidiado a acusação promovida pelo Ministério Público. De qualquer modo, em razão dos princípios da oralidade, da imediação e do contraditório, deverá o depoimento ser repetido em juízo, prevalecendo a narrativa aqui apresentada quando em confronto com os relatos fornecidos perante a CPI.

This paper examines the implications of the use of testimony obtained during the course of the Parliamentary Committee of Inquiry's (PCI) activities at the trial of Criminal Action 470 by the Supreme Federal Court. Deriving from Law 11.690/2008, which amended provisions of the Code of Criminal Procedure, 1941, a distinct difference is made between “evidence” and “elements of information”. The former are obtained by cross-examination at the trial, while the latter are gathered during the preliminary phase of the investigation without, however, the participation of any of the parties. The judge may make use of the evidence for his decision. However, this cannot be based solely on elements of information. The testimony taken in front of the PCI becomes an element of information, if and when the parliamentary inquiry backs the criminal charges presented by prosecutors. In any case, because of the principles of orality and immediacy, and due to the cross-examination, the testimony must be repeated at trial. It is the testimony presented in court that must prevail when in conflict with the reports provided in front of the PCI.

I. O convencimento judicial e os limites da liberdade. Breve panorama sobre o sistema probatório penal brasileiro

Seguindo a tradição processual brasileira, a Lei 11.690/2008,¹ que trouxe sensíveis alterações na regulamentação da atividade

de probatória penal, manteve a vinculação ao sistema do livre convencimento² em matéria de valoração das provas.³ Esse alinhamento, é certo, não deixou de lado resquícios dos sistemas das provas legais⁴ e da íntima convicção. Figuram como exemplos, no primeiro caso, a exigência de prova pericial para a comprovação do corpo de delito e a impossibilidade de sua supressão pela confissão⁵, bem como as restrições impostas pela civil para a prova do estado das pessoas.⁶ Já o veredicto dos jurados no procedimento do tribunal do júri é a típica hipótese de decisão fundada em convencimento pessoal não subordinada à exigência de motivação.⁷

É certo que o modelo do livre convencimento abraçado pela legislação processual não leva o juiz ao campo da liberdade absoluta na análise do material probatório. A ausência de regras preestabelecidas de valoração das provas não implica ausência de mecanismos de filtragem da introdução processual das provas e tampouco desobriga o julgador de obser-

sentar diferentes projetos de lei, cada qual dirigido a uma parte do Código, guardando todos, de qualquer modo, uma coesão lógica. As experiências anteriores de reforma mostraram a inviabilidade de uma reforma global, razão pela qual a opção recaiu pelo partilhamento da legislação processual. Ocorre que os projetos de lei tiveram uma tramitação legislativa diferenciada, o que levou a uma reforma parcial no ano de 2008 quando três dos projetos inicialmente apresentados foram convertidos em leis.

² Ou persuasão racional. Para um estudo mais detalhado sobre os limites e o alcance do princípio do livre convencimento e que escapam aos limites estabelecidos para o presente trabalho, ver: *Nobili, Il principio del libero convencimento del giudice*, 1974.

³ A questão vinha tratada pelo art. 157 do CPP de 1941, com a seguinte redação: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. A questão agora é regulada pelo art. 155.

⁴ Entendido como um sistema que subordinava a decisão judicial à observância de regras estritas sobre a valoração do material probatório. O CP de 1890 guardava um exemplo curioso de influência do sistema de provas legais. Com efeito, no caso de adultério cometido pelo homem, a única prova admitida era a prisão em flagrante ou os documentos escritos pelo próprio acusado. Essa mesma limitação não se punha no caso de adultério cometido pela mulher.

⁵ Conforme art. 158 do CPP.

⁶ Conforme parágrafo único ao artigo 155 o qual foi acrescentado justamente pela Lei 11.690/2008.

⁷ Como se sabe, os jurados não estão obrigados a justificar as suas decisões. Aliás, o próprio sigilo das votações impede que os votos sejam identificados o que torna impossível qualquer motivação. Apenas respondem aos quesitos formulados pelo juiz-presidente, mediante o sistema de cédulas que contém respostas estritamente objetivas. Ver, para tanto, o art. 482 do CPP, com redação dada pela Lei 11.689/2008.

¹ A Lei é resultado das atividades desenvolvidas pela Comissão de Juristas, indicada pelo Ministério da Justiça e presidida pela Profa. Ada Pellegrini Grinover, a quem foi incumbida a tarefa de reformar o Código de Processo Penal de 1941. Por estratégia, os membros da Comissão optaram por apre-

var o cumprimento de certas exigências quando da prolação de sua decisão.⁸

É justamente nesse ponto que a exigência de motivação das decisões judiciais desempenha funções política e processual.⁹ Afinal, é da essência do exercício democrático a exposição dos fundamentos de todo e qualquer ato de poder.¹⁰ Assim, no exercício da atividade jurisdicional, cabe ao julgador explicitar os motivos de sua decisão para que se propicie o indispensável controle sobre aquela atividade. Não se trata, por óbvio, de um direcionamento popular sobre o conteúdo decisório, o que seria absolutamente inapropriado no contexto do Estado de Direito.¹¹ Em realidade, a exposição motivada da decisão serve como uma espécie prestação de contas do exercício do poder jurisdicional.¹²

Mas para além da dimensão política, a exigência de motivação atua como garantia processual, permitindo que as partes tomem conhecimento do percurso lógico utilizado pelo julgador na estruturação de seu convencimento, bem como das razões invocadas para tanto. A exposição das razões de decidir viabiliza, portanto, o exercício do controle recursal sobre a racionalidade e o acerto das escolhas feitas pelo julgador.¹³ Por esse prisma, a indicação do percurso lógico

minimizaria os riscos do arbítrio decisório. É, na feliz expressão de *Ferrajoli*, a garantia cognitiva do julgamento penal.¹⁴

Mas ainda que a garantia da motivação abra espaços para a impugnação dos atos decisórios, tal controle somente se materializa a posteriori, não sendo, portanto, totalmente eficaz para impedir os prejuízos decorrentes de uma decisão injusta. Daí a necessidade de adoção de outros mecanismos processuais de controle, que possam minimizar os riscos de decisões processuais ou materialmente injustas. É nesse preciso ponto que se postam as regras de filtragem do material probatório. A filtragem revela não só o que pode ser introduzido no processo, mas também, o que poderá ser objeto de valoração judicial. Nessa perspectiva, as regras, tanto de admissibilidade de provas quanto dos procedimentos probatórios, desenham a moldura do acervo probatório, fixando, dessa forma, as barreiras que não poderão ser transpostas pelo juiz. Complementam, assim, o feixe de mecanismos projetados para o controle processual da decisão judicial.

É nesse terreno que vêm à luz as regras de proibição probatória. Destas, sem dúvida, a inadmissibilidade processual das provas ilícitas¹⁵ e daquelas que destas derivam são o exemplo mais eloquente. A questão assume, em nosso sistema, envergadura constitucional.¹⁶ Mais do que isto, é verdadeira garantia contra os abusos do poder-dever punitivo estatal.¹⁷ A Lei 11.690/2008, além de repetir o texto constitu-

⁸ A advertência é feita pela própria Exposição de Motivos do CPP de 1941: “Nunca é por demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social”. A decisão do juiz há de ser, portanto, fundamentada de modo que permita um controle sobre os caminhos escolhidos. Nesse sentido, ver: *Denti*, *Rivista di Diritto Processuale* 27(1972), p. 414.

⁹ Não é por menos que o legislador constitucional trata do dever de motivação das decisões judiciais no espaço reservado à regulamentação do próprio Poder Judiciário (art. 93, IX). O exercício da atividade jurisdicional, como manifestação de poder que é, deverá ser sempre justificado no âmbito do Estado de Direito. Por sua vez, a inserção da exigência, fora do rol dos direitos e garantias fundamentais, não reduz a dimensão garantidora da regra, até mesmo porque o rol previsto pelo art. 5 da CR prevê uma norma de extensão (parágrafo segundo). Não estão, portanto, excluídos outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo texto constitucional e por tratados internacionais que o Brasil tenha firmado. Nesse quadro, a motivação das decisões judiciais complementa o feixe de garantias dado pela garantia do devido processo (art. 5, LIV da CR).

¹⁰ *Gomes Filho*, *A motivação das decisões penais*, 2. ed. 2013, p. 65.

¹¹ *Gomes Filho* (n. 10), p. 68-69.

¹² *Amodio*, *Motivazione della sentenza penale*, *Enciclopedia del diritto*, 1977, v. 27.

¹³ *Walter*, *Libre apreciación de la prueba*, 1985, p. 358.

¹⁴ *Ferrajoli*, *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, 3. ed. 1996, p. 640.

¹⁵ A questão relativa ao conceito de provas ilícitas propicia intensos debates. A doutrina e a jurisprudência nacional acabaram por acolher uma clássica conceituação que é atribuída a *Pietro Nuvolone* (*Rivista di Diritto Processuale* XXI [1966], 442) e que aqui foi incorporada, sobretudo após os estudos desenvolvidos por *Ada Pellegrini Grinover* em sua obra *Liberdades públicas e processo penal*, as interceptações telefônicas, 2. ed. 1982. Assim, passou-se a entender que as provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação dos direitos fundamentais ligados à personalidade, tais como o direito à privacidade, à intimidade e à liberdade. Por sua vez, não poderiam se confundir com as chamadas provas ilegítimas já que nestas o problema estaria relacionado com o descumprimento das normas processuais quando dos procedimentos de produção probatória. O fato é que ao regulamentar a problemática das provas ilícitas, a Lei 11.690/2008 definiu-a como aquela obtida com a violação dos mandamentos legais e constitucionais, o que tem suscitado dúvidas exegéticas sobre o real alcance do conceito. De qualquer modo, a tendência que vem prevalecendo é a de se manter a conceituação consagrada pelo direito brasileiro e que remonta à própria teorização de *Nuvolone*. Nesse sentido *Gomes Filho*, in: *Assis Moura* (Coord.), *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, 2008, p. 246; *Fernandes*, *Processo penal constitucional*, 6. ed. 2010, p. 86 e *Zilli*, *Boletim do IBCCrim* 188 (6/2008), 2.

¹⁶ Art. 5, LVI da CR.

¹⁷ *Zilli*, in: *Santiago* (Coord.), *Proibições probatórias no processo penal, Análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*, 2013, p. 103.

cional, estendeu a proibição para alcançar a problemática da ilicitude por derivação.¹⁸ Independentemente das inúmeras críticas que possam ser expostas sobre os equívocos do legislador na regulamentação dessa matéria e cuja análise extrapola o âmbito deste estudo,¹⁹ o fato é que a proscrição das provas ilícitas – e daquelas por elas contaminadas – fixa um limite à própria construção do acervo probatório e, por via de consequência, do procedimento de valoração judicial. Afinal, as provas ilícitas sequer são consideradas como provas dentro da lógica jurídico-processual. Não gozam de existência jurídica²⁰ e, portanto, sequer podem ser introduzidas no processo. Mas, se por descuido ou por desconhecimento integraram o acervo probatório, deverão ser desentranhadas e inutilizadas.²¹ E caso sejam valoradas, a decisão poderá ser inclusive anulada, quer em sede de recurso, quer mesmo no âmbito de revisão criminal.

Mas para além desses importantes aspectos que tocam a temática da ilicitude probatória, a Lei 11.690/2008 fixou outro importante fator que também condiciona a formação do acervo probatório, qual seja, a exigência de observância do contraditório nos procedimentos de produção probatória.²² O processo é o palco em que as partes travam a luta alimentada pelo interesse punitivo e pela resistência a este. E é justamente no campo probatório que esse confronto se torna mais latente, já que é sobre o material probatório que o julgador decidirá a sorte do enredo processual.

II. A prova, os elementos informativos e o exercício do contraditório

A associação da prova ao contraditório não é nova, ao menos no campo doutrinário.²³ Inovadora foi a incorporação, pelo legislador, de tal vinculação, sem a qual sequer é possível falar-se em prova para fins processuais penais. Assim, prova são todos os elementos obtidos por força da atividade dialético-judicial travada pelas partes. Somente esses elementos gozarão de aptidão suficiente para integrarem o acervo cognitivo e, portanto, servirem de apoio para a valoração

judicial.²⁴ A regra funciona como mandamento orientativo do julgador no desempenho de sua principal função. Para tanto, a garantia da motivação das decisões judiciais assegura o controle do respeito à regra. Logo, ainda que o juiz goze de liberdade nos procedimentos lógicos de avaliação do material probatório, tal liberdade está limitada em seu campo de incidência: a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mas, os avanços trazidos pela Lei 11.690 foram além, merecendo destaque a referência feita aos elementos informativos. Em realidade, o legislador quis reforçar a associação entre prova/contraditório/instrução, de um lado, e elementos informativos/investigação, de outro. Ou seja, enquanto a prova é aquela obtida sob a energia contraditória, os elementos informativos, colhidos na fase preliminar, servem para estruturar a tese acusatória, o juízo de admissibilidade da acusação e, ainda, o juízo sobre as medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou probatórias que se mostrarem necessárias durante a fase preliminar de investigação.

Nesse passo, o Projeto de Lei 4.205/2001, apresentado pela Comissão de Juristas, assumia uma postura mais radical ao proibir qualquer apoio do juiz nos elementos informativos quando da formação de seu convencimento. Ocorre que a redação que ao final foi aprovada inseriu o advérbio “exclusivamente”, trazendo um novo colorido ao quadro do convencimento judicial. Na fórmula aprovada, não está o juiz impedido de se valer dos elementos informativos. O que se proíbe, na verdade, é que o julgamento se ampare, exclusivamente, naqueles elementos. Ou seja, poderá o juiz recorrer aos elementos informativos desde que estes venham reforçados pelas provas. A principal função dos elementos informativos é a de reforço do convencimento judicial. Não bastam, portanto, para a estruturação de tal convencimento justamente pela ofensa à garantia do contraditório.²⁵

Ainda que a fórmula final aprovada pelo legislador tenha se distanciado do projeto original, a solução ainda representa um claro voto em favor dos parâmetros democráticos da gestão processual penal. Afinal, a efetivação do poder punitivo e a perspectiva de imposição de sanção penal exigem um modelo processual que valorize a construção bilateral da verdade judicial, o que se mostra coerente com a cartilha acusatória. O repúdio, ainda que parcial, à força dos elementos obtidos em uma leitura monocromática e unilateral dos fatos revela um distanciamento do processo penal das estruturas inquisitórias.

É certo que a Lei 11.690 não descuidou da problemática das provas cautelares, vale dizer, aquelas que são produzidas nos estágios iniciais da persecução em razão dos riscos concretos de perecimento do objeto da prova. Nesse ponto, o legislador abriu uma exceção à proibição ao uso dos elemen-

¹⁸ Conforme nova redação dada ao art. 156 do CPP.

¹⁹ O principal problema ocorreu na regulamentação das regras de exceção ao processo contaminatório das chamadas provas derivadas. É que ao tratar da fonte independente, o legislador adentrou no terreno, sempre movediço, da incorporação de conceitos normativos e fez clara confusão com a teoria da descoberta inevitável cunhada pela Suprema Corte dos EUA. Para uma maior análise destas e outras questões ver *Gomes Filho* (n. 15), p. 246 e *Zilli*, *Boletim do IBCCrim* 188 (6/2008), 2.

²⁰ Nesse sentido *Grinover/Fernandes/Gomes Filho*, *As nulidades no processo penal*, 8. ed. 2004, p. 170.

²¹ É o que dispõe o caput do art. 157 e o seu par. terceiro, ambos com redação dada pela Lei 11.690/2008.

²² É o que dispõe o caput do art. 155 do CPP, com redação dada pela Lei. 11.690/2008.

²³ *Comoglio*, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, 1970, p. 219 e *Cordero*, *Ideologie del processo penale*, 1966, p. 218. Entre nós *Grinover*, *Novas tendências do direito processual*, 1990.

²⁴ *Grinover*, *O processo em evolução*, 2. ed. 1998, p. 57.

²⁵ O STJ, aliás, já reconheceu como ofensiva à garantia do contraditório a decisão que fundamentara a condenação, exclusivamente, em elementos colhidos na fase preliminar da investigação sem apontar qualquer prova, na fase judicial contraditória, que lhe desse suporte. (HC, 124.438-ES, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer).

tos informativos ao fazer referência às chamadas “provas cautelares, antecipadas e não repetíveis”.

As duas primeiras se confundem em suas naturezas. Afinal, é a urgência e o risco concreto de perecimento que justificam a produção da prova em um estágio da persecução em que ainda não há partes em sentido processual, tornando o contraditório concomitante, por consequência, inviável. É o que ocorre, via de regra, com o exame de corpo de delito, com a interceptação das comunicações telefônicas e com a busca e a apreensão, apenas para citar alguns exemplos. Nesses casos, o exercício do contraditório, condição essencial de validação da prova, é, necessariamente, postergado, sob pena de tornar processualmente inócuo o resultado daquelas provas. Vem daí a possibilidade de as partes solicitarem esclarecimentos do perito, de provocarem a apresentação de laudos complementares e, também, de indicarem assistentes técnicos.²⁶ Ou seja, mesmo nessas situações excepcionais, o sistema não abre mão do exercício de algum contraditório.

Essa problemática, a princípio, não se apresenta quando a questão se volta para as testemunhas. É que, via de regra, essa prova é repetida sob o crivo do contraditório, de modo que a oitiva das testemunhas, na fase preliminar, assume o contorno preciso do que se denomina de elementos informativos. Ou seja, prestam-se, fundamentalmente, para estruturar a tese acusatória, o juízo de admissibilidade da acusação e o juízo cautelar no caso das medidas cautelares pessoais, patrimoniais e probatórias. Mas e quando configurado o risco de perecimento da prova oral? É nesse específico ponto que se posiciona a chamada prova antecipada, cujo marco regulatório é dado, sobretudo pelo artigo 225 do CPP.²⁷

Resta, então, a problemática da chamada prova não repetível. Aqui o consenso doutrinário é de que o legislador da

reforma buscou apoio na experiência italiana.²⁸ É intuitivo que a prova que não puder mais ser produzida sob o crivo do contraditório torna-se não repetível, autorizando o juiz a valer-se dos elementos informativos para fundar o seu convencimento. Seria a hipótese da testemunha, ouvida na fase preliminar, que vem a óbito antes da instrução. Mas o entendimento doutrinário que vem prevalecendo é mais restritivo. Com efeito, a preocupação em se assegurar a efetividade da exigência do contraditório impõe uma pesquisa mais detida sobre os motivos que levaram à impossibilidade de repetição. Assim sendo, somente nas hipóteses imprevistas de perecimento é que se permitiria o ingresso, no acervo probatório, do elemento informativo não convertido em prova.²⁹ Já na hipótese de desídia dos órgãos persecutórios diante de uma perspectiva que se mostrava real de perecimento, a solução preconizada é a de vetar o recurso ao elemento informativo. Para muitos, esta é a solução mais consentânea com os princípios que informam a associação prova/contraditório/convencimento judicial.³⁰

III. As Comissões Parlamentares de Inquérito e o processo penal

As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) constituem vigoroso instrumento, constitucionalmente previsto, o qual é posto à disposição do Poder Legislativo para a investigação de fatos determinados, danosos à Administração Pública, assim como para a investigação de fatos relacionados com a atuação de todos os Poderes, dos Estados-Membros e do Congresso Nacional.³¹ Possuem, portanto, uma função acentuadamente ampla,³² o que é consentâneo com o modelo de controle democrático e eficaz que o constituinte quis assegurar. Ao menos em tese, quanto mais amplos forem os pode-

²⁶ A indicação de assistentes técnicos, prevista pelo art. 159, § 3, é mais uma novidade trazida pela Lei 11.690/2008 e que não encontrava precedente no sistema original do CPP de 1941.

²⁷ Com a seguinte redação: “Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não mais exista, o juiz poderá, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”. Há ainda a situação delineada pelo art. 366 do CPP. Aqui, contudo, o desenho é consideravelmente diferente, já que a hipótese se apresenta quando a ação penal já foi intentada. Não se trata, portanto, de uma antecipação produzida na fase preliminar de investigação, mas sim, de uma antecipação de atos da instrução. É um problema que surge em razão da impossibilidade de continuidade do processo após uma citação por edital em que o réu não dá qualquer notícia de conhecimento da acusação. Assim, para preservar a ampla defesa, o legislador determina a suspensão do processo, ao mesmo tempo em que abre a porta para a produção antecipada de provas. Mas, esta produção antecipada será exercida com observância de um contraditório, cabendo ao juiz nomear um defensor ao réu citado por edital para esse específico fim.

²⁸ Para *Gomes Filho* ([n. 15], p. 254) “o legislador nacional inspirou-se aqui, claramente, em disposição do Código de Processo Penal italiano de 1988, que autoriza a leitura, na fase de debates, de declarações prestadas anteriormente perante a Polícia Judiciária ou o MP, na investigação, ou diante do juiz, no curso da audiência preliminar, quando, por fatos ou circunstâncias imprevisíveis, tornou-se impossível a sua repetição (art. 512 do CPP italiano).”

²⁹ *Tonini*, A prova no processo penal italiano, 2002, p. 237.

³⁰ Nesse sentido, anota *Gomes Filho* ([n. 15], p. 255): “Somente quando tiver sido imprevisível a impossibilidade de renovação da prova será viável utilizar os elementos anteriormente obtidos sem o contraditório. Mas também em relação à prova não repetível aplica-se o que ficou dito a respeito das cautelares e antecipadas: sua eventual utilização no processo não afasta a necessidade de submetê-la ao contraditório diferido, permitindo-se às partes discutir a sua admissibilidade, regularidade e idoneidade”.

³¹ *Ferraz*, in: Canotilho/Mendes/Sarlet/Streck (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil, 2013, p. 1112.

³² *Pinto Ferreira*, Comentários à Constituição Brasileira, vol. 3, 1989, p. 103.

res, tão mais precisos seriam os diagnósticos acerca das reformas a implementar.³³

As CPIs, como se sabe, não possuem finalidade persecutória e não podem ser instituídas para a investigação específica e exclusiva de ilícitos penais, até mesmo porque para estes, o legislador constituinte atribuiu poderes aos órgãos da Polícia Judiciária.³⁴ No entanto, é mais do que natural, dada a amplitude dos poderes outorgados às CPIs, que estas se deparem, no curso de suas atividades, com notícias de práticas delituosas. Afinal, os fatos, ainda que determinados, possuem várias leituras jurídicas não sendo possível, via de regra, destacar uma única faceta com a desconsideração de todas as demais.³⁵ Logo, não será raro que no curso da investigação parlamentar sejam obtidos elementos, informações e dados relevantes para a determinação de eventual responsabilidade penal de seus agentes. Vem daí a previsão, no próprio texto constitucional, de encaminhamento do relatório final da CPI ao Ministério Público.³⁶

A intenção do constituinte foi clara: estabelecer canais de comunicação entre a investigação parlamentar e a futura atividade persecutória a ser desempenhada pelos órgãos competentes. Isso se expressa tanto pela possibilidade de instauração de inquérito policial como pela possibilidade de proposição de ação penal. A opção, por uma ou outra, dependerá da profundidade das informações reveladas no curso da atividade investigativa parlamentar. Não se trata, portanto, de escolha puramente discricionária. Meras notícias, fundadas em um mínimo de credibilidade, poderão dar suporte à abertura de nova investigação a ser conduzida pelos agentes

próprios da estrutura persecutória penal. No entanto, quando os elementos colhidos fornecerem um quadro indiciário razoável, o Ministério Público, tratando-se de ação penal de iniciativa pública, terá interesse processual em ajuizá-la. Mais do que isso, haverá obrigatoriedade em razão do princípio da indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública.

De qualquer modo, a possibilidade de ajuizamento de ação penal fundada em elementos colhidos no contexto de inquérito parlamentar não está proscribida de nosso sistema. Afinal, o Ministério Público não está preso à investigação conduzida pelo inquérito policial. É por essa perspectiva que se justificam os vários dispositivos do CPP que autorizam o Ministério Público a dispensar o inquérito policial, valendo-se, em seu lugar, das chamadas “peças de informação”.³⁷

Essa conclusão é reforçada quando se toma, no contexto da análise, a dimensão dos poderes outorgados em favor das CPIs. Aqui, muito embora o legislador tenha sido infeliz ao fazer referência aos “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” – já que, sabidamente, não exercem os juízes poderes investigatórios, mas sim instrutórios³⁸ –, fica manifesto o desejo do constituinte em propiciar às CPIs um instrumental suficientemente apto para o desempenho de suas mais altas funções. Os poderes de investigação são amplos, é certo, mas não incluem aqueles reservados às autoridades judiciais, conforme entendimento que se consolidou na juris-

³³ Para um estudo mais detalhado sobre as funções e atribuições das Comissões Parlamentares de Inquérito, ver *Sampaio*, Do inquérito parlamentar, 1964 e *Sproesser*, A Comissão mista Parlamentar de Inquérito, CPI no ordenamento jurídico brasileiro, 2008.

³⁴ Art. 144, § 1, I e § 4 da CR.

³⁵ A jurisprudência do STF caminha no mesmo sentido: “O inquérito parlamentar, realizado por qualquer CPI, qualifica-se como procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria, circunstância esta que permite à Comissão legislativa – sempre respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo e observados os fatos determinados que ditaram a sua constituição – promover a pertinente investigação, ainda que os atos investigatórios possam incidir, eventualmente, sobre aspectos referentes a acontecimentos sujeitos a inquéritos policiais ou a processos judiciais que guardem conexão com o evento principal de apuração congressional”. (MS 23.452-RJ, Rel. Celso de Mello).

³⁶ Conforme parte final do parágrafo terceiro do art. 58 da CR. Nesse ponto, observa *Ana Candida da Cunha Ferraz* ([n. 31], p. 1114): “Fatos criminosos não são investigáveis pelo Congresso e suas CPIs; fatos que de antemão são tidos como criminosos, ressalvado tratar-se de fato que se inclua na sua competência de investigação [...]. É certo que no decurso das investigações parlamentares, a hipótese da prática de crime comum pode surgir, caso em que a CPI tomará as providências para o encaminhamento aos órgãos competentes.

³⁷ O art. 27 do CPP, por exemplo, indica que a iniciativa do Ministério Público pode ser provocada por qualquer do povo que poderá lhe fornecer, por escrito, informações sobre o fato e a autoria com a indicação do tempo, lugar e os elementos de convicção. As chamadas “peças de informação” são ainda referidas no art. 28 do CPP, que trata do arquivamento do inquérito daquelas peças e, também, pelo art. 46, § 1 do CPP que fixa o prazo para oferecimento de denúncia, quando o Ministério Público dispensar o inquérito e fundar-se nas peças de informação por ele recebidas.

³⁸ Como se sabe, em um processo penal de matriz acusatória não se admite que o juiz investigue fatos criminosos emprestando, assim, definitiva contribuição para a construção da tese acusatória. Quando assim procede, os riscos de concentração de poderes acabam aproximando o modelo às fórmulas inquisitórias de triste memória. Muito diferente, contudo, são os poderes instrutórios, ou seja, aqueles dirigidos à submissão da tese acusatória ao procedimento de verificação probatória. Aqui prevalece o interesse geral da atividade jurisdicional pela busca do melhor acerto do fato posto a julgamento. Nesse sentido, ver *Grinover*, Boletim do IBCCrim de 30.6.1995; *Pacelli/Fischer*, Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência, 4. ed. 2012, p. 17; *Zilli*, in: *Rascovski* (Coord.), Temas relevantes de direito penal e processual penal, 2012, p. 149. No mesmo sentido, é a jurisprudência do STF: “À vista do sistema acusatório (implícito na garantia do contraditório e essencial à sua imparcialidade), aos juízes se outorguem poderes investigatórios stricto sensu e para atribuir sentido útil à cláusula constitucional, há que entendê-lo como referida aos ‘poderes instrutórios idênticos aos reservados aos membros do Judiciário’”. (AgRg. no MS 23.466 – Distrito Federal – Rel. Sepúlveda Pertence).

prudência. Assim, podem as CPIs inquirir testemunhas, determinar a quebra de sigilo bancário ou mesmo a realização de exames periciais. No entanto, dependem da autoridade judiciária competente para a obtenção de ordem de busca e apreensão domiciliar ou mesmo de outras medidas restritivas de direitos fundamentais.³⁹

Mas, seja em um caso ou em outro, não parece lógico o argumento que procure impedir o estabelecimento de qualquer canal de comunicação entre a atividade da CPI e uma eventual persecução penal. Com efeito, não seria razoável imaginar que os resultados de uma busca e apreensão, determinada judicialmente, não pudessem produzir qualquer efeito na persecução penal que porventura se deflagra, sob argumento de que havia sido concretizada no contexto das atividades de uma comissão parlamentar e, portanto, estranha à atuação da Polícia Judiciária.⁴⁰ Aliás, uma demonstração clara da existência dos canais de comunicação é dada pela remansosa jurisprudência que reconhece a eficácia de várias garantias fundamentais, ligadas à persecução penal, no contexto dos trabalhos das CPIs. É o exemplo do direito ao silêncio e do *nemo tenetur se detegere*.⁴¹

A bem da verdade, o problema não reside na possibilidade de construção de canais de comunicação entre a investigação parlamentar e a persecução penal, mas sim na amplitude e na extensão desses mesmos canais. Isso porque, a atividade original das CPIs não está dirigida à investigação de ilícitos penais, o que é realizado de forma circunstancial. Isso impõe redobrada cautela quando da transposição dos elementos ali colhidos para a persecução penal. Que possam servir para sustentar a instauração de inquéritos policiais, para fundamentar medidas cautelares probatórias, pessoais e patrimoniais, ou mesmo para subsidiarem o ajuizamento de ações penais não resta dúvida. Situação bem mais delicada é a

possibilidade de integrarem o acervo probatório e, dessa forma, prestarem-se para a formação da convicção judicial.

1. A prova oral colhida pela CPI e o seu aproveitamento no processo penal

Das várias situações possíveis, o recurso aos depoimentos colhidos no curso da atividade parlamentar investigatória é a mais delicada. Assumindo a condição de atores que detêm conhecimento do fato posto a julgamento ou de aspectos relevantes que tocam aquela prática, as testemunhas, necessariamente, devem se submeter à atividade probatória dialética já que esta é, indiscutivelmente, o meio mais eficaz para a construção da verdade processualmente válida.⁴²

É que a prova testemunhal está calcada na complexidade que cerca a memória e na multiplicidade de percepções e impressões que a ela estão associadas. A oralidade é a forma mais comum de sua expressão⁴³ a qual, por sua vez, também está sujeita às limitações e às imprecisões que são tão próprias da linguagem. Daí a importância do contato direto entre a testemunha, as partes e o julgador. Não é por menos que a reforma processual de 2008, incorporou o princípio da identidade física do juiz.⁴⁴

A submissão de tal prova ao contraditório, assim entendido como exploração bilateral de sua produção, sob a vigilância do juiz é, dessa forma, crucial. Como anota *Malan*, a admissão do valor probatório de um testemunho produzido longe do contraditório levaria, por lógica, à admissão, das provas produzidas em segredo.⁴⁵ O absurdo da conclusão atesta o perigo da propositura. Logo, os depoimentos colhidos no curso do inquérito parlamentar devem, necessariamente, se submeter ao procedimento contraditório judicial, caso o juiz queira fazer uso dos dados e informações fornecidos por tais pessoas para o seu convencimento. É esta a dicção dada ao art. 155 do CPP, em sua nova redação.

Ocorre que dentro da dinâmica normativa do art. 155 do CPP, o juiz poderia buscar amparo em elementos informativos, desde que estes fossem respaldados pelas provas produzidas em contraditório. Ainda que se possa reconhecer o caráter informativo dos depoimentos colhidos durante os trabalhos da CPI, o empréstimo está subordinado à observância certas condições.

Em primeiro lugar, não pode o julgador se valer de depoimento prestado por testemunha que não foi ouvida sob o crivo do contraditório quando a sua inquirição era perfeitamente possível. Sendo possível a oitiva, deve ela ser concretizada em juízo e sob o controle dialético das partes. E mesmo a impossibilidade de repetição daquele depoimento não pode levar à admissibilidade automática dos elementos e dados por ele revelados. Para que isso ocorra, uma das partes

³⁹ Nesse sentido, é a jurisprudência do STF: “O princípio constitucional da reserva da jurisdição – que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5, XII) e decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5, LXI) – não se estende ao tema da quebra d sigilo, pois, em tal matéria e, por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF art. 58, § 3), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera da privacidade das pessoas”. (MS 23.452 – RJ, Rel. Celso de Mello). No mesmo sentido: MS 24.817, STF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello).

⁴⁰ A não ser, obviamente, que reconhecida a sua ilicitude.

⁴¹ Nesse sentido: STF, HC 70244/DF, Rel. Sepúlveda Pertence. Destaca-se o seguinte trecho da ementa: “Não importa que, na CPI – que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar – a rigor não haja acusados; a garantia contra autoincriminação se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir à imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos.”. Em sentido semelhante: STF, HC 79.812, Rel. Celso de Mello.

⁴² *Ubertis*, La prova penale, Profili giuridici ed epistemologici, 1999, p. 55.

⁴³ Conforme fixa o art. 204 do CPP: “O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito”.

⁴⁴ Conforme redação dada ao art. 399, § 2, por força da Lei 11.719/2008.

⁴⁵ *Malan*, Direito ao confronto no processo penal, 2009, p. 78.

deverá ter manifestado, prévia e oportunamente, o desejo de produzir aquela prova, assegurando, portanto, o direito de vê-la produzida. Além disso, a impossibilidade de repetição deve ser causada por fatores totalmente imprevisíveis e que impediram o recurso à medida cautelar de produção antecipada de provas.

Mas mesmo que todas essas circunstâncias excepcionais se façam presentes, o julgador deve sempre ter em conta que o depoimento produzido no contexto da CPI não foi conduzido sob a batuta persecutória penal e cujos contornos do ilícito são delimitados pela tese acusatória. Afinal, como a finalidade do inquérito parlamentar não é a de apurar um noticiado ilícito penal, mas sim a de diagnosticar as deficiências do funcionamento da Administração Pública, assim como dos demais Poderes, é possível que muitos aspectos sejam simplesmente olvidados da pesquisa investigatória feita pelo legislador, comprometendo as eventuais conclusões que se queiram construir fundadas em depoimentos não dirigidos, desde o início, para a apuração de noticiados fatos criminosos.

Ocorre que não são raras as tentativas de se desvirtuar a natureza da prova oral, transmutando-a em prova documental. O expediente ocorre sempre que se busca emprestar a um depoimento, colhido em outro procedimento ou processo, a força de um documento, vale dizer, de um registro escrito de um fato. Vem daí a juntada de longos termos de depoimentos, colhidos em outros campos – como no caso de procedimentos administrativos ou mesmo em comissões parlamentares de inquérito – para o processo penal em que se pretende produzir a prova. Ainda que sob o amparo da propalada “busca da verdade”, procedimentos que tais procuram contornar as exigências que cercam a produção da prova oral. Como bem aponta *Badaró*, a temática suscita graves problemas associados com a tipicidade dos procedimentos probatórios, os quais são estabelecidos justamente para se conferir validade e confiabilidade ao resultado probatório.⁴⁶ É que a íntima vinculação com o devido processo legal não permite que as partes, ou mesmo o juiz, se desviem do procedimento probatório eleito pelo legislador, ou mesmo que desvirtuem a natureza

⁴⁶ É importante precisar a distinção entre provas atípicas que compreendem aqueles meios de prova não expressamente previstos pelo legislador, da chamada tipicidade probatória e que compreende a previsão, pelo legislador, do procedimento probatório. Nesse sentido: *Laronga*, Le prove atípico nel processo penale, 2002. Entre nós, sobretudo: *Badaró*, in: Yarshell/Moraes (Coords.), Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, 2005, p. 341. Em outra obra, *Badaró* (Processo penal, 2013, p. 274) assinala: “Nos casos em que a lei estabelece um determinado procedimento para a produção de uma prova, o respeito dessa disciplina legal assegura a genuidade e a capacidade demonstrativa de tal meio de prova. Toda vez que tal procedimento probatório não é seguido, o problema que se coloca não é saber se o meio de prova produzido é típico ou atípico, mas sim se os requisitos e condições previstos em lei, mas que não foram observados na admissão ou produção da prova, eram ou não essenciais para tal meio probatório.”

de uma prova, empregando-a de forma diversa para a qual foi desenhada.⁴⁷ Os vícios, nesses casos, podem conduzir a um problema de ilegitimidade da prova ou, em situações mais graves, à própria ilicitude.⁴⁸ E no caso da prova oral, são justamente os princípios da oralidade, da imediação e do contraditório que conferem o selo de validade do procedimento probatório e dos elementos que são revelados.

2. O convencimento judicial e a Ação Penal 470. Exame crítico

Muito embora as atividades e os resultados dos trabalhos desenvolvidos por diferentes CPIs⁴⁹ tenham sido importantes no processo penal instaurado por força da ação penal 470, bem como para o próprio julgamento, as discussões entre os Ministros acerca das premissas e das condições para a introdução e, por consequência, para a valoração não foram extensas e tampouco suscitaram intensos ou acalorados debates. Aliás, em alguns casos, como foi o voto do Min. Joaquim Barbosa, os pontos por ele fixados se harmonizaram com as exigências de associação da prova ao contraditório e com os limites impostos à valoração dos elementos informativos. É o que se infere do seguinte trecho:

“A prova a ser considerada no julgamento criminal é aquela realizada sob o contraditório, conforme estabelecido expressamente no art. 155 do CPP.

Isso não significa que o juiz não possa considerar, na formação de seu convencimento, elementos informativos colhidos na fase de investigação criminal. O que se exige é que tais elementos informativos sejam, na fase judicial, submetidos ao contraditório. [...]

A questão é mais problemática no que diz com a prova oral. Depoimentos prestados na fase de investigação, em

⁴⁷ *Badaró* (n. 46 – Yarshell/Moraes), p. 344.

⁴⁸ Toma-se aqui, uma vez mais, a conceituação difundida da doutrina nacional que distingue as provas ilícitas das ilegítimas.

⁴⁹ Foram feitas referências às “CPMI dos Correios”, à “CPI dos Bingos” e à “CPMI da Compra de Votos” (ou “CPI do Mensalão”). A “CPMI dos Correios” teve como “fato gerador” a divulgação de um vídeo que mostrava um funcionário da empresa dos Correios, com suposta autorização do então deputado federal *Roberto Jefferson* (PTB/RJ), recebendo valores supostamente indevidos de empresários. O relatório final da Comissão foi aprovado em 5.4.2006 e encontra-se disponível em www.ebooksbrasil.org (6.5.2014). A chamada “CPI dos Bingos”, por sua vez, foi instaurada após a divulgação de uma gravação feita pelo empresário Carlos Augusto Ramos com imagens indicando que ele estaria sendo vítima de supostas extorsões feitas por *Waldomiro Diniz*, assessor do então Ministro da Casa Civil da Presidência da República, *José Dirceu*. O relatório final está disponível em www.senado.leg.br (6.5.2014).

Por fim, a chamada “CPI do mensalão” que foi instaurada após denúncias feitas pelo então deputado *Roberto Jefferson* alertando sobre a existência de supostos valores mensais que seriam dados pelo governo federal a membros do Congresso Nacional em troca de votos de interesse do mesmo governo.

inquérito policial ou por Comissão Parlamentar devem ser renovados em Juízo, possibilitando às partes o exame direto e o cruzado. Vencida essa condição, ou seja, oportunizado o exame direto e cruzado pelas partes em Juízo, as declarações pretéritas, prestadas na fase de investigação, podem ser consideradas para a valoração das provas, especialmente para eventuais questionamentos acerca da credibilidade de seu conteúdo em caso de alteração de versão.

Aliás, o cotejo dos depoimentos do acusado e das testemunhas na fase de investigação com aqueles colhidos na fase judicial é muito comum na prática forense.

Eventual contradição deve ser resolvida à luz do restante do conjunto probatório, inviável adotar fórmula única, muito embora, em princípio, tenha maior valor o depoimento prestado em juízo. [...]

Portanto, na espécie, as provas produzidas na fase da investigação, submetidas que foram, de modo geral, ao contraditório, podem ser validamente valoradas para o julgamento que se enceta. A avaliação de eventuais exceções há de ser feita em concreto.”⁵⁰

Em linhas gerais, as considerações se mostram corretas,⁵¹ muito embora no curso do voto tenham sido recorrentes as transcrições dos depoimentos colhidos durante os trabalhos de diferentes CPIs, o que seria indicativo da importância que aquele material serviu para a estruturação do convencimento. De qualquer modo, nas considerações preliminares a respeito da validade dos depoimentos colhidos perante a CPI, o Ministro Relator destacou a maior confiabilidade que os depoimentos colhidos na fase judicial mereceriam, justamente porque auferidos sob a chancela validadora do contraditório. Seguindo o mesmo raciocínio – que não foi expressamente referido no trecho, mas que pode ser dele inferido –, os relatos fornecidos em juízo por uma testemunha, quando em oposição com aqueles apresentados perante a CPI, haveriam de prevalecer, a menos que as demais provas o infirmassem de forma categórica.

De qualquer modo, a equiparação feita pelo Ministro Relator entre a atividade desempenhada pela CPI e a “fase da investigação” – como etapa preliminar ao processo penal de natureza condenatória – foi reiterada, de forma mais candente, por outros votos. De fato, o Ministro Luiz Fux, após fazer uma introdução conceitual sobre as CPIs, indicou tratar-se de

procedimento preliminar à persecução penal o que permitiria, a exemplo do inquérito policial, a integração dos elementos lá colhidos para o acervo probatório. Nesse passo, chegou, a invocar, inclusive, precedentes do próprio STF os quais, na verdade, fazem referência ao inquérito policial.⁵² Vale o registro do seguinte trecho:

“Os elementos amealhados no curso desses procedimentos preliminares, todavia, não ficam permanentemente alijados da apreciação judicial em futuro processo.

A uma, porque estes elementos podem ser confirmados, sob o crivo do contraditório, no curso do processo penal, adquirindo, desse modo, a eficácia necessária para embasar um decreto condenatório. É o caso deveras comum da testemunha que ratifica em juízo todas as declarações prestadas em sede preliminar, oportunidade na qual o réu exerce em plenitude o seu direito de defesa. A prova, para todos os efeitos, passa a ser processual, na esteira da jurisprudência deste STF (v. HC 83.348, 1. Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

A duas, em razão da expressa exceção contida na parte final do art. 155 do CPP, que autoriza que o magistrado fundamente a sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação quando cuidar-se de ‘provas cautelares, não repetíveis e antecipadas’.”

Em sentido semelhante, foi o posicionamento do Ministro Ayres Britto que fez referência, ainda, a outros procedimentos administrativos como potencialmente aptos a produzirem elementos informativos válidos para a convicção judicial. Nesse sentido:

“[...] o processo penal é o locus da produção probatória, pois serviente do contraditório e da ampla defesa. O que, a meu juízo, também não impede o magistrado de reforçar a sua convicção com elementos legitimamente produzidos na fase investigatória (Inquérito, CPI) ou mesmo em outras esferas de apuração (TCU, Banco Central) Mecanismos de investigação de fatos e responsabilidades que têm expresso assento constitucional.”⁵³

As equiparações devem ser recebidas com cautelas. Afinal, a fase preliminar de investigação da persecução penal é materializada, via de regra, pelo inquérito policial, cujo procedimento é regulado pelo legislador processual. Não há, portanto, esse elo automático entre o inquérito parlamentar e a persecução penal como alguns votos indicam. Mas é igualmente certo não conferir o legislador, ao inquérito policial, o monopólio da formação da justa causa para a ação penal. Ao contrário, permite que a ação venha fundada em outros elementos. É o que se denomina de “peças de informação”. No entanto, a presença de tal comunicação não autoriza qualificar a investigação parlamentar como uma etapa própria da persecução penal.

Mas, é evidente que a amplitude das funções constitucionalmente asseguradas em favor das comissões parlamentares poderá conduzir à obtenção tangencial de importantes dados

⁵⁰ Fls. 52.698-52.696 do acórdão.

⁵¹ *Badaró*, contudo, repudia a possibilidade de se qualificar de elementos informativos os dados obtidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito justamente por não envolverem elas uma investigação processual penal. Para o autor, o raciocínio deveria passar pela perspectiva da prova emprestada. Nesse sentido: “Diversamente, no que diz respeito aos elementos de informação colhidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, como não se trata de investigação processual penal, sua eventual utilização em processo penal terá que ser analisada sob a ótica da prova emprestada [...]” (Prova emprestada no processo penal e utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Badaró*, Revista Brasileira de Ciências Criminais 106 [1-2/2014], p. 163).

⁵² Foram as seguintes as referências: HC 104.669, 1. Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, HC 102.473, 2. Turma, Min. Ellen Gracie e AgRg no RE 425.734, 2. Turma, também da Min. Ellen Gracie.

⁵³ Fls. 56.171 do acórdão.

relacionados com práticas delituosas, os quais poderão servir de apoio para a propositura de ação penal. De qualquer modo, caso o inquérito parlamentar tenha, de forma excepcional, subsidiado a opinião delicti, os depoimentos lá colhidos terão que, necessariamente, ser repetidos à luz do contraditório para que, assim, possam se converter em prova. E, para tanto, as partes terão que propor tal produção, até mesmo porque a primazia na atividade probatória a elas pertence.

Outro aspecto não menos tormentoso, foi a aproximação feita, por alguns votos, entre os elementos colhidos no inquérito e os indícios.⁵⁴ É que os indícios foram tratados pelo legislador processual no terreno da prova, ao lado, por exemplo, das perícias, dos documentos e da prova testemunhal. Por mais que tal inserção suscite inúmeros debates no campo doutrinário,⁵⁵ é evidente que o legislador não os equipara aos elementos informativos. Estes, a exceção das provas cautelares, antecipadas e não repetíveis subsidiam a acusação, mas não podem subsidiar, com exclusividade, a convicção do julgador. Os indícios, por sua vez, estão ligados ao resultado que se obtém da prova.⁵⁶ São as circunstâncias provadas que, guardando relação com o fato principal, permitem concluir, por um raciocínio indutivo, a existência de outras circunstâncias.⁵⁷

Ora, a afirmação de que os elementos colhidos no inquérito – ou em qualquer outro procedimento que subsidie o oferecimento da ação penal – constituem indícios, abre o caminho para que o juiz possa deles se valer para estruturar o seu

convencimento quanto ao mérito. Tal raciocínio desconsidera as limitações feitas pelo legislador em 2008. Com efeito, o movimento operado pela reforma foi mais restritivo. A intenção foi justamente a de evitar os constantes transportes dos dados colhidos na fase preliminar para a judicial. Nesse passo, a reforma enfatizou o valor que o constituinte já tinha conferido ao contraditório. E isso é especialmente válido quando o olhar se volta para a prova oral.

De fato, aquela produzida no contexto do inquérito, ou em peças de informação, serve para estruturar a tese acusatória e para orientar o juízo de admissibilidade da acusação. Não é prova e tampouco são indícios no sentido de “prova” que o legislador processual empresta a tal expressão. Para se converterem em prova, as testemunhas devem ser ouvidas sob o contraditório, a menos que, por circunstâncias totalmente imprevisíveis, a fonte de prova se perca antes da atividade instrutória. Mas, mesmo aqui, não perderão o valor relativo, inclinando-se o convencimento judicial em favor dos depoimentos prestados sob contraditório quando estes infirmarem os elementos informativos.

IV. Conclusões

1. A reforma processual de 2008, e mais especificamente a Lei 11.690/2008, procurou alinhar alguns dispositivos do Código de Processo Penal de 1941 – produto de período autoritário –, aos ventos democráticos trazidos pela Constituição de 1988. No terreno da prova, merece ser destacado o reforço dado à garantia fundamental do contraditório e o direcionamento que tal garantia empresta para a composição do acervo probatório.

2. Nessa linha, prova é aquela que se produz em razão do movimento de confronto que as partes travam durante a instrução. Por conseguinte, os elementos informativos são aqueles obtidos durante atividade conduzida de forma unilateral pelos órgãos encarregados da persecução. Via de regra, tal atividade é materializada pelo inquérito policial. No entanto, não é o inquérito policial o único meio válido para a construção da justa causa da ação penal. O sistema confere valor a outros meios anômalos, qualificando-se de “peças de informação”.

3. As CPIs não têm finalidade investigatória penal e, portanto, não estão inseridas na fase preliminar da investigação prevista e regulada pela legislação processual. No entanto, dada a amplitude da finalidade e da extensão de seus poderes – os quais guardam assento constitucional – é possível que a investigação parlamentar leve ao descortinamento de dimensões penais dos fatos. De qualquer modo, para o fiel desempenho de suas funções, as CPIs podem determinar várias diligências investigatórias desde que estas não toquem o terreno afeto à reserva de jurisdição. Quando necessária a restrição de direitos fundamentais, as CPIs poderão provocar a autoridade judiciária competente que, obviamente, tornar-se-á preventiva para a futura ação penal.

4. Há, evidentemente, canais de comunicação entre a atividade da CPI e a persecução penal. Os elementos ali colhidos podem subsidiar a instauração de inquérito policial perante os órgãos da Polícia Judiciária, a adoção de medidas cautelares judiciais pessoais, reais ou probatórias e, também,

⁵⁴ Essa aproximação é feita em vários momentos e por diferentes votos.

⁵⁵ O legislador processual de 1941 não primou por um rigor técnico. É que ao fazer referência à prova, abraçou tanto os meios de prova, como os resultados obtidos pela produção probatória como é o caso dos indícios, gerando, portanto, confusão.

⁵⁶ No mesmo sentido *Badaró* (n. 46 – Processo), p. 336.

⁵⁷ O conceito, aliás, é dado pelo legislador processual no art. 239: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Para *Espínola Filho* (Código de processo penal brasileiro, Vol. III, 2. ed. 1945, p. 150), a redação utilizada pelo legislador no art. 239 do CPP teve como fonte inspiradora a lição de Manzini. *Maria Thereza Rocha de Assis Moura*, em trabalho específico sobre o tema afirma que “indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo” (*Moura*, A prova por indício no processo penal, 1994). Em sentido semelhante é a lição de *Eugenio Florián* (De las pruebas penales, Tomo 1, 1990, p. 176): “[...] en el fondo el indicio se reduce a la operación lógica de deducir el conocimiento de un hecho, de una cosa o de una situación que se ignora en todo o en parte, de la existencia de un hecho distinto, de una cosa o de una situación diversas, ya establecidas en proceso. El indicio, por lo tanto, antes que un medio de prueba es un hecho que, como los demás, se establece con medios de prueba [...]”.

ampararem a instauração de ação penal. Contudo, na esteira da nova redação dada ao art. 155 do CPP, os elementos ali produzidos são, essencialmente, informativos, excetuadas, obviamente, as situações de provas cautelares e não repetíveis.

5. No caso específico das testemunhas, não é possível que o juiz simplesmente recorra aos depoimentos colhidos durante as atividades da CPI para subsidiar o seu convencimento. A prova testemunhal, por suas próprias características, está jungida aos princípios da oralidade, da imediação e do contraditório. Ou seja, somente poderá ser considerada como prova, e compor o acervo probatório, uma vez observados aqueles princípios.

6. Ao dar nova redação ao art. 155 do CPP, a Lei 11.690/2008 abrandou o rigor desenhado pelo Projeto de Lei 4.201/2001 e, com isto, abriu espaços para que o juiz buscasse amparo nos elementos informativos colhidos na fase preliminar. Mas, tratando-se de prova testemunhal, os elementos informativos não são amplos. Ou seja, não podem ser considerados como tais qualquer depoimento colhido no inquérito ou nas chamadas “peças de informação”. Caso não haja uma limitação, o julgador poderia buscar amparo em qualquer depoimento colhido na fase preliminar, mesmo que a fonte de prova não tivesse sido alvo de expressa postulação probatória pelas partes. Esse tipo de procedimento causaria surpresa às partes a quem cabe a primazia na definição do material que integrará o acervo probatório.

7. Nesse passo, os poderes instrutórios do julgador não autorizam que ele componha o acervo probatório pinçando, a seu bel prazer, os elementos informativos que entenda importantes. A iniciativa probatória do juiz, em um sistema acusatório, é complementar e tem por alvo a determinação, de ofício, de produção de prova o que, necessariamente, deverá obedecer à garantia do contraditório. Ou seja, estão fora da possibilidade de valoração do juiz aqueles depoimentos que foram descartados das provas postuladas pelas partes no processo. Caso o juiz queira deles se valer, terá que provocar a produção judicial daquela prova.

8. De qualquer modo, a valoração dos elementos informativos, em especial a prova testemunhal, deve ser feita com moderação. No caso de contradições, a tendência será a de valorizar os elementos produzidos em contraditório, a menos que estes se mostrem totalmente fragilizados em face das demais provas colhidas.

9. Por fim, não é possível rotular os elementos informativos como indícios. Pela sistemática adotada pela legislação processual brasileira, os indícios ligam-se ao resultado da prova. São, portanto, circunstâncias provadas que, submetidas a uma inferência, levam à afirmação de outras circunstâncias ou fatos. Qualificar todos os elementos informativos como indícios levaria a uma transposição automática daqueles para o acervo probatório. Não foi essa a intenção da reforma da legislação processual ao fixar o contraditório como fator de chancela da prova penal.

Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF

Por Prof. Dr. **Pablo Rodrigo Alflen**, Porto Alegre (UFRGS), Brasil

Os principais problemas verificados no direito penal brasileiro vigente parecem surgir justamente a partir dos déficits de interação entre teoria e prática. Um olhar mais atento permite observar que a dissonância daí resultante segue em uma via de mão dupla: de um lado, a doutrina brasileira, por vezes, funde concepções teórico-dogmáticas incompatíveis entre si, formando um mixtum compositum de coisas que não deveriam ser misturadas,¹ de outro lado, a praxis jurisdicional em matéria penal, de maneira autossuficiente, ou despreza construções teórico-dogmáticas na fundamentação de suas decisões,² ou, ainda, quando as utiliza, na maioria das vezes, desvirtua seu conteúdo.

No entanto, este último aspecto, qual seja, o desvirtuamento de concepções teórico-dogmáticas pela praxis jurisdicional – embora não seja uma peculiaridade brasileira – é acentuado pelo fato de a doutrina brasileira manifestar um déficit de identidade, pois digere concepções dogmáticas

estrangeiras, muitas vezes, de forma irrefletida e apartada do seu contexto. Isso se reverte em uma certa incongruência sistêmica, facilmente identificável nos manuais; ao mesmo tempo, porém, acaba por transferir à praxis jurisdicional o difícil encargo de concretizar tais concepções teóricas, de modo que seu desvirtuamento é consequência inevitável. Exemplo paradigmático, nesse sentido, foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro ao julgar a Ação Penal N. 470 – conhecida como “caso mensalão” –, principalmente, no que diz respeito ao concurso de pessoas (“Beteiligungslehre”) e à delimitação da autoria e de suas respectivas formas (autoria direta, autoria mediata e co-autoria).

Tal caso, na verdade, demonstra o acerto das palavras de Kantorowicz ao afirmar, já em 1910, ser “a teoria da participação” (concurso de pessoas) “o capítulo mais obscuro e confuso da ciência penal” (alemão).³ Porém, cumpre fazer uma ressalva, a de que tal aspecto não fica restrito a determinado plano territorial, sendo a teoria da participação (concurso de pessoas), portanto, o capítulo mais obscuro e confuso da ciência penal. A gravidade dos equívocos cometidos ao longo da decisão proferida no “caso mensalão”, especialmente no que diz respeito à teoria do domínio do fato, não é mais do que expressão de uma praxis incongruente que advém de longa data. Para compreender tal problemática, realizar-se-á, em primeiro lugar, uma breve análise do emprego da teoria do domínio do fato pela jurisprudência brasileira, como critério de delimitação da autoria, com a finalidade de demonstrar os equívocos cometidos (infra I. 1.). Em segundo lugar, analisar-se-á o modo como a teoria do domínio do fato foi utilizada pela Corte, para delimitar a autoria e suas respectivas formas (infra I. 2.), no famigerado “caso mensalão”. Por fim, analisar-se-ão alguns aspectos atinentes à admissibilidade ou não da teoria do domínio do fato de Roxin no contexto jurídico-penal brasileiro (infra I. 3.).

I. Domínio do fato na jurisprudência brasileira

As expressões “domínio do fato” e “domínio sobre o fato”, como se tem conhecimento a partir dos trabalhos de Roxin e de Schroeder, foram empregadas pela primeira vez no direito penal por Hegler, em 1915, no trabalho intitulado “Die Merkmale des Verbreches”;⁴ logo após, por Bruns, em 1932, no

¹ Assim, por exemplo: Greco, Curso de Direito Penal, Parte Geral, 2012, p. 422, o qual comete vários equívocos ao fundir critérios e conceitos inerentes às concepções de Welzel e Roxin. Assim, baseando-se em Welzel, o jurista brasileiro fala de “domínio funcional do fato” (destaque do autor), quando tal classificação é desenvolvida por Roxin, com sua tradicional tripartição “domínio da ação, da vontade e funcional”. Igualmente lastreado em Welzel, refere o jurista brasileiro que a “divisão de trabalho” é critério do domínio funcional, porém, a expressão “realização por meio da divisão de trabalhos” (“arbeitsteilige Ausführung”) é própria da teoria de Roxin, pois Welzel emprega a expressão “divisão de papéis” (“Rollenverteilung”), compare Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, p. 77, bem como Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, p. 171 ss. (publicado originariamente in ZStW 58 [1939], 491). Este último equívoco também se verifica em Batista, Concurso de agentes, 3. ed. 2005, p. 101. Situação mais grave encontra-se em Reale Júnior, Instituições de Direito Penal, Parte Geral, vol. I, 2002, p. 315 ss., o qual utiliza a expressão domínio do fato com o propósito de delimitar a autoria, porém, dialoga com Welzel, Roxin, Jakobs e outros, sem sequer especificar seu ponto de partida, qual seja, o que se deve entender por “domínio do fato”.

² Assim, por exemplo, reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (no que segue “TJRS”), Julgado em 19.5.2005 – 70011117629 (Recurso em Sentido Estrito): “o processo não é um fim em si mesmo nem serve de palco para discussões acadêmicas”; bem como TJRS, Julgado em 20.2.2013 – 70052941077 (Habeas Corpus); TJRS, Julgado em 11.12.2013 – 70057208472 (Habeas Corpus); TJRS, Julgado em 18.12.2013 – 70057686677 (Habeas Corpus); TJRS, Julgado em 29.1.2014 – 70058088691 (Habeas Corpus); TJRS, Julgado em 26.2.2014 – 70058394966 (Habeas Corpus); TJRS, Julgado em 26.2.2014 – 70058332800 (Habeas Corpus); disponíveis em www.tjrs.jus.br (8.5.2014).

³ Cfe. Kantorowicz, MSchrKrim 1911, 257.

⁴ Cfe. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965, p. 59; no mesmo sentido Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. ed. 2006, p. 60; igualmente Schild, Tatherrschaftslehren, 2009, p. 9, o qual refere ainda que a teoria do domínio do fato foi fundada por Welzel, mas teve seus princípios em Hegler (1915), Frank e Goldschmidt (1931), Bruns (1932), H. v. Weber (1935), Eb. Schmidt (1936) e Lobe (1933).

trabalho intitulado “Kritik der Lehre vom Tabestand”;⁵ em seguida, por *Lobe*, em 1933, em seu “Reichs-Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar”;⁶ por *Berges*, em 1934, no trabalho intitulado “Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug in Wissenschaft und Rechtsprechung”; por *von Weber*, em 1935, no trabalho intitulado “Zum Aufbau des Strafrechtssystems”⁷ e por *Eb. Schmidt*, em 1936, no trabalho intitulado “Die militärische Straftat und ihr Täter”. Todavia, como adverte *Roxin*, “os pontos de partida dogmáticos que levaram ao desenvolvimento da ideia de domínio do fato são muito diferentes”⁸. Daí a dificuldade em se proporcionar um histórico dogmático de tal teoria, de modo que seu avanço em direção a uma concepção predominante acaba necessariamente por se reportar a *Welzel*.⁹

Apesar de *Welzel* ter apresentado, em 1939, pela primeira vez, uma teoria do domínio do fato propriamente dita, como critério de delimitação da autoria,¹⁰ não há dúvida de que os maiores esforços e a maior construção edificada até então a respeito da temática partiram de *Roxin*, o qual levou sua concepção a público no ano de 1963.¹¹ O ponto de partida de *Roxin* na elaboração de sua teoria foi a singular vagueza e a intangibilidade da concepção *Welzeliana*, os quais o levaram a rechaçar a ideia de domínio do fato finalista. Inclusive, em sua crítica, *Roxin* foi categórico ao esclarecer, por um lado, que *Welzel* introduziu o conceito “de forma absolutamente repentina e sem explicação, como se seu significado fosse compreensível por si mesmo”¹² e, por outro lado, que a “unilateralidade dos critérios compreendidos de forma lógica e exata” e a “sua incapacidade de satisfazer as diversas formas de manifestação da vida em suas expressões individuais” não

servem como critérios para definir a ideia de domínio do fato.¹³

Embora na doutrina alemã o debate acerca do domínio do fato tenha prosseguido de forma latente e profunda – a ponto de *Schild* demonstrar a existência de diversas variantes da teoria do domínio do fato na atualidade¹⁴ – a ideia de domínio do fato somente adentrou no plano teórico-dogmático brasileiro no ano de 1979 e ficou restrita às concepções de *Welzel* e *Roxin*. O mérito imperecível de *Nilo Batista* em trazer a teoria para o Brasil, na sua clássica obra Concurso de Agentes, já na primeira edição, no entanto, não impede a crítica no sentido dele não ter deixado claro o limite e as diferenças entre estas duas concepções. Tal esclarecimento, naquela ocasião, era imprescindível, quer seja por se tratar de uma nova concepção a adentrar no cenário teórico-dogmático brasileiro, quer seja por não haver ponto de confluência entre ambas as teorias. Por conseguinte, tanto o *desenvolvimento histórico-dogmático* da ideia de domínio do fato, quanto o *estudo pormenorizado* da teoria e de seus respectivos critérios, por muito tempo, permaneceram distantes dos trabalhos científicos brasileiros, os quais limitavam-se a abordar ou a concepção de *Welzel* ou a de *Roxin*, ou, ainda, as duas conjuntamente (daí o referido “mixtum compositum”), porém, ainda assim, elaborando um exame superficial e acrítico da teoria.¹⁵ Naturalmente, a inexistência de qualquer estudo posterior a respeito da teoria do domínio do fato, em caráter aprofundado, no Brasil, permitiu que a mesma fosse propalada em meio à doutrina de forma obscura.

É fundamental, então, ter em vista que a teoria de *Roxin* não consistiu em um simples aprimoramento da concepção de *Welzel*, mas, sim, em uma construção absolutamente nova e original, de modo que a doutrina brasileira deveria ter se preocupado em identificar as diferenciações teóricas e práticas de ambas as teorias, a fim de fornecer subsídios para a sua aplicação jurisdicional no âmbito nacional.

As principais diferenças dogmáticas entre as teorias podem ser sintetizadas levando-se em consideração os seguintes aspectos:

Welzel entende que a autoria depende de:

- Pressupostos pessoais, decorrentes da estrutura do tipo (1) objetivos, tais como a posição especial de dever do autor (funcionário público, militar, comerciante, mãe, médico, advogado, etc.), e (2) subjetivos, tais como intenções es-

⁵ Cfe. *Schroeder* (n. 4), p. 60; também *Roxin* (n. 4), p. 61 s.

⁶ Cfe. *Haas*, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, p. 15; *Schroeder* (n. 4), p. 60 s.; em sentido semelhante *Schild* (n. 4), p. 9, mencionando também a figura de *Lobe* como um dos precursores da teoria do domínio do fato.

⁷ Cfe. *Roxin* (n. 4), p. 63, fazendo referência ao trabalho de *v. Weber* intitulado “Zum Aufbau des Strafrechtssystems”, 1935; porém, *Schroeder*, menciona, além deste trabalho, o artigo de *Weber* intitulado “Die garantierende Funktion der Strafgesetze” = DJZ 1931, 663.

⁸ Cfe. *Roxin* (n. 4), p. 64; exame mais aprofundado em Exame aprofundado em *Alflen*, *Teoria do domínio do fato*, 1. ed. 2014, p. 81 ss.

⁹ Cfe. *Roxin* (n. 4), p. 64. Tal argumento procede, uma vez que a doutrina, de modo geral, ao se reportar a teoria do domínio do fato aponta *Welzel* como seu precursor, compare ainda *Haas* (n. 6), p. 15.

¹⁰ *Welzel* (n. 1), p. 161 ss.

¹¹ Compare a tese de habilitação do autor, publicada em sua primeira edição no ano de 1963, *Roxin* (n. 4), p. 25 ss.; bem como *o mesmo.*, GA 1963, 192; também *o mesmo.* (n. 1), p. 9 ss.; *o mesmo.*, ZIS 2006, 293; ademais *o mesmo.*, *Panóptica Law E-Journal* 4 (2009), 69.

¹² Cfe. *Roxin* (n. 4), p. 109.

¹³ Cfe. *Roxin* (n. 4), p. 112.

¹⁴ Cfe. *Schild* (n. 4), p. 33, o qual refere, além das teorias de *Welzel*, *Maurach*, *Gallas* e *Roxin*, as variantes desenvolvidas por *Schünemann*, *Bottke*, *Jakobs*, *Murmann/Bolowich/Noltenius*, *Renzikowski*, *Heinrich*, *Schneider*, *Otto*, *Buse/Schwab*, *Gropp/Ransiek/Schild/Schlösser*, *Sinn/Lampe*, *Schmidhäuser*, *Luzón Pena/Díaz y Carcia*, *Jescheck/Rogall/Rudolphi*, sendo que a estas acrescentamos nossa concepção em *Alflen* (n. 8).

¹⁵ Com brevíssima referência histórica, em particular a *Hegler*, veja *Batista* (n. 1), p. X; compare, ainda, sem qualquer referência histórica e com análise absolutamente superficial da teoria, o opúsculo de *Jesus*, *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*, 3. ed. 2002.

peciais, tendências ou tipos de sentimentos (os chamados elementos subjetivos do injusto); e

- Pressuposto fático: o domínio final do fato (o autor é o senhor sobre a decisão e sobre a execução da sua vontade final);¹⁶ logo, para *Welzel*, o “domínio final do fato” (“finale Tatherrschaft”) não é o único critério para determinar a autoria.¹⁷

Roxin, no entanto, desenvolve a ideia de domínio do fato sob o argumento de que “o autor é a figura central (“Zentralgestalt”), a figura chave (“Schlüsselfigur”) do acontecimento mediado pela conduta”¹⁸, o autor é sempre “a figura central de um acontecimento executório” (“Ausführungsgeschehen”), isto é, “a figura central da conduta executória” (“Ausführungshandlung”)¹⁹ e que a “figura central do processo delitivo é quem domina o acontecimento dirigido à realização do delito”²⁰. Daí referir que autor é aquele “que domina o fato, isto é, que desempenha o papel decisivo na realização do tipo”;²¹ logo, “tem o domínio do fato e é autor, quem aparece como a *figura central*, a *figura chave* na realização do delito, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento”.²² Para *Roxin*, portanto, o domínio do fato seria o critério suficiente para determinar a autoria.

Welzel reconhece as três modalidades de autoria, a saber: a autoria direta, a coautoria e a autoria mediata. Porém, por entender que o conceito de domínio do fato é um pressuposto

fático da autoria, não faz diferenciação entre espécies ou formas de domínio do fato.

Roxin, diferentemente, desenvolve um modelo tripartido de domínio do fato, distinguindo entre as formas de domínio da ação, domínio do fato funcional e domínio do fato pela vontade, às quais correspondem, respectivamente, a autoria direta, a coautoria e a autoria mediata.²³

Para *Welzel*, “a melhor representação visual” da coautoria “é a da divisão de papéis (‘Rollenverteilung’) em um plano elaborado conjuntamente”, sendo a “decisão conjunta” e a “execução conjunta” do fato seus requisitos imprescindíveis. Esclarece, contudo, que o coautor não possui o poder de decisão sobre a realização do fato integral, mas tão só sobre a sua parcela de contribuição.²⁴

Já para *Roxin*, a coautoria consiste na “realização do tipo por meio da execução pela divisão de trabalhos” (“arbeits-teilige Ausführung”);²⁵ e, de sua estrutura funcional, o penalista alemão extrai três pressupostos, a saber²⁶:

- a existência de um planejamento conjunto do fato;
- a execução conjunta do fato, “não sendo suficiente uma participação na preparação” (diferentemente de *Welzel*, para quem a contribuição do coautor pode consistir em ato preparatório e de apoio²⁷);
- a prática de uma contribuição essencial à etapa da execução.²⁸

¹⁶ Cfe. *Welzel* (n. 1), p. 164; ademais o mesmo, *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 1956, p. 82 a 84: “senhor sobre o fato é quem o realiza finalisticamente com base na sua decisão de vontade”. Inclusive, este é o fundamento pelo qual *Bockelmann*, que adere ao domínio do fato finalista, ressalta que o “domínio final do fato é uma característica da autoria”, compare *Bockelmann*, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, p. 52.

¹⁷ Cfe. *Schroeder* (n. 4), p. 63, o qual refere que “o domínio do fato é um momento complementar, que se apresenta no âmbito do concurso de pessoas junto ao conceito de ação” (*destaque do autor*); ainda *Haas* (n. 6), p. 15.

¹⁸ *Roxin* (n. 4), p. 25, 108 e 527; uma análise sintética e crítica desta diretriz *Roxiniana* em *Schild*, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1992, p. 6 ss.

¹⁹ *Roxin* (n. 1), p. 9: “immer ist er die Zentralgestalt der Ausführungshandlung”.

²⁰ *Roxin* (n. 1), p. 10: “Zentralgestalt des Deliktsgeschehens ist, wer das zur Deliktsverwirklichung führende Geschehen beherrscht”; igualmente *Roxin* (n. 4), p. 527: “die Zentralgestalt wird durch die Merkmale der Tatherrschaft, der Sonderpflichtverletzung oder der Eigenhändigkeit gekennzeichnet” (“a figura central é caracterizada pelos elementos do domínio do fato, da violação de um dever especial ou pelas próprias mãos”).

²¹ *Roxin* (n. 1), p. 11: “der die Tat beherrscht, d.h. bei der Tatbestandsverwirklichung die maßgebliche Rolle spielt”.

²² *Roxin* (n. 1), p. 14: “Die Tatherrschaft hat und Täter ist, wer bei der Deliktsverwirklichung durch seinen maßgeblichen Einfluß auf das Geschehen als Schlüsselfigur, als Zentralgestalt erscheint”.

²³ *Roxin* (n. 4), p. 527: “o domínio do fato, que nos delitos comissivos dolosos determina o conceito geral de autor, ocorre nas formas de manifestação do domínio da ação, do domínio da vontade e do domínio do fato funcional”; refere também que “com o propósito de preencher este conceito da espécie de cláusula geral e, antes de tudo, formal com conteúdo, nós encontramos os critérios do domínio da ação, do domínio da vontade e do domínio do fato funcional, que se apresentam todos os três como formas de um princípio mais abrangente do domínio do fato” (p. 335).

²⁴ Cfe. *Welzel* (n. 1), p. 171.

²⁵ *Roxin* (n. 1), p. 77.

²⁶ *Roxin* (n. 1), p. 78.

²⁷ Cfe. *Welzel* (n. 16), p. 90; em sentido semelhante, na doutrina alemã contemporânea, compare *Kindhäuser*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. ed. 2013, p. 400 s., o qual afirma que, segundo o entendimento predominante, é suficiente a colaboração na *etapa de preparação* quando esta possui significado decisivo para o decurso posterior e o êxito do fato, sendo que só para a teoria do domínio do fato é necessária a colaboração direta na realização do fato; no mesmo sentido refere *Otto*, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. ed. 2008, p. 268.

²⁸ Nesse sentido também *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 43. ed. 2013, p. 191-192, os quais afirmam que para o êxito do fato é exigido de qualquer coautor uma colaboração essencial na etapa de execução (“wesentliche Mitwirkung im Ausführungsstadium”). Este aspecto tem sido muito discutido na dogmática jurídico-penal, sendo que *Roxin* tem plena consciência disso, compare *Roxin* (n. 4), p. 657, referindo que “o ponto de diferenciação material decisivo no momento radica na questão se [...] basta para a fundamen-

Para *Welzel*, a autoria mediata consubstancia-se na ideia do domínio final do fato por quem se encontra por trás do instrumento (*Werkzeug*), sendo que este último em hipótese alguma pode possuir o domínio pleno do fato, caso contrário, aquele que se encontra por trás será mero indutor ou instigador.²⁹ “Para a autoria mediata, de modo algum é exigível que o autor se sirva de um instrumento mecânico realmente eficaz”, visto que “ele pode adaptar em certa extensão a conduta final de outrem a sua atividade final, desde que conserve – ao contrário do outro – o domínio do fato abrangente sobre o fato integral”³⁰. Com isso, deixa claro que a autoria mediata pode se dar no caso de o instrumento ser um indivíduo que atua de maneira inconsciente ou conscientemente final, tanto punível como impunível, e desde que o autor mediato tenha o domínio integral do fato.

Roxin, por seu turno, considera que a autoria mediata ocorre quando um indivíduo se serve de outro (um “intermediador”) para atingir seus fins, de tal modo que, por meio da instrumentalização deste (isto é, de seu uso como “instrumento”), aquele domina o acontecimento de forma mediata (como “homem de trás”).³¹ Assim, esclarece que, enquanto no domínio da ação a realização da conduta típica pelas próprias mãos fundamenta a autoria, na autoria mediata falta justamente uma conduta executória por parte do homem de trás, de maneira que o domínio do fato somente pode se basear no “poder de conduzir a vontade”, e isto, aliás, só se pode imaginar no caso de uso de um indivíduo que “não atua livremente”³², o qual, ao contrário do preconizado por *Welzel*, é um sujeito impunível (embora *Roxin* modifique sua concepção no tocante ao domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder).

A ausência de um referencial teórico-dogmático a evidenciar, principalmente, estas nítidas diferenciações (embora haja outras)³³ tem dificultado aos tribunais brasileiros a utilização da ideia de domínio do fato como diretriz para delimitação da autoria e de suas respectivas modalidades (autoria imediata, mediata e coautoria). A consequência disso radica em que, assim como ocorre com o BGH, por um lado, não se encontra homogeneidade nos critérios utilizados pelos tribunais brasileiros, e, por outro lado, é evidenciada certa incongruência na utilização dos próprios critérios dogmáticos estabelecidos, seja por *Welzel*, seja por *Roxin*, e isso, inevitavelmente, dificulta a controlabilidade dos atos jurisdicionais.

Ademais, na diferenciação entre as modalidades clássicas de autoria (imediata, mediata e coautoria), verifica-se a utilização, por parte dos tribunais nacionais, de uma ideia de domínio do fato, mas não necessariamente de uma teoria uníssona e coerente como fundamento de suas decisões, que possibilite caracterizar a ideia de autoria de forma legítima.

tação da coautoria uma participação na etapa da preparação ou se, para isso, é exigível uma colaboração complementar à contribuição de outrem na própria execução”.

²⁹ *Welzel* (n. 1), p. 165.

³⁰ *Welzel* (n.1), p. 164.

³¹ Cfe. *Roxin* (n. 1), p. 22.

³² *Roxin* (n. 4), p. 142.

³³ Para isso compare *Alflen* (n. 8).

Com isso, quer se dizer que, algumas vezes, é apenas mencionada a expressão domínio do fato sem que se apresente uma fundamentação da autoria com base em critérios que informem quando o indivíduo detém tal domínio e, outras vezes, conjugam-se critérios das teorias de *Roxin* e *Welzel*.³⁴ O exame de alguns casos extraídos da jurisprudência brasileira³⁵ permite observar claramente esta problemática.

1. Casuística

a) Homicídio qualificado e ocultação de cadáver

Ao julgar Recurso de Apelação Criminal interposto contra decisão condenatória de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas utilizou o critério do domínio do fato para fundamentar a coautoria em hipótese de crime de homicídio qualificado. No caso, o policial “E”, juntamente com “N”, também policial, em abordagem a “B”, efetuou um disparo para assustá-lo, no entanto, “B” foi atingido. Temendo levá-lo ao hospital local por serem muito conhecidos, os policiais decidiram levá-lo a um hospital vizinho. Contudo, no trajeto, enquanto “N” dirigia o veículo, “E” efetuou vários outros disparos contra “B”, que causaram a sua morte. Em virtude disso, “E” e “N” “desovaram” o corpo de “B” em um matagal à beira da estrada. Os policiais restaram denunciados e condenados pela prática dos crimes tipificados nos arts. 121, § 2, II e 211, combinados com o art. 29, do CP, em coautoria. No recurso interposto por “N”, o Tribunal entendeu que “o só fato de não ter ele puxado o gatilho não afasta, em absoluto, a co-autoria”, visto que “participou da esdrúxula decisão de levar a vítima”, “contribuindo decisivamente para o desfecho do delito, porquanto tinha o poder (domínio) de sustar a evolução criminosa a qualquer instante, mas assim não o fez e com tudo aquiesceu”³⁶.

Em tal situação o Tribunal aplicou parcialmente a concepção de domínio final do fato, de *Welzel*, pois levou em conta o critério da “decisão comum” em relação ao resultado perpetrado por “E” e “N”, (seja porque decidiram conjuntamente levar ao hospital vizinho, seja porque, após, conjuntamente desovaram o corpo em matagal), bem como o critério da “execução comum”, ao ressaltar que, embora não tenha acionado o gatilho da arma da fogo (ato executório), “N” realizou atos de apoio, os quais permitiam caracterizá-lo como code-tentor da decisão conjunta do fato. Todavia, o critério do

³⁴ Tal questão também foi colocada, recentemente, por *Haas* (n. 6), p. 23: “existem critérios para determinar qual medida de domínio do fato deve ser alcançada para legitimar a responsabilidade penal como autor?”.

³⁵ Os casos que seguem foram extraídos de uma pesquisa realizada no período de 2006 a 2009, na Universidade Luterana do Brasil, a qual consistiu no exame de mais de 1700 julgados de todos os tribunais brasileiros estaduais e federais, com o objetivo de analisar se a teoria do domínio do fato era utilizada e quais os critérios eram empregados nas decisões, para delimitar a autoria direta, a autoria mediata e a coautoria.

³⁶ TJAL (Câmara criminal), Julgada em 24.4.2003 – Apelação Criminal 1999.001465-7 (Rel. Des. José Fernando Lima Souza).

“poder de sustar a evolução criminosa”, utilizado pelo Tribunal, não coaduna com a ideia de domínio final do fato, mas sim com a concepção desenvolvida por *Maurach*, no sentido de “deter nas mãos o curso do acontecimento típico”, que se traduz pelo “deixar prosseguir, impedir ou interromper” a realização típica.³⁷ Logo, há uma conjugação de critérios, que não permitem dizer se o tribunal adotou especificamente uma ou outra concepção.

b) Roubo majorado

O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas também utilizou a teoria do domínio do fato para fundamentar a coautoria na hipótese de crime de roubo. No caso, após ingerirem bebidas alcoólicas, “C” e “J” dirigem-se a um ponto de táxi da cidade e solicitam à “V”, taxista, que os leve a determinado local. Lá chegando, com o intuito de roubar o automóvel, “J” aponta uma arma de fogo para a cabeça de “V”, enquanto “C” investe contra este com uma faca, ferindo-o mortalmente no pescoço. Logo em seguida, fogem com o automóvel para a cidade vizinha, onde são presos. “C” e “J” são denunciados e condenados pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2, I e II do CP, em coautoria. O Tribunal entendeu ser “autor do delito todo aquele que possui poder de decisão sobre a realização do fato, decidindo acerca da prática (se realiza) e da forma desta (como realizar)”, bem como que “para ser configurada a coautoria, não se faz necessária a exata concretização por parte dos agentes da hipótese normativa, bastando que exista a divisão das tarefas para atingir a finalidade vedada pelo sistema legal”. No caso, “C” “não tinha o controle do carro quando da fuga, nem foi ele que determinou à vítima parar o automóvel”, porém, o fato de ter “utilizado uma faca, colocando-a no pescoço da vítima e causando-lhe ferimento, evidencia que sua participação foi decisiva para a consumação do delito”.³⁸

No presente caso, o tribunal se equivocou quanto aos critérios *Welzelianos* do domínio final do fato, pois utilizou o critério próprio da autoria direta, a saber “o poder de decisão sobre a realização do fato”, para delimitação da coautoria. Para *Welzel*, o coautor não possui o poder de decisão sobre a realização do fato integral, mas o poder de decisão sobre a sua parcela de contribuição, daí dizer que a coautoria assenta na “decisão comum” e na divisão de papéis. Ademais, o critério da “participação decisiva” não integra a concepção de domínio final do fato, mas sim a concepção de *Roxin*, como o terceiro elemento delineado pelo jurista alemão para caracterização da coautoria, a saber, a “relevância da contribuição”. Inclusive, o tribunal não esclarece o porquê de a contribuição de “C” ser considerada “decisiva” face à conduta de “J”, visto que “C” atuou com uma faca, quando a vítima já estava sob a mira da arma de fogo de “J”. Mesmo se se levasse em conta este último critério, para fins de coautoria, deveria ser demonstrada a imprescindibilidade da contribuição de “C”.

³⁷ Cfe. *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. ed. 1965, p. 504.

³⁸ TJAL (Câmara criminal), Julgada em 24.4.2003 – Apelação Criminal 1999.001465-7 (Rel. Des. José Fernando Lima Souza).

c) Latrocínio

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, do mesmo modo, procurou utilizar a teoria do domínio do fato para fundamentar a coautoria em crimes contra a o patrimônio. No caso, “L” e “V” entraram na casa de “P” e “M” e anunciaram um assalto. Na ocasião, pediram à vítima “M” para ficar parada, porém, quando esta se moveu em direção ao fogão, “V”, que portava uma arma de fogo, efetuou um disparo que atingiu sua cabeça, matando-a instantaneamente. Assustada com a situação, a vítima “P” travou luta corporal e acabou matando o assaltante “V”, sendo que “L” fugiu do local levando um videocassete. “L” restou condenado pela prática do crime tipificado no art. 157, § 3 (final), do CP. Ao julgar o recurso interposto por “L”, o Tribunal entendeu que “o agente também tinha o domínio do fato delituoso pela realização conjunta da conduta criminosa, dentro do prévio ajuste e da colaboração material, ainda que seu comparsa tenha sido o único autor dos disparos contra a vítima”.³⁹

Em tal situação, apesar da manifestação concisa, o Tribunal utilizou a teoria do domínio final do fato, especificando o critério da decisão comum (“dentro do prévio ajuste”) e o da “realização comum” (“realização conjunta da conduta criminosa”), mas não especificou o que se deveria entender por “colaboração material”, ou seja, não esclareceu se estas compreenderiam atos preparatórios, de apoio, ou atos propriamente executórios. Aqui, portanto, não houve incongruência na aplicação dos critérios da respectiva teoria adotada, mas sim parca fundamentação no tocante à espécie de contribuição. É importante esclarecer tal aspecto, porque, de acordo com *Welzel*, coautor é tanto quem realiza uma ação de execução, quanto quem realiza atos preparatórios e de apoio, mas desde que seja codetentor da decisão conjunta do fato.

d) Furto qualificado

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, seguindo no mesmo sentido, utilizou a teoria do domínio do fato para fundamentar a coautoria em crimes patrimoniais, como no caso a seguir: “J” aproximou-se do veículo VW pertencente a “L”, arrombou a porta e ingressou no seu interior, do qual subtraiu o aparelho de som automotivo. Com o bem em mãos, “J” fugiu do local em um carro conduzido por “F”, que o aguardava. Em razão disso, “J” e “F” foram denunciados e condenados pela prática do crime tipificado no art. 155, § 4, IV do CP. Em recurso interposto por “F”, para fundamentar a coautoria, o Tribunal afirmou que “vem ganhando primazia nos tribunais a teoria do domínio do fato, idealizada por *Claus Roxin*, que considera também coautor o agente que participa de um plano adremente preparado, com divisão de tarefas, fluindo, decisivamente, com a sua conduta, no resultado final do ilícito”, e esclareceu que “há relevância causal significativa, quando o réu fica na situação de garante e na posição de quem se presta não só a levar o outro agente à

³⁹ TJRO (Câmara Criminal), Julgada em 19.1.2006 – Apelação Criminal 100.501.2004.010245-4 (Rel. Sandra Maria Nascimento de Souza).

cena do crime, mas também a de lhe permitir, com a fuga, a consumação e o próprio exaurimento do crime”.⁴⁰

No caso, o tribunal, aplicando a teoria do domínio do fato de *Roxin*, especificou tanto o planejamento conjunto baseado na divisão de tarefas – o qual se verifica pela atribuição da tarefa de assegurar a fuga a “F” – quanto a realização conjunta, observando-se que, segundo *Roxin*, não é necessário “que as contribuições dos diversos coautores devam ser realizadas ao mesmo tempo”, nem mesmo é necessária “a presença no lugar da realização do resultado”.⁴¹ Porém, em relação ao terceiro pressuposto, a saber, “a relevância da contribuição”, não foi suficientemente esclarecido se a conduta de “F” consistiu em um “pressuposto imprescindível” (“unerläßliche Voraussetzung”), no sentido de *Roxin*; e isso é decisivo para fins de caracterização da coautoria, pois, do contrário, estar-se-ia diante de uma hipótese de participação.

e) Roubo majorado

Ao julgar Recurso de Apelação Criminal interposto contra decisão condenatória de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal aplicou a teoria do domínio do fato, novamente, com o propósito de fundamentar a coautoria, ao seguinte caso: “M”, “V” e “R” subtraíram, mediante ameaça com emprego de arma de fogo, R\$ 7.000,00 e cheques da empresa “L”. Na ocasião, “V”, com o emprego de arma de fogo, intimidou as funcionárias “S” e “T”, enquanto “M” recolheu os valores. A participação de “R”, que era funcionário da empresa, consistiu em informar a “M” e “V” o horário mais adequado para a prática do crime, em aguardar a chegada dos comparsas ao local simulando estar trabalhando e em indicar a localização do escritório onde os valores estavam guardados. Com isso, “M”, “V” e “R” foram condenados pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2, I e II, combinado com o art. 29 do CP, na qualidade de coautores. O Tribunal entendeu que “M” “atuou com domínio do fato, dividindo tarefas com seu comparsa, pois pouco importa se somente este portava arma de fogo”, inclusive, entendeu que apesar da “pluralidade de condutas”, “todas se revestiram de relevância causal e se enquadraram diretamente no tipo descrito na denúncia”.⁴²

Na hipótese, o tribunal utilizou a ideia de domínio do fato, de *Roxin*, para fundamentação da coautoria, sendo que restou identificado o planejamento conjunto, sobretudo, em virtude da divisão de tarefas claramente delimitada entre os participantes. Todavia, não foram esclarecidos os pressupostos da execução conjunta e da relevância da contribuição. Em primeiro lugar, *Roxin* afirma que “somente quem desempenha algum papel na execução pode codominá-la”,⁴³ porém,

quem realiza alguma contribuição na etapa da preparação, ainda que ela seja importante, cede a execução a outrem e, por conseguinte, renuncia ao seu domínio. Tal critério não é suficiente para delimitar a coautoria neste caso, pois não se pode afirmar com clareza que “R” também possuía o domínio do fato. Sua participação apresentava muito mais um caráter facilitador. Ademais, foi justamente o déficit resultante deste critério que levou *Roxin* a desenvolver um terceiro, a saber, a relevância da contribuição. Assim, em segundo lugar, o simples fato de o tribunal referir que as condutas “se revestiram de relevância causal” não é suficiente, pois, de acordo com a teoria de *Roxin*, esta relevância radica na imprescindibilidade da contribuição, e, no caso, ter-se-ia que indagar se o fato não teria se concretizado sem a contribuição de “R”. Por fim, o tribunal afirmou que todas as condutas “se enquadraram diretamente no tipo”, mas, quanto a isso, deve-se fazer duas considerações: a primeira radica no fato de que este critério não integra a concepção de *Roxin*, e, a segunda, no fato de que a conduta de “R” não se enquadra no tipo penal referido (art. 157, § 2, I e II do CP), de modo que não haveria que se falar em coautoria em relação a “R”.

A partir de tais casos, observa-se que os tribunais têm utilizado critérios diversos para a determinação da coautoria, tais como a decisão conjunta,⁴⁴ a divisão de tarefas,⁴⁵ o poder de decidir sobre o “se” e o “como” realizar o fato e de interrompê-lo,⁴⁶ a desnecessidade da prática da conduta executória descrita no tipo,⁴⁷ a realização conjunta da conduta cri-

jurisprudencial, visto que tanto o RG quanto o BGH fixaram o entendimento de que é suficiente para caracterizar a coautoria uma colaboração mínima na etapa da preparação; compare, ainda, *Roxin* (n. 4), p. 657; no mesmo sentido *Puppe*, ZIS 2007, 241: “O coautor deve realizar sua contribuição para o fato na etapa da execução”.

⁴⁴ Nesse sentido, compare também TJRJ (Primeira Câmara Criminal), Julgada em 27.12.2005 – Apelação Criminal 2005.050.04643 (Rel. Des. Marcus Basilio).

⁴⁵ Nesse sentido, compare também TJGO (Primeira Câmara Criminal), Julgada em 25.4.2000 – Apelação Criminal 19820-0/213; bem como a decisão do TJES (Segunda Câmara Criminal), Julgada em 30.11.2005 – Apelação Criminal 023.04.000188-7 (Rel. Des. Manoel Alves Rabelo); e, do mesmo modo, TJDF (Primeira Câmara Criminal), Julgada em 2.6.2005 – Apelação Criminal 20030110018160 (Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto); assim como o TJDF (Primeira Turma Criminal), Julgada em 30.10.2006 – Apelação Criminal 20020110414487 (Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto); ainda TJPR (Terceira Câmara Criminal), Julgada em 16.6.2005 – Apelação Criminal 0262992-3 (Rel. Des. Rogério Kanayama).

⁴⁶ Nesse sentido também TJMT (Terceira Câmara Criminal), Julgada em 15.8.2005 – Apelação Criminal 19153/2005 (Rel. Des. Pedro Sakamoto).

⁴⁷ Nesse sentido TJMS (Segunda Turma Criminal), Julgada em 19.4.2006 – Apelação Criminal 2006.002348-4 (Rel. Des. José Augusto de Souza); bem como TJMG (Quinta Câmara Criminal), Julgada em 25.4.2006 – Apelação Criminal 1.0701.05.109770-0/001 (Rel. Des. Hécio Valentim); igualmente TJRS (Oitava Câmara Criminal), Julgado em 20.2.

⁴⁰ TJDF (Primeira Turma Criminal), Julgada em 30.10.2006 – Apelação Criminal 20020110414487 (Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto).

⁴¹ *Roxin* (n. 1), p. 82.

⁴² TJDF (Primeira Turma Criminal), Julgada em 29.11.2001 – Apelação Criminal 20000610044842 (Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante).

⁴³ *Roxin* (n. 1), p. 82, quanto a isso *Roxin* ressalta, ainda, que sua concepção está em absoluta oposição ao entendimento

minosa,⁴⁸ a contribuição decisiva⁴⁹ ou relevante⁵⁰ para o resultado e o prévio ajuste. Portanto, os déficits decorrentes da inexistência de coesão e uniformidade nos critérios utilizados são evidentes.

2. Ação Penal N. 470 do STF, o “caso mensalão”

Conforme foi possível verificar até aqui, os equívocos praticados pela jurisprudência brasileira no que diz respeito ao emprego da teoria do domínio do fato, para efeito de delimitação da autoria são evidentes, a ponto de não se poder afirmar se há uma concepção predominante, quais os critérios realmente adotados ou, inclusive, se a jurisprudência se dispôs, deliberadamente, a construir uma nova vertente (o que não parece ser o caso, devido à absoluta falta de uniformidade e coesão). Logo, como referido inicialmente, o julgamento do famigerado “caso mensalão” não destoaria da confusa praxis jurisdicional brasileira até então evidenciada. Porém, devido à relevância, à complexidade e à repercussão nacional e estrangeira do caso é importante analisar de forma mais detida alguns aspectos da decisão proferida, sobretudo, aqueles pertinentes à chamada teoria do domínio do fato.

Em 20.7.2005, foi instaurado Inquérito perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro, para apurar esquema de corrupção e desvio de dinheiro público, caracterizado pelo pagamento mensal de propinas a parlamentares do Congresso Nacional em troca de apoio ao governo federal, envolvendo tanto membros do governo federal quanto parlamentares. Com base na investigação realizada o Ministério Público Federal promoveu a acusação de 40 (quarenta) indivíduos pela prática dos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, do CP), peculato (art. 312, do CP), corrupção passiva (art. 317, do CP), corrupção ativa (art. 333, do CP), lavagem de dinheiro (Art. 1, V, VI e VII, da Lei n. 9.613/1998), gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas (respectivamente, art. 4 e art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986).⁵¹ Tal acusação foi recebida em 28 de agosto

de 2007, pelo Supremo Tribunal Federal, e, por conseguinte, culminou na Ação Penal N. 470.⁵²

Por ocasião do julgamento da referida Ação Penal, na tentativa (e no afã) de proceder à delimitação da autoria dos acusados, o Supremo Tribunal Federal utilizou de uma anomalia, a qual intitulou de teoria do domínio do fato. De forma absolutamente incongruente, ao longo de mais de oito mil páginas que integram o acórdão, a Corte fundiu teorias incompatíveis entre si, não especificou os critérios que utilizou para nortear aquilo que denominou de “domínio do fato”, e, sobretudo, deixou de indicar analiticamente dados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão. De maneira surpreendente, a Corte tentou, inclusive, proceder a um retrospecto histórico sintético da teoria do domínio do fato, sem sequer chegar ao seu conteúdo (o qual, no entanto, deveria ter sido o principal aspecto a ser discutido). Na decisão restou de forma clara que a “teoria” foi utilizada como simples retórica para fins de atribuição de responsabilidade, em flagrante violação ao art. 93, IX da Constituição Federal.

Descabe proceder a um exame minucioso e analítico do acórdão em sua integralidade, sobretudo, em virtude da sua dimensão estratosférica, de modo que é suficiente, para os fins aqui pretendidos, analisar as principais passagens em que se faz menção à teoria do domínio do fato. É afirmado na decisão que “a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel”⁵³, porém, tal afirmação é equivocada e incoerente, por duas razões:

Em primeiro lugar, tal afirmação não pode ser utilizada em relação à teoria do domínio do fato de um modo geral, mas tão só em relação à teoria do domínio final do fato, conforme concepção originariamente desenvolvida por *Welzel*, pois a teoria elaborada por *Roxin* não é decorrência da teoria finalista, ao contrário, desenvolve-se justamente a partir do rechaço absoluto à concepção de *Welzel* do domínio final do fato.⁵⁴

Em segundo lugar, ao longo da decisão há referência constante à concepção de *Roxin* e às formas de domínio do fato por ele desenvolvidas e denominadas (principalmente, o chamado “domínio funcional”), de modo que, evidentemente, a decisão procurou encontrar amparo muito mais na concepção de *Roxin* do que na *Welzel*. Logo, deveria ter sido levada em conta a estrutura dogmática delineada por *Roxin* e, com isso, observado que a mesma não coaduna com o sistema de *Welzel*.

2002 – Apelação Criminal 70003039930 (Rel. Des. Roque Miguel Fank). Também STJ, Julgado em 2.6.2009 – REsp 1.068.452 (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima): “aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação entre coautoria e participação, sendo coautor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução”; bem como STJ, Julgado em 6.9.2011 – HC 191.444 (Rel. Min. Og Fernandes): “a autoria pode se revelar de diversas maneiras, não se restringindo à prática do verbo contido no tipo penal”.

⁴⁸ Nesse sentido TJRS (Sexta Câmara Criminal), Julgada em 16.12.2010 – Apelação Criminal 70039361084 (Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel).

⁴⁹ TJMG (Quinta Câmara Criminal), Julgada em 17.4.2007 – Apelação Criminal 1.0460.05.017607-8/001 (Rel. Des. Hécio Valentim).

⁵⁰ Nesse sentido TJMG (Quinta Câmara Criminal), Julgada em 17.10.2006 – Apelação Criminal 1.0261.04.027123-9/001 (Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho).

⁵¹ Cfe. Peça acusatória (denúncia) disponível no site

http://noticias.pgr.mpf.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/INQ%202245%20-%20denuncia%20mensalao.pdf/view (8.5.2014).

⁵² Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 1061, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

⁵³ Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 1161, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

⁵⁴ Cfe. *Roxin* (n. 4), p. 109.

Aliás, a adesão à concepção delineada por *Roxin* é expressa, conforme se verifica a partir do próprio teor da decisão:

“Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores são aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal. Nas palavras de Claus Roxin, principal artífice desta teoria do domínio funcional do fato:

‘Se pone de manifiesto que entre las dos regiones periféricas del dominio de la acción y de la voluntad, que atienden unilateralmente sólo al hacer exterior o al efecto psíquico, se extiende un amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni otra clase de dominio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa en la realización del delito en los que la acción típica la lleva a cabo outro.’ (Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*. 7ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 305).”

Todavia, a incongruência da decisão, como um todo, é manifesta, pois apesar de haver inúmeras referências em seu teor, no sentido de se adotar a teoria de *Roxin*, encontram-se várias passagens nas quais, ao tentar fundamentar a autoria com base no domínio do fato, procede-se a um *mixtum compositum* entre a concepção *Welzeliana* e a forma de domínio do fato pelo domínio da vontade, desenvolvida por *Roxin*, in verbis:

“José Dirceu detinha o *domínio final* dos fatos. Em razão do cargo *elevadíssimo* que exercia à época dos fatos, o acusado José Dirceu atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, *executando os atos de comando, direção, controle* e garantia do sucesso do esquema criminoso, executado mediante divisão de tarefas em que as funções de cada corréu encontrava nítida definição.”⁵⁵

A afirmação de que um determinado indivíduo “detinha o domínio final”, supõe uma tomada de posição pela concepção *Welzeliana*, a qual é absolutamente incompatível com a ideia de domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos de poder, sendo que a ideia de “cargo elevadíssimo”, igualmente citada na decisão, é utilizada claramente no sentido referido por *Bloy*, “de que uma conduta coordenada verticalmente em regra aponte em direção à autoria mediata”.⁵⁶ Ademais, a fundamentação no sentido de que o acusado executava “atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso” se aproxima da concepção de *Bottke*, do domínio da realização desde uma posição relevante, em vez de domínio da vontade, segundo a qual existiria autoria mediata quando “dentro de um aparato organizado de poder, com atitude criminógena global, como detentor de posição superior, dá instrução a um subordinado para

cometer um crime que, devido à atitude criminosa do coletivo, já estabelecida, ao poder de mando e à disposição, muito provavelmente pode contar com o seu cumprimento”.⁵⁷

O caráter grotesco da decisão – decorrente da mais absoluta falta de percepção das diferenças terminológicas e, sobretudo, teórico-dogmáticas – é acentuado pelo fato de o Supremo Tribunal Federal utilizar como referencial teórico para a teoria do domínio do fato adotada (frise-se, orientada pela teoria de *Roxin*) a obra de autores brasileiros declaradamente finalistas. Em outras palavras, a decisão é embasada em doutrina brasileira que segue a concepção *Welzeliana*, porém, com isso, procura fundamentar a teoria desenvolvida por *Roxin* (*contradictio in adjecto*). Nesse sentido, pode-se observar que a Corte apoia-se na doutrina de *Cezar Bitencourt*, o qual segue expressamente a concepção de *Welzel* e sequer faz referência, em sua obra, à teoria do domínio do fato de *Roxin*.⁵⁸ Assim, refere o acórdão:

“Ensina, ainda, Cezar Roberto Bitencourt:

‘5.3. Teoria do domínio do fato

[...] Autor, segundo esta teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata). [...]

‘A teoria do domínio do fato tem as seguintes consequências: 1ª) a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria; 2ª) é autor quem executa o fato utilizando outrem como instrumento (autoria mediata); 3ª) é autor o co-autor que realiza uma parte necessária do plano global (“domínio funcional do fato”), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum’.”⁵⁹

Ademais, para fundamentar a responsabilidade penal dos acusados a Corte utilizou de entendimento há muito tempo superado e orientado por critério absolutamente inaceitável,⁶⁰ o qual assenta na presunção e, portanto, conduz à responsabilidade penal objetiva dos acusados,⁶¹ a saber: aquele que

⁵⁷ *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, 1992, p. 71 s.

⁵⁸ Cfe. *Bitencourt*, Tratado de Direito Penal, Parte Geral, vol. 1, 16. ed. 2011, p. 488 s.

⁵⁹ Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 4703, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

⁶⁰ TRF (4. Região, Sétima Turma), Julgado em 17.7.2012 – Habeas Corpus 5011346-88.2012.404.0000 (Rel. Des. Fed. Elcio Pinheiro de Castro): “Nos delitos empresariais, a presunção de autoria daqueles que são legalmente investidos na administração da pessoa jurídica é decorrência do exercício, de fato ou de direito (domínio do fato ou da organização), dos atos de gestão, notadamente o adimplemento das obrigações tributárias”.

⁶¹ Cfe. *Alflen* (n. 8), p. 179 ss.; bem como *Silva*, Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, 2006, p. 79.

⁵⁵ Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 4673 (*destaque do autor*), disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

⁵⁶ Cfe. *Ambos*, Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos, Tradução e comentários de Pablo Alflen, 2006, p. 51.

integra o quadro social da empresa, na condição de gestor ou administrador, teria o domínio do fato e, por conseguinte, seria autor; vejamos:

“Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, *conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime*. Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de Claus Roxin sobre a configuração do domínio do fato[...]”⁶²

Este critério – atualmente superado – foi estabelecido há muito tempo pela jurisprudência brasileira, a partir de uma interpretação inadequada do art. 25 da Lei n. 7.492/1986 e do art. 11, da Lei n. 8.137/1990, e, portanto, deve ser rechaçado⁶³, pois o domínio do fato deve ser aferido materialmente e não com base em presunção. Além disso, em um Estado Democrático de Direito não se pode conceber a atribuição de responsabilidade a gestores se não foi averiguado e devidamente comprovado que efetivamente exerciam os poderes de gestão que lhes eram atribuídos (inclusive, tal aspecto é rechaçado pela própria legislação vigente)⁶⁴. Aliás, como já afirmou *Oliveira*, “a responsabilidade penal não pode ser ficta, presumida, diversa daquela proveniente da própria conduta do agente e de sua postura psicológica em relação ao evento delituoso”.⁶⁵ Não se pode admitir na ordem jurídica brasileira a presunção de domínio do fato, pois a simples disposição de ato institucional ou contrato social constitutivo de uma organização, indicando quem são gestores, não atribui aos mesmos o efetivo poder de condução do fato delitivo.

De outra sorte, observa-se que a Corte sequer conseguiu situar o domínio do fato na estrutura do conceito analítico de crime, chegando à esdrúxula afirmação de que o domínio do fato consiste em elemento da culpabilidade, ao referir “o fato

de se tratar de empregada e, como tal, de trabalhadora subordinada, e de não dispor de poderes sobre o patrimônio da sociedade empresária não afasta, isoladamente, o domínio do fato delitivo, elemento da culpabilidade”.⁶⁶ Trata-se de equívoco inadmissível, sobretudo, em um caso desta magnitude, pois na dogmática jurídico-penal, a única referência a mencionar o domínio do fato como *pressuposto* da culpabilidade está em *Hegler*, o qual, em 1915, afirmou que somente age com culpabilidade quem tem o domínio do fato.⁶⁷

Logo, procedendo à transcrição de passagens doutrinárias absolutamente incompatíveis entre si, a Corte acreditou fundamentar a autoria dos acusados, quando sequer fez referência ao conteúdo da teoria do domínio do fato e aos critérios utilizados para afirmar se e por que alguém detinha o domínio do fato. Isso fica evidenciado, sobretudo, em razão de que, em determinado momento, orientando-se nitidamente por uma concepção *Welzeliana*, afirma-se que um dos acusados detinha “o domínio final dos fatos” e, logo em seguida, afirma-se que o mesmo acusado detinha “o domínio funcional dos fatos”.

Os problemas identificados na decisão somente se acentuaram, uma vez que os julgadores construíram um mosaico de peças que não se encaixam. Para esclarecer tal afirmação, é suficiente observar a seguinte passagem do julgado

“É importante destacar, neste ponto, *fragmento* da lição exposta por Luiz Regis Prado (“Curso de Direito Penal Brasileiro”, vol. 1/475-476, item n. 2, 6ª ed., 2006, RT), na qual, com muita propriedade, *enfocou* a matéria ora em exame:

‘e) Teoria objetiva final, objetiva-subjetiva *ou* do domínio do fato – de base finalista, *conceitua autor* como aquele *que tem* o domínio final do fato (conceito regulativo), enquanto o partícipe carece desse domínio. O princípio do domínio do fato significa ‘tomar nas mãos o decorrer do acontecimento típico compreendido pelo dolo’. Pode ele se expressar em domínio da vontade (autor direto e mediato) e domínio funcional do fato (co-autor). Tem-se como autor aquele que domina finalmente a realização do tipo de injusto. Co-autor aquele que, de acordo com um plano delitivo, presta contribuição independente, essencial à prática do delito – não obrigatoriamente em sua execução” (*destaque do autor*).

A situação somente não seria pior se o autor citado (*Luiz Régis Prado*) não tivesse cometido o gravíssimo equívoco de atribuir à teoria do “domínio final do fato” (de *Welzel*) a divisão entre as formas de “domínio da vontade” e “domínio funcional”. *Welzel* jamais fez menção às formas de “domínio da vontade” e “domínio funcional” em sua teoria do domínio final do fato. Logo, vê-se que a própria Corte foi induzida em erro, devido aos graves equívocos cometidos pela doutrina pátria. Deve-se a *Roxin*, o mérito de ter elaborado a divisão

⁶² Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 1162 (*destaque do autor*), disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

⁶³ Cfe. *Oliveira*, A responsabilidade nos crimes tributários e empresariais, p. 29; tal orientação, igualmente rechaçada por *Kuhlen*, havia sido adotada na Alemanha pelo BGHSt 37, 106 (113 f.), compare *Kuhlen*, Fragen einer Strafrechtlichen Produkthaftung, 1990, p. 663.

⁶⁴ Os preceitos do CCB impõem a análise dos atos materiais praticados *individualmente* pelos administradores, para fins de atribuição de responsabilidade. Assim, embora o art. 1.013 disponha que “a administração da sociedade, *nada dispendo o contrato social*, compete separadamente a cada um dos sócios” (*destaque do autor*); o art. 1.016 determina que “os administradores respondem [...] por culpa no desempenho de suas funções”, não se admitindo, portanto, a responsabilidade meramente objetiva pelos atos; isso, inclusive, é corroborado pelo Art. 1.017, o qual dispõe que “o administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá”.

⁶⁵ *Oliveira* (n. 63), p. 29.

⁶⁶ Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 1255, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

⁶⁷ Cfe. *Schroeder* (n. 4), p. 59; bem como *Roxin* (n. 4), p. 60; ademais, *Alflen* (n. 8), p. 60.

entre as formas de “domínio da ação”, “domínio da vontade” e “domínio funcional”.⁶⁸

Como se não bastasse, no teor da decisão chega-se a afirmar que a teoria do domínio do fato, de *Roxin*, não ofende o ordenamento brasileiro, ao contrário, revela-se “compatível com a disciplina que o nosso Código Penal estabeleceu” e que “a adoção, pela legislação brasileira, da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, da teoria do domínio do fato”.⁶⁹ Tal afirmação também encontra reflexo na doutrina brasileira, pois, *Batista*, ao analisar a teoria do domínio do fato de *Roxin*, afirma que “para o direito penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério para os crimes comissivos dolosos”.⁷⁰ Todavia, isso deixa claro o total desconhecimento tanto da doutrina brasileira, quanto da jurisprudência, acerca do absoluto rechaço por parte de *Roxin* ao sistema unitário de autor (o qual foi recepcionado pelo Código Penal brasileiro) e, principalmente, que a sua teoria foi criada tendo em vista o sistema diferenciador, adotado pelo Código Penal alemão.⁷¹

3. Incompatibilidade da teoria do domínio do fato de *Roxin* com a ordem jurídica brasileira

Como se não bastassem as incongruências e os equívocos cometidos ao longo da decisão proferida pelo STF na APn 470, no tocante ao emprego da teoria do domínio do fato, maior gravidade parece assumir a declaração da Corte no sentido de que a teoria do domínio do fato, de *Roxin*, é compatível com o ordenamento brasileiro.

Evidentemente, o Código Penal brasileiro de 1940, ao dispor no art. 25 – atual art. 29 – que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas” adotou um sistema unitário de autor.⁷² Apesar de o legislador parecer, com isso, estar equiparando todos os participantes do crime à figura de autores, certo é que a parificação legal não tem o condão de fazer desaparecer as diferenças reais que distinguem as várias formas de participação, uma vez que, como já esclareceu *Esther Ferraz*, “são, todas essas, diferenças reais que a lei pode ignorar sem, contudo, ter forças para eliminar”, bem como, porque tal diferenciação é importante

⁶⁸ Cfe. *Ambos* (n. 56), p. 49: “*Roxin* distingue três formas de domínio (domínio do fato pela ação, pela vontade e domínio do fato funcional)”.

⁶⁹ Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 5199, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

⁷⁰ *Batista* (n. 1), p. 73.

⁷¹ *Roxin*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. ed. 2006, p. 5 s.: “Com o conceito unitário de autor deve-se rechaçar também o conceito extensivo de autor”.

⁷² *Ferraz*, *A co-delinquência no direito penal brasileiro*, 1976, p. 3 ss.; *Fragoso*, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, 2. ed. 1977, p. 312; *Dotti*, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 5 (1981), 74; *Costa Júnior*, *Curso de Direito Penal*, vol. I, 1997, p. 116; *Bruno*, *Direito Penal, Parte Geral*, vol. I, tomo I, 2. ed. 1959, p. 261; *Alflen* (n. 8), p. 165 s.

“para os efeitos da aplicação da sanção punitiva”.⁷³ Todavia, a opção por um sistema unitário – desenvolvido originariamente em 1828 por *Stübel* – foi uma consequência inevitável da influência italiana sobre a doutrina e a legislação brasileiras da época. Inclusive, tal opção foi mantida no art. 29 do CP (alterado pela Lei n. 7.209/1984), ao dispor que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.⁷⁴

Embora o legislador brasileiro tenha adotado o sistema unitário, também deixou claro dois aspectos: em primeiro lugar, que o sistema unitário não é incompatível com a distinção entre as modalidades de autoria e participação; e, em segundo lugar, que, apesar de a legislação não definir os conceitos, apresentou alguns critérios, os quais devem nortear a doutrina nessa tarefa. Daí dizer *Mestieri* ser a referência à culpabilidade, disposta ao final do art. 29, uma “cláusula salvatória”⁷⁵ frente aos excessos a que poderia levar uma interpretação radicalizante orientada por uma concepção parificadora, e que, em virtude disso, o legislador teria adotado uma “teoria unitária temperada”.⁷⁶

Todavia, cumpre observar que a denominação “teoria unitária temperada”, referida por *Mestieri*, não consistiu em uma nova teoria, mas uma simples forma de designar uma concepção peculiar, divergente daquela apresentada originariamente por *Stübel* e adotada em 1940 no Código Penal brasileiro. Isso, evidentemente, deve-se ao fato de a doutrina brasileira, à época da reforma da Parte Geral (1984), desconhecer a tradicional distinção entre sistema unitário formal e sistema unitário funcional, cuja divisão e denominação havia sido elaborada por *Kienapfel*, em 1971.⁷⁷ Por formal o jurista denomina o “sistema unitário de autor que admite expressamente como consequência a unificação de todas as formas de cometimento do fato e renuncia às diferenciações conceituais-categoriais no plano da tipicidade”. Tal sistema elimina “as diferenças valorativas e existenciais entre as tradicionais formas de autoria e participação”. Já o funcional, assim “como o formal, renuncia a qualquer divisão valorativa de determinadas forma de cometimento do fato, mas, ao contrário deste, não renuncia à sua diferenciação conceitual”.⁷⁸

Logo, a ordem jurídico-penal brasileira adotou um sistema unitário funcional, e somente neste sentido pode ser entendida a chamada “teoria unitária temperada”.

Esclarecido este aspecto, cumpre responder à questão se um sistema unitário admite a teoria do domínio do fato de *Roxin*. Dois fatores conduzem a uma resposta para esta questão, a saber: em primeiro lugar, *Roxin* não só rechaça

⁷³ *Ferraz* (n. 72), p. 4 e 7; também *Semeraro*, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, 1986, p. 91 ss.

⁷⁴ *Alflen* (n. 8), p. 165 s.

⁷⁵ *Mestieri*, *Teoria Elementar do Direito Criminal, Parte Geral*, 1990, p. 253.

⁷⁶ *Mestieri* (n. 75), p. 253.

⁷⁷ *Kienapfel*, in: Müller-Dietz (Hrsg.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, p. 34; *Alflen* (n. 8), p. 56 s. e 168 s.; bem como *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, p. 133.

⁷⁸ *Kienapfel* (n. 77), p. 26-27.

categoricamente a adoção de um sistema unitário⁷⁹, como esclarece que desenvolveu sua teoria (do domínio do fato) sobre o pilar do sistema diferenciador; em segundo lugar, a concepção de domínio do fato (tanto *Welzeliana* quanto *Roxiniana*) está assentada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar de sustentação do sistema unitário. Por conseguinte, não há como transpor a teoria do domínio do fato ao plano brasileiro, face à sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional.

Nesse sentido, o absoluto rechaço por parte de *Roxin* ao sistema unitário de autor – o qual foi recepcionado pelo Código Penal brasileiro – e o consequente desenvolvimento da teoria do domínio do fato à luz do sistema diferenciador, conduzem à sua incompatibilidade com a ordem jurídico-penal brasileira.⁸⁰

II. Considerações finais

O exame realizado até aqui permite concluir que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal n 470/MG, não adotou a teoria do domínio final do fato, desenvolvida por *Welzel*, nem a teoria do domínio do fato, desenvolvida por *Roxin*, mas sim, utilizou uma anomalia resultante da conjugação dos critérios de ambas as concepções, o que conduziu a uma absoluta contradição. Ademais, tal equívoco foi decorrente da própria dificuldade que a doutrina brasileira apresentou no tocante à compreensão de ambas as concepções e de suas diferenças, o que, inevitavelmente, se refletiu em uma decisão absolutante incorreta.

⁷⁹ *Roxin* (n. 1), p. 5-6: “Com o conceito unitário de autor deve-se rechaçar também o conceito extensivo de autor”.

⁸⁰ *Roxin* (n. 1), p. 5.

Die „Rezeption“ der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht

Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal in der Bundesregierung („Mensalão-Fall“, Ação Penal Nr. 470, Supremo Tribunal Federal)

Von Privatdozent Dr. **Luís Greco**, München/Augsburg, und **Alaor Leite**, LL.M., München

I. Einführung

Auch in Brasilien ist inzwischen von Tatherrschaft und Organisationsherrschaft die Rede.¹ Das brasilianische Oberste Bundesgericht (Supremo Tribunal Federal [= STF]) hat diese vor allem von *Roxin* entwickelten Gedanken² in einer Entscheidung erwähnt,³ die einen enormen Korruptionsskandal auf Bundesebene zum Gegenstand hatte (Strafklage [Ação Penal = AP] Nr. 470/STF).⁴ Das Verfahren, das gewiss zu den rechtspolitisch brisantesten Entscheidungen der brasilianischen Geschichte gehört, wurde von der Öffentlichkeit mit ununterbrochenem Interesse begleitet.⁵

Die vorliegende Abhandlung verfolgt ein dreifaches Anliegen. Sie soll zunächst über zentrale Aussagen der Entscheidung hinsichtlich der Beteiligungsdogmatik informieren. Zweitens soll sie einen Beitrag zu der in der Rechtsvergleichung unter der Rubrik „legal transplants“ geführten Diskussion liefern. Zuletzt und vor allem soll sie untersuchen, ob der Entscheidung auch in rechtlicher Hinsicht, aus der Perspektive einer universellen Rechtswissenschaft, die Relevanz zukommt, die ihr in politischer Hinsicht in Brasilien zuerkannt wird, mit anderen Worten: ob man aus der Entscheidung etwas lernen kann.

Nach einigen gebotenen methodischen Vorbemerkungen (II.) müssen Sachverhalt und Entscheidung (III.) kurz beschrieben werden.

¹ Die Figur der Organisationsherrschaft hat auch sonst Konjunktur. Zur Figur im Völkerstrafrecht *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 365 ff., S. 590 ff., S. 613.; *Kreß*, GA 2006, 304; *Radtke*, GA 2006, 350; und neuerdings die Katanga-Entscheidung des IStGH (Chamber II), v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07, paras. 1386 ff., 1404 ff.; zum Fall *Ambos*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, S. 837; über die Anwendung der Figur in Argentinien siehe *ders.*, GA 1998, 226 (238); zum Fujimori-Fall des Peruanischen Obersten Strafgerichtshofs siehe die spezielle Ausgabe der ZIS 2009, 549 ff.

² *Roxin*, GA 1963, 193; zuletzt *ders.*, GA 2012, 395.

³ Weshalb wir hier vorsichtig von Erwähnung und nicht von Anwendung sprechen, soll im Laufe des Beitrags klarer werden.

⁴ Die Entscheidung ist verfügbar unter: http://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf (abgerufen am 28.2.2014 – die Seite funktioniert nicht einwandfrei). Zur Zitierweise der Entscheidung s.u. Fn. 7.

⁵ Auch die Wissenschaft beschäftigt sich intensiv damit, siehe die allein dem Verfahren gewidmeten Bände der Revista dos Tribunais 933 (2013) und der Revista Brasileira de Ciências Criminas 106 (2014).

ben werden. Erst dann wird man imstande sein, sich der eigentlichen Beteiligungsdogmatik zuzuwenden (IV.). Es wird sich herausstellen, dass die in der Entscheidung angekündigte Rezeption der Tatherrschaftslehre in der Sache keine war; womit zugleich die Frage nach dem wahren Grund für die Berufung auf die Figuren der Tatherrschaft und der Organisationsherrschaftslehre nahe liegt. Nach einer kurzen Kritik der Zentralsagen der Entscheidung (V.) stellen wir die Frage, ob man aus ihr Lektionen ziehen kann (VI.).

II. Die methodischen Herausforderungen von „Monsterentscheidungen“

1. Das brasilianische STF entspricht eher dem deutschen Bundesverfassungsgericht. Es übt einen Großteil der Verfassungsgerichtsbarkeit aus, insbesondere die abstrakte Normenkontrolle und Bund-Länder-Streitigkeiten (Art. 102 Abs. 1 lit. a, f brasVerf). Die Instanz, die die einheitliche Anwendung des Bundesrechts sicherzustellen hat und die insofern dem deutschen Bundesgerichtshof entspricht, ist hingegen das Superior Tribunal de Justiça (Oberes Justizgericht, STJ, Art. 105 Abs. 3 brasVerf). Dennoch hat das STF eine Reihe von Kompetenzen, die über die Rolle eines echten Verfassungsgerichts wesentlich hinausgehen. Vor allem steht es allein dem STF zu, über Strafklagen gegen Minister aus der Bundesregierung und Mitglieder des Bundestags oder -rats zu urteilen (Art. 102 Abs. 1 lit. c brasVerf).⁶

Die zu untersuchende Entscheidung ergeht in einem solchen Verfahren. Sie äußert sich deshalb nicht nur zu Rechtsfragen, sondern auch zu der gesamten Beweiswürdigung, und dies regelmäßig ohne zwischen beiden Ebenen klar zu differenzieren. Zudem sind einige Besonderheiten hervorzuheben. Jeder der elf Richter des STF legt sein eigenes Votum mit eigener Begründung vor. Es gibt zwar für jedes Verfahren einen Berichterstatter; ihm schließen sich die anderen Richter häufig an, dies ist jedoch nicht notwendig und hat im vorliegenden Verfahren auch nicht stattgefunden. Seit wenigen Jahren werden die unter Mitwirkung der Parteien und Verteidiger stattfindenden Verhandlungen sowie die gerichtlichen Beratungen in einem justizeigenen Fernsehprogramm und im Internet live übertragen; diese Beratungen werden auch niedergeschrieben und sind neben den schriftlichen Voten ebenfalls Teil der veröffentlichten Entscheidung. Im konkreten Fall führten diese Umstände dazu, dass die Entscheidung 8.000 Seiten umfasst.⁷ Man kennt in Deutschland den Begriff

⁶ Näher *Pacelli*, Curso de Processo Penal, 15. Aufl. 2011, S. 207 ff., S. 211 ff.

⁷ Ohne Akten; diese umfassen ca. 50.000 Seiten. Jedes der elf Voten hat seine eigene Seitenzählung. Wir haben es deshalb

des Umfangs- oder Monsterverfahrens;⁸ von einer Monsterentscheidung musste man noch nicht sprechen. Genau eine solche liegt aber hier vor.

2. Die Schwierigkeiten, in einem derartigen Strudel von Äußerungen zu Rechts- und Tatsachenfragen, von mehr oder weniger beiläufigen mündlichen Bemerkungen und angeblich durchdachten schriftlichen Stellungnahmen von elf unterschiedlichen Richtern eine einheitliche Entscheidung des Gerichts als Institution zu finden,⁹ liegen auf der Hand. Es ist also unmöglich, mit dieser Entscheidung so umzugehen, wie man es mit einer Entscheidung eines hohen deutschen oder europäischen Gerichts zu tun gewohnt ist. Man muss sich darauf beschränken, Sachverhalt und Entscheidung stark vereinfachend zu rekonstruieren. Ein Großteil der wissenschaftlichen Äußerungen über die Entscheidung wird deshalb allein darin bestehen, sie auszulegen, sie also erst zu verstehen. Die Frage ist nur, wie diese konstruktive Auslegung genau erfolgen soll.

Aus rechtstheoretischer Sicht spricht man gelegentlich von einer rationalen Rekonstruktion von Gerichtsentscheidungen.¹⁰ Man erblickt in Gerichtsentscheidungen eine Begründung und ein Ergebnis und bemüht sich darum, das Ergebnis als logische, also auf Gründen basierende Folge der Begründung zu begreifen. Die Teile der Begründung, die nicht logisch das Ergebnis tragen, können dann als obiter dicta beiseitegelegt werden; die Entscheidung kann somit leicht verstanden werden, im Idealfall lässt sie sich sogar auf ein kurzes Wenn-Dann-Schema zurückführen. Deutsche Entscheidungen sind meistens nachvollziehbar strukturiert und begründet; sie lassen sich regelmäßig auch in dieser Form rational rekonstruieren.

Bei Monsterentscheidungen könnte dieses Unterfangen aber an seine Grenzen stoßen. Wegen der gerade beschriebenen Umstände, die für Monsterentscheidungen charakteristisch sind, wäre das Vorliegen eines logischen Verhältnisses zwischen Begründung und Ergebnis eher verwunderlich. Hier sollte man mit Bemühungen um eine rationale Rekonstruktion sogar vorsichtig sein; denn die angebliche Rekonstruktion degeneriert leicht zu einer Fälschung oder einer ex post-Rationalisierung.

vorgezogen, die Entscheidung nach der einzig durchgehenden Zählung zu zitieren, die aber auch die Akten miterfasst.

⁸ Siehe etwa *Wesemann*, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, S. 891; *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 27. Aufl. 2012, § 16 Rn. 5.

⁹ In Brasilien kommt Präjudizien grundsätzlich keine rechtliche Bindungswirkung zu. Eine faktische Wirkung der Präjudizien besteht jedoch schon. Aber selbst hierfür ist Klarheit über die rationes decidendi erforderlich. Über die Bindungswirkungen der Entscheidungsgründe siehe *Schlüter*, *Das Obiter Dictum*, 1973, S. 77 ff.; *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, S. 282 ff.; *Duxbury*, *The Nature and Authority of Precedent*, 2008, S. 58 ff., S. 67 ff.

¹⁰ Etwa *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1983, S. 17 ff., S. 43 ff., S. 219 ff.; *ders.*, *Theorie der Grundrechte*, 1. Aufl. 1994, S. 498 ff.

An Monsterentscheidungen muss man deshalb anders herangehen. Auch hier wird es sich empfehlen, Begründung und Ergebnis zu unterscheiden, und auch hier muss zuerst eine rationale Rekonstruktion versucht werden. Schon das ist keine geringe Herausforderung, denn eine nachvollziehbar gegliederte Argumentationskette vermisst man überwiegend.¹¹ Dort, wo eine solche Rekonstruktion aber nicht gelingt, darf das nicht durch Verfälschung oder Rationalisierung unterschlagen werden. Die Verständlichkeit der Entscheidung wird dann nicht mehr mittels eines logischen, auf Gründen basierenden, sondern eines anderen, eher rhetorischen, d.h. von Appellen ausgehenden Verhältnisses zwischen Begründung und Ergebnis erschließbar sein.

3. Damit wird zugleich ein Weg eröffnet, die Entscheidung zu kritisieren. Denn Gerichtsentscheidungen müssen den Anspruch erheben, durch logisch schlüssige Gründe zu überzeugen und nicht nur mit rhetorisch wirksamen Appellen zu überreden. Diese Unterscheidung zwischen einer logischen und einer rhetorischen Dimension von Gerichtsentscheidungen wird auch den Schlüssel bieten, um zu verstehen, weshalb es dem Gericht so wichtig erschien, eine (zu Recht) angesehene deutsche Theorie zu „rezipieren“.

Damit wird man zugleich bei der aus der Rechtsvergleichung bekannten Diskussion über „legal transplants“ landen.¹² Unter diesem Begriff werden in erster Linie die Reibungen problematisiert, die damit verbunden sind, dass rechtliche Figuren, die in einen bestimmten dogmatischen oder kulturellen Zusammenhang eingebettet sind, auf eine Rechtsordnung übertragen werden, in der diese „Rahmenbedingungen“ nicht mehr vorhanden sind.¹³ Die brasilianische Rezeption der Tatherrschaftslehre wird sich in einer anderen Hinsicht als problematische Transplantation erweisen: Eine Erwägung, die im Ursprungsland als Grund konzipiert worden ist und praktiziert wird, wird in die andere Rechtsordnung nicht mehr als Grund, sondern rhetorisch wirksamer Appell eingeführt und somit verfälscht.

III. Der Sachverhalt

Der Sachverhalt ist äußerst komplex.¹⁴ Es gab zahlreiche Angeklagte (ursprünglich 40; über 38 ist ein Urteil gefällt wor-

¹¹ Das wird sich auch auf unsere Zitierweise auswirken müssen. Wir werden uns darauf beschränken, auffällige Höhepunkte anzuführen, die für dasjenige, was wir der Entscheidung entnehmen, besonders repräsentativ sind. Auf Details wird es nicht ankommen können.

¹² *Watson*, *Legal Transplants*, 2. Aufl. 1993, S. 1 ff., S. 21 ff.; siehe auch *Teubner*, *Modern Law Review* 61 (1998), 11; *Legrand*, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 111 (1997), 111; *Graziadei*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, S. 441.

¹³ *Watson* (Fn. 11), S. 21 ff.

¹⁴ Die gerade gebotene Rekonstruktion bemüht sich um eine knappe Wiedergabe der wesentlichen Ergebnisse des Verfahrens. Die zahlreichen über die Entscheidung erschienenen Bücher dürften zum großen Teil tendenziös sein und eher Beiträge zu einem fortlaufenden politischen Kampf als zu

den) und umso zahlreicher waren die Vorwürfe. Führende Personen aus der vorherigen Bundesregierung (unter Präsident Lula, der von 2003-2010 im Amt war) und aus der politischen Partei des ehemaligen Bundespräsidenten (Partido dos Trabalhadores, Arbeiterpartei) haben die politische Unterstützung von Abgeordneten anderer Parteien durch eine Art „Monatslohn“ gekauft; deshalb bezeichnete man die Affäre in der Presse als „Fall des Großen Monatslohns“ („caso mensalão“). Durch die Zahlung dieses Monatslohns versuchte man, die Abstimmungen im Bundestag im Sinne der Regierung zu beeinflussen. Im brasilianischen Bundestag,¹⁵ der aus 512 Abgeordneten besteht, sind nicht weniger als 18 Parteien vertreten; eine § 6 Abs. 3 BWahlG vergleichbare Sperrklausel gibt es nicht. Zur Regierungspartei gehören nur 87 Abgeordnete; eine stabile regierungsunterstützende Verbindung von Parteien gibt es nicht. Unter solchen Bedingungen versteht es sich fast von selbst, weshalb es zu einem derartigen System des Stimmkaufs kommen konnte. Die gezahlten Beträge entstammten dem Vermögen von privaten Banken und Marketing-Agenturen, die ein Interesse an einem guten Verhältnis zur Regierung hatten. Die führenden Regierungsmitglieder und leitenden Personen der involvierten Banken und Agenturen wurden vor allem wegen Bestechung (Art. 333 brasStGB) und Geldwäsche (Art. 1 Gesetz Nr. 9.613/98 i.d.F.v. Gesetz Nr. 12.683/2012) verurteilt.

Genau in diesem Zusammenhang tauchten die Figuren der Tatherrschaft und der Organisationsherrschaft auf: Auf sie hat sich die Entscheidung berufen, um die Verantwortung sämtlicher Führungspersonen zu begründen. Alle angeklagten Führungspersonen aus der Bundesregierung und den involvierten Banken und Agenturen wurden verurteilt. Die verhängten Strafen waren relativ hoch.¹⁶ Abgeordnete, die den Monatslohn empfangen haben, wurden vor allem wegen Bestechlichkeit (Art. 317 brasStGB) verurteilt,¹⁷ wobei bei diesen die Tat- und die Organisationsherrschaft nicht von Bedeutung war.

IV. Die Beteiligungsdogmatik der Entscheidung

Dass es zu einer Erwähnung von Tat- und Organisationsherrschaft gekommen ist, verwundert jedoch. Denn das brasilianische Strafrecht geht von einem Einheitstäterbegriff aus. Alle Beteiligten sind nach dem gleichen Strafraumen zu be-

einer ernsthaften wissenschaftlichen Aufarbeitung des Geschehens verkörpern. Siehe in der deutschen Presse:

<http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/korruptionsskandal-in-brasilien-prozess-um-den-grossen-monatslohn-11840684.html> (abgerufen am 28.2.2014).

¹⁵ Die folgenden Informationen entnehmen wir

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

¹⁶ Näher zu strafzumessungsbezogenen Aspekten der Entscheidung Teixeira, RBCC 106 (2014), 13.

¹⁷ Anders als hierzulande (siehe Hilgendorf, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann [Hrsg.], Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 11 Rn. 32) werden in Brasilien Abgeordnete zu den Amtsträgern im strafrechtlichen Sinne gerechnet.

strafen, so dass nicht einmal für die Strafzumessung eine saubere Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme vonnöten ist. Warum musste man sich also einer Theorie bedienen, deren Sinn es ist, Täter und Teilnehmer voneinander abzugrenzen? Das ist die Frage, die uns bei dem Versuch, den Gehalt der Entscheidung zu rekonstruieren, als Leitlinie dienen soll.

1. Das brasilianische Einheitstätersystem

Die Zentralbestimmung der brasilianischen Beteiligungsdogmatik lautet: „Wer auf irgendeine Weise an der Straftat beteiligt ist, ist im Maße seiner Schuld nach dem für die Straftat vorgesehenen Strafraumen zu bestrafen“ (Art. 29 caput brasStGB).¹⁸ Der Begriff der Beteiligung i.S.v. Art. 29 caput brasStGB wird weit verstanden. Die h.M. legt ihn im Einklang mit Art. 13 caput S. 2 brasStGB aus, der eine Legaldefinition der Kausalität enthält: „Ursache ist jede Handlung oder Unterlassung, ohne die der Erfolg nicht eingetreten wäre“. Die *conditio sine qua non*-Formel ist in Brasilien also gesetzlich verankert. Beteiligter und zugleich Täter ist dort also jeder, der einen kausalen Beitrag zu der Straftat geleistet hat. An diesen Bestimmungen erkennt man die Richtigkeit der Diagnose Welzels: „Die extensive Täterlehre war eine späte Frucht der kausalen Handlungslehre“.¹⁹ Dieses kausalitätsorientierte Einheitstätersystem wurde mit dem brasStGB v. 1940 eingeführt,²⁰ der seinerseits unter starkem Einfluss des italienischen Codice Penale v. 1930 stand (Art. 110 ff itStGB).²¹ Wohl lässt sich auch von einem mittelbaren deutschen Einfluss auf die brasilianische Regelung der Täterschaft und Teilnahme sprechen: Zu den prominentesten Vertretern eines Einheitstätersystems gehörte v. Liszt,²² dessen Lehrbuch schon 1899 in Brasilien übersetzt worden war.²³

¹⁸ „Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.“

¹⁹ Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 99 f.

²⁰ So ausdrücklich Nr. 22 der amtlichen Begründung des brasStGB v. 1940; über die Grundlagen des Einheitstäterbegriffes siehe Kienapfel, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971, S. 25 ff.; Detzer, Die Problematik der Einheitstäterlösung, 1972, S. 63 ff., S. 76 ff.; Schumann, Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG, 1979, S. 9 ff.; Trunk, Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale, 1987, S. 1 ff.; Seier, JA 1990, 342 und 382; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 13 ff.; Hamdorf, Beteiligungsmodelle im Strafrecht, 2002, S. 44 ff.; Vogel, ZStW 114 (2002), 403; Bock, Jura 2005, 673; Schöberl, Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell, 2006, S. 25 ff.; Miller, Die Beteiligung am Verbrechen nach italienischem Strafrecht, 2007, S. 21 ff.; Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 131 ff.

²¹ Zu dem Ursprung dieser Regelung siehe Manzini (bearbeitet von Nuvolone/Pisapia), Trattato di Diritto Penale Italiano, Bd. 2, 4. Aufl. 1961, S. 506 ff.

²² Siehe v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, 1905, S. 87 ff., S. 112 f., S. 392.

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

Der wichtigste Vorteil des Konzepts, auf den sich Vertreter des Einheitstätersystems immer wieder berufen, ist der pragmatische Gesichtspunkt der Erleichterung der Rechtsanwendung.²⁴ Das Gericht muss gemäß Art. 29 i.V.m. Art. 13 brasStGB nur eine kausale Verknüpfung zwischen Tun bzw. Unterlassen und einem Erfolg bejahen, und schon darf es jemanden zum Täter erklären. Für die Tatbestandsmäßigkeit kommt es nicht darauf an, ob die Beiträge unmittelbar oder erst mittelbar, über den Umweg einer weiteren Handlung eines Dritten, einen Erfolg verursacht haben. Die Unterschiede zwischen einzelnen Beiträgen sind höchstens eine Frage der Strafzumessung, die in Brasilien in viel größerem Maße als hierzulande als „Domäne des Tatrichters“²⁵ angesehen werden muss.

2. Die Organisationsherrschaft in der Entscheidung

Unter diesen Bedingungen verwundert es umso mehr, dass das STF überhaupt auf den Gedanken kommt, die Organisationsherrschaft zu erwähnen. An welcher Stelle soll die Figur in einem System, das bei Vorliegen eines kausalen Beitrags automatisch von Täterschaft ausgeht, überhaupt relevant sein können? Die einzige logisch mögliche Antwort liegt auf der Hand: nirgendwo. Logischen Raum für eine Berufung auf die Organisationsherrschaft entstände hier erst unter einer von zwei Bedingungen: Entweder muss man doch die Prämisse, dass ein kausaler Beitrag Täterschaft begründe, also den Einheitstäterbegriff aufgeben haben, so dass ein Differenzierungskriterium benötigt wird (unten a); oder man muss unter Tat- und Organisationsherrschaft etwas anderes verstanden haben, als dasjenige, was man in Deutschland allgemein mit diesen Worten zu bezeichnen pflegt (unten b), c).

a) Zwar gibt es in der Literatur zahlreiche Bemühungen, die brasilianische Regelung schon de lege lata im Sinne eines zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidenden Beteiligungssystems umzudeuten.²⁶ Diesen Bemühungen stehen unserer Ansicht nach keine unüberwindbaren Schranken entgegen.

²⁴ In Brasilien siehe *Hungria/Fragoso*, Comentários ao Código Penal, Bd. 1/2, 1978, Art. 11-27, S. 403; *Cirino dos Santos*, Direito Penal, Parte Geral, 2006, S. 348 f.; in Deutschland siehe v. *Liszt* (Fn. 22), S. 87 f.; *Bähr*, Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff, 1933, S. 1 ff., S. 6.; v. *Cramer*, Gleichschaltung von Täterschaft und Teilnahme, 1935, S. 1; *Kienapfel* (Fn. 19), S. 11 ff.; *Detzer* (Fn. 19), S. 213 ff.; *Schumann* (Fn. 19), S. 9; *Seier*, JA 1990, 342 (343); *Bock*, Jura 2005, 673 (679); *Miller* (Fn. 19), S. 229 ff.; dagegen *Herzberg*, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984, S. 108 f.; in Brasilien *Pereira dos Santos*, Inovações do Código Penal, 1985, S. 55 ff.

²⁵ *Zipf*, Die Strafmassrevision, 1969, S. 161; siehe auch BGHSt 57, 123 (127); m.w.N. *Schäfer/Sander/van Gemmen*, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. 2012, Rn. 1505 ff.

²⁶ *Batista*, Concurso de Agentes, 2. Aufl. 2004, S. 59 ff.; *Reale Jr.*, Instituições de Direito Penal, Bd. 1, 2002, S. 316 ff.; *Cirino dos Santos* (Fn. 24), S. 351 ff.; *Greco/Leite*, RT 933 (2013), 61. Siehe auch AP 470/STF, S. 56.811, Richter Celso de Mello; S. 56.841, Richterin Rosa Weber; S. 56.772, Richter Gilmar Mendes.

gen. Denn es geht dabei um eine strafbarkeitseinschränkende Rechtsfortbildung, die zudem in dem erklärten Willen des Reformgesetzgebers von 1984, der einen neuen AT vorgelegt hat, eine Stütze findet.²⁷ Vor allem zielen sie darauf ab, ein System zu überwinden, demzufolge ein an eine vollverantwortliche Person gerichteter Schrei „Töte ihn!“ eine Tötungshandlung i.S.d. Totschlagsparagrafen verkörpern soll – was eine aus der Perspektive des nullum crimen-Satzes bedenkliche Auflösung der Straftatbestände verkörpert.²⁸

Wenn man einen solchen Schritt zu einem differenzierenden Beteiligungssystem macht, leuchtet es ein, weshalb es nahe liegt, auf die Organisationsherrschaft zurückzugreifen. Diesen Weg ist das STF aber gerade nicht gegangen.

b) Die Tat- und Organisationsherrschaft in dem Sinne, wie die Worte in der Entscheidung benutzt worden sind, müssen notwendig etwas anderes bedeuten als das für die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme maßgebliche Kriterium. Die Lektüre der Monsterentscheidung bestätigt diesen Verdacht, und dies aus mehreren Gründen.

aa) Erstens fällt auf, dass die Berufung auf die Tat- und Organisationsherrschaftslehre in der Entscheidung eine strafbarkeitsbegründende Rolle gespielt hat. Die Entscheidung enthält keinerlei Argumente für den „kausalen Beitrag“ (i.S.v. Art. 13 caput, Art. 29 caput brasStGB) der leitenden Personen. Die Heranziehung der Tat- und Organisationsherrschaftslehre war der Weg, um die Strafbarkeit der leitenden Personen überhaupt erst zu begründen, und nicht bloß das Kriterium, um zu bestimmen, ob man es noch mit einem Anstifter oder schon mit einem mittelbaren Täter zu tun hatte. Es ging in der Entscheidung nicht um das Problem „Täter oder Teilnehmer?“, sondern um die Frage „strafbar oder straflos?“.²⁹

bb) Zweitens entstehen an vielen Stellen Zweifel, ob das STF die Begriffe, die es verwendet, überhaupt verstanden hat. Der Eindruck, dass das Gericht nicht einmal den Unterschied zwischen den Figuren der Tatherrschaft und der Organisationsherrschaft kennt, lässt sich kaum vermeiden. Die Worte „Tatherrschaft“ und „Organisationsherrschaft“ werden in der Entscheidung abwechselnd und synonym verwendet.³⁰ Es ist abenteu-erlich, dass sogar das Oberste Gericht eines nicht unvermögenden Staates, der jedem Richter eine gut besetzte Mannschaft wissenschaftlicher Mitarbeiter zur Verfügung stellt, sich derartige Fehler leisten kann. Schon deshalb sollte man sich nicht wundern, dass aus der Entscheidung sehr wenig für die Beteiligungsdogmatik herausgeholt werden kann (näher unten VI.).

²⁷ Siehe die amtliche Begründung der Reform des Allgemeinen Teils v. 1984, Nr. 25.

²⁸ *Greco*, Cumplicidade através de ações neutras, 2004, S. 11 ff.

²⁹ Siehe AP 470/STF, S. 52.775 ff., 56.841 ff., Richterin Rosa Weber; S. 56.180 ff., S. 56.585 ff., Richter Ayres Brito; S. 56.226 ff., S. 56.842, Richter Joaquim Barbosa.

³⁰ Siehe z.B. AP 470/STF, S. 56.816 ff., Richter Ricardo Lewandowski; S. 56.585 ff., Richter Ayres Brito.

cc) Drittens fehlt jeglicher Versuch, die Umstände des Falls unter die Voraussetzungen der Organisationsherrschaft³¹ zu subsumieren.

(1) In einzelnen Voten wurde höchstens die Berechtigung der Figur in Frage gestellt, vor allem wegen des Umstands, dass Brasilien kein Unrechtsregime sei.³² Darin könnte man eine vage Ahnung der Voraussetzung der Rechtsgelöstheit erblicken, die von der in Deutschland wohl noch herrschenden Literaturauffassung für die Organisationsherrschaft verlangt wird.³³ In den Mehrheitsvoten wurde nicht einmal ein ernsthafter Versuch gemacht, darauf einzugehen.³⁴ Es wurde nicht weiter problematisiert, dass Bundesministerien, politische Parteien, Banken und Marketing-Agenturen, in denen die Angeklagten Führungspositionen einnahmen, keineswegs rechtsgelöste Organisationen waren. Gekostet hätte das wenig: Das STF hätte sich der deutschen Rechtsprechung oder den vielen namhaften Autoren anschließen können, die die Rechtsgelöstheit als Voraussetzung der Organisationsherrschaft ablehnen.³⁵

(2) Das Kriterium der Fungibilität, das in enger Verbindung mit dem Kriterium der Rechtsgelöstheit steht, wurde zwar erwähnt; der Sachverhalt ist aber an ihm keineswegs gemessen worden. Erstaunlicherweise wurde das Kriterium der Fungibilität an anderer Stelle benutzt: Ein Richter argumentierte, die leitenden Personen seien deshalb als Täter anzusehen, weil sie nicht fungibel waren.³⁶ Der mangelnden Fungibilität wird somit nicht nur in grober Verkennung dessen, was die Fungibilität soll, sondern auch in einem kaum vorstellbaren Beispiel nicht durchdachten Argumentierens ein täterschaftsbegründendes Vermögen zuerkannt. Damit wird nahezu jeder Anstifter zum Täter erklärt.

c) Somit dürfte klar geworden sein, was die brasilianische Tat- und Organisationsherrschaft nicht ist. Mit den in Deutschland entwickelten, unter diesen Namen kursierenden Begriffen hat sie wenig gemein. Ist es möglich, positiv zu bestimmen, was sie ist?

aa) Ein erster Verdacht wäre, dass das STF mit der Berufung auf die Tatherrschaft nichts anderes meint als die Garantenstellung i.S.d. Dogmatik des unechten Unterlassungsdelikts. Dafür spricht, dass in der Entscheidung keine aktive Mitwirkung der Hintermänner – z.B. die Erteilung eines Be-

fehls – angesprochen worden ist. Nicht einmal dies hat man feststellen können.³⁷

Es ließe sich unschwer begründen, dass Leitungspersonen von Banken und Marketing-Agenturen als Garanten verpflichtet sind, zu verhindern, dass die Mittel der von ihnen geleiteten Unternehmen zur Zahlung von Bestechungslöhnen an Abgeordnete verwendet werden. Sie dürften sowohl Überwachungsgaranten des eigenen Unternehmens bzw. der in ihrem Rahmen arbeitenden Untergebenen (sog. Geschäftsherrenhaftung)³⁸ als auch Beschützergaranten des Vermögens des Unternehmens sein.³⁹ Diese Ergebnisse ließen sich auch ohne größeren Aufwand aus dem brasilianischen Gesetz herleiten, das in Art. 13 § 2 brasStGB das Erfordernis einer Garantenstellung für unechte Unterlassungsdelikte vorsieht, eine Vorschrift, die stark unter dem Einfluss der formellen Rechtspflichttheorie steht.⁴⁰

Die Nähe von Geschäftsherrenhaftung und Organisationsherrschaft ist auch in Deutschland nicht unbemerkt geblieben. Bei beiden geht es um eine Leitungsperson. Beide werden mit Berufung auf das (angebliche) „Selbstverantwortungsprinzip“ bekämpft.⁴¹ Eine der ersten und bis heute noch prominentesten Begründungen der Geschäftsherrenhaftung führt sie auf eine Herrschaft über den Grund des Erfolges zurück.⁴² Schon früh wurde darauf hingewiesen, dass der wichtigste praktische Unterschied zwischen den Konstellationen der Geschäftsherrenhaftung und Organisationsherrschaft darin liegt, dass bei Ersterer eine Bestrafung auch ohne aktive Mitwirkung der Leitungsperson möglich ist.⁴³ Es könnte also durchaus sein, dass das Gericht von Tatherrschaft spricht, in Wahrheit aber die Garantenstellung der Führungsperson meint. Von einem Gericht, das mit dem Unterschied zwischen Tatherrschaft und Organisationsherrschaft Schwierigkeiten hat, kann man kein sicheres Verständnis des Verhältnisses dieser Figuren zu der Unterlassungsdogmatik erwarten.

Wie dem auch sei: So ließe sich der Gehalt des in der Entscheidung verwendeten Tatherrschaftsbegriffs aber nicht deuten. Denn selbst wenn das STF Tatherrschaft, Organisationsherrschaft und Garantenstellung des Geschäftsherrn miteinander vermengt hätte, hätte es, wenn es von einem Unterlassungsdelikt ausgegangen wäre, die weiteren Voraussetzungen strafbaren Unterlassens prüfen müssen. Das brasilianische Gesetz verlangt explizit eine Kausalität des Unterlassens für

³¹ Zuletzt siehe *Roxin*, GA 2012, 395.

³² Siehe AP 470/ STF, S. 56.822 ff., Richter Celso de Mello; S. 56.568 ff., Richter Ricardo Lewandowski.

³³ So klassisch *Roxin*, GA 1963, 193 (204): „In solchen Fällen wird also nicht mit dem Apparat, sondern gegen ihn gehandelt“; aus heutiger Sicht etwa *Schünemann*, in: Heinrich u.a. (Fn. 1), S. 799.

³⁴ Siehe vor allem AP 470/STF, S. 56.816 ff., Richter Ricardo Lewandowski.

³⁵ BGHSt 40, 218 (236 f.); 40, 307 (316 f.); 42, 65 (69); 44, 204 (206); 45, 270 (296 ff.); i.S.d. Ausdehnung der Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen siehe *Hefendehl*, GA 2004, 575 (586); *Nack*, GA 2006, 342; in Brasilien *Busato*, *Direito Penal, Parte Geral*, 2013, S. 717; gegen das Erfordernis der Rechtsgelöstheit auch *Ambos*, GA 1998, 226 (243).

³⁶ Siehe AP 470/STF, S. 56.585 ff., Richter Ayres Brito.

³⁷ Siehe etwa AP 470/STF, S. 54.348, Richter Luiz Fux; S. 52.775 ff., Richter Rosa Weber.

³⁸ Hierzu siehe jüngst BGHSt 57, 42; darüber siehe *Bülte*, NZWiSt 2012, 176; *Mansdörfer/Trüg*, StV 2012, 432; *Roxin*, JR 2012, 303 (305 ff.).

³⁹ Was dann nicht mehr für den Bestechungsvorwurf, aber durchaus für untreuähnliche Delikte (etwa Art. 5 Gesetz Nr. 7.492 v. 1986) relevant wäre.

⁴⁰ Zu dieser Theorie statt aller *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 217 ff.

⁴¹ Zu diesem Prinzip näher und krit. *Greco*, ZIS 2009, 9.

⁴² *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 62 ff., S. 205; siehe heute *ders.*, in: Laufhütte/Rising-van Saan/Tiedemann (Fn. 17), § 25 Rn. 40 ff.

⁴³ *Schubarth*, SchwZStR 92 (1976), 370 (387).

den Erfolg (Art. 13 caput S. 2 brasStGB). Außerdem muss dem Täter die Vornahme der gebotenen Handlung „möglich“ gewesen sein (Art. 13 § 2 brasStGB). Von einer Prüfung dieser Voraussetzungen findet sich aber in der Entscheidung keine Spur. Nicht einmal der Vorsatz wurde sauber bejaht: Wiederholt ist davon die Rede gewesen, die angeklagte Leitungsperson „hätte wissen müssen“, dass es zur Zahlung von Monatslöhnen kam.⁴⁴

Zwar hängt in Brasilien im Ergebnis nicht viel davon ab, ob eine Verurteilung nach dem Begehungs- oder Unterlassungsdelikt erfolgt; die im deutschen Recht vorhandene Strafmilderung für das Unterlassungsdelikt (§ 13 Abs. 2 StGB) gibt es dort nicht. Andererseits machen Gerichte es regelmäßig deutlich, dass sie mit einem Unterlassungsdelikt zu tun haben. Hier wurde allein nach den Begehungsdelikten bestraft.

bb) Ziehen wir eine kurze Zwischenbilanz. Das STF spricht von einer Tatherrschaft, die aber nicht bestimmen soll, ob jemand Täter oder Teilnehmer war, sondern ob er sich überhaupt strafbar gemacht hat. Das Schlagwort wird nur in Bezug auf Personen verwendet, die eine Leitungsposition in der Bundesregierung, in der Regierungspartei oder in den an der Sache beteiligten Unternehmen einnahmen. Diesen wird weder ein Tun noch ein Unterlassen noch ein Wissen nachgewiesen. Die Tat- bzw. Organisationsherrschaftslehre des STF soll deshalb Strafbarkeit nach einem vorsätzlichen Begehungsdelikt begründen, ohne dass hierfür Vorsatz oder überhaupt ein Verhalten nachgewiesen werden muss.

Es scheint, dass sich das STF mit einem der Dauerprobleme aus dem Bereich der Verfolgung von Wirtschafts- und Regierungskriminalität konfrontiert sah: dem Problem der Beweisschwierigkeiten.^{45, 46} Die Strukturen, innerhalb deren derartige Straftaten begangen werden, sind derart komplex, dass es nicht immer möglich ist, die lange und teilweise anonyme Kette zwischen Befehl und Ausführung mit dem vom Strafprozess gebotenen Gewissheitsgrad zu rekonstruieren.⁴⁷

⁴⁴ Am klarsten AP 470/STF, S. 52.775, Richterin Rosa Weber: „Vermutung der Täterschaft“ der Führungspersonen.

⁴⁵ Siehe AP 470/STF, S. 56.819 ff., Richter Celso de Mello; S. 56.565, Richter Ricardo Lewandowski; S. 56.771 ff., Richter Gilmar Mendes; S. 56.845, Richterin Rosa Weber.

⁴⁶ *Schubarth*, SchwZStR 1976, 370 (396): „Aktives Mitwirken des Geschäftsherrn lässt sich oft vermuten, aber nicht beweisen“; so auch *Schilha*, Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung, 2008, S. 105; *Karsten*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten, 2010, S. 29 ff., S. 59 f.: Der Nachweis einer tatsächlicher Führungsgewalt sei im nicht-militärischen Bereich (z.B. im Unternehmen) „schwer zu führen“; siehe auch *Rotsch* (Fn. 19), S. 317.

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

Zugleich leuchtet es wenig ein, dass gerade diejenigen, die mit einiger Wahrscheinlichkeit die Schlüsselrolle bei der Tatbegehung gespielt haben sollen, und die mit Gewissheit die größten Nutznießer der Tat sind, von jeglicher Verantwortung freigestellt werden.

Die Berufung auf die Tat- und Organisationsherrschaft scheint dem Gericht also als Ausweg aus dieser undankbaren „Pflichtenkollision“ gedient zu haben. Zwar war die aktive Mitwirkung der angeklagten Leitungspersonen an der Zahlung des „Monatslohnes“ nicht nachweisbar; von der Mitwirkung an der Organisation haben sich die Richter des STF jedoch überzeugen können. Die Begriffe Tat- und Organisationsherrschaft besagen in der Entscheidung also das Innehaben einer Führungsposition innerhalb einer Organisation. Schon die Positionen der leitenden Personen, die vermutlich ein Interesse an den Straftaten hatten,⁴⁸ reicht für die Bestrafung aus. Das STF hat die deutsche Organisationsherrschaftslehre nicht übernommen, sondern eine Art *Positionsherrschaft* erfunden, die Strafbarkeit (nach einem vorsätzlichen Begehungsdelikt!) allein daran knüpft, dass man in einer Organisation, aus der heraus Straftaten begangen werden, eine führende Position innehat, ohne dass Vorsatz und überhaupt ein Verhalten, also Tun und Unterlassen, vorliegen müssen. Am ehesten ähnelt dieser Erfindung die aus dem Völkerstrafrecht bekannte, keineswegs unproblematische Figur der Vorgesetztenverantwortlichkeit.⁴⁹ Auch zu dieser Figur war in der Entscheidung kein Wort zu finden.

d) Fazit: „Tatherrschaft“ im Sinne der Entscheidung bedeutet Strafbarkeit aus einem vorsätzlichen Begehungsdelikt ohne Tun oder Unterlassen auf Grundlage bloßen Wissenmüssens. Das Innehaben einer Leitungsposition in einer Organisation, in der Straftaten begangen werden, reicht als Grund aus, um diese Taten der Leitungsperson zuzurechnen.

V. Beurteilung

Diese mühsame Rekonstruktion der achttausendseitigen Monsterentscheidung versetzt uns bereits in die Lage, ein kritisches Urteil zu fällen.

1. Zunächst – und am leichtesten – zur Berechtigung des Konstrukts. Eine offensichtlichere Verletzung des nullum crimen-Grundsatzes (Art. 5 Abs. 39 brasVerf) lässt sich kaum vorstellen. Straftatbestände des Besonderen Teils, vor allem die Straftatbestände, um die es ging, also Geldwäsche und Bestechung, beschreiben Handlungen und nicht Positionen. Wegen des Vorhandenseins der Vorschrift des Art. 13 § 2 brasStGB, die die Voraussetzungen einer Bestrafung unechten Unterlassens bestimmt, ist es möglich, Straftatbestände ohne Bedenken auch auf Unterlassungen zu erstrecken.⁵⁰ Eine vergleichbare Erweiterungsvorschrift, die es auch gestattet,

⁴⁸ Wobei die sog. „subjektive Theorie“ nicht explizit erwähnt wurde.

⁴⁹ Hierzu *Weigend*, in: Heinrich u.a. (Fn. 1), S. 1375 (1397); *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3 Aufl. 2011, § 7 Rn. 59.

⁵⁰ Und dies also unabhängig von der in Deutschland auf Grundlage des früheren Rechts lebhaft diskutierten Frage, ob die Straftatbestände des BT bereits das Unterlassen miterfassen; siehe dazu statt aller *Schünemann* (Fn. 34), S. 255 ff.

ohne Tun oder Unterlassen zu bestrafen, ist im brasilianischen Recht nirgendwo zu finden.

Aber selbst wenn sich der Gesetzgeber irgendwann bereit erklären würde, die Figur der „Positionsherrschaft“ zu rezipieren, ließe sich das nie mit dem Schuldprinzip vereinbaren. Denn die Bestrafung für die Einnahme einer Position, in der Form, wie sie in Brasilien praktiziert worden ist, stellt eine atavistische Manifestation der längst für überwunden gehaltenen Sippenhaftung dar.

2. Es fragt sich, warum das STF darauf besteht, diese eigens erfundene Zurechnungsfigur als Tatherrschaftslehre zu bezeichnen. Die Antwort liegt auf der Hand. Die angebliche Rezeption der deutschen Theorie bemäntelt die gewagte, gesetzeswidrige und das Schuldprinzip missachtende Zurechnungskonstruktion mit einer wissenschaftlichen Autorität, die die Entscheidung gegen jegliche Kritik immunisieren soll. Deshalb musste sich das Gericht nicht darum bemühen, die deutsche Lehre richtig anzuwenden oder sie überhaupt zu verstehen. Das wollte es auch nicht. Es hat die von *Roxin* begründete Lehre rhetorisch, als Appell, und nicht rational als Grund angewandt.

Man darf die rhetorische Legitimationskraft eines Appells auf deutsche Importe nicht unterschätzen. Einen augenfälligen Beleg dafür liefert ein Ereignis, das beide *Verf.* aus nächster Nähe beobachten konnten. Im November 2012 war *Roxin* in Rio de Janeiro anlässlich der Verleihung einer Ehrenpromotion. Er wurde von einer der angesehensten lokalen Zeitungen zu einem Interview aufgefordert. Ihm wurden nur allgemein-abstrakt gehaltene Fragen zur Organisationsherrschaft gestellt. Die Zeitung machte daraus aber folgende Schlagzeile: „Die Beteiligung an der Mensalão-Struktur muss nachgewiesen werden, sagt ein Rechtsgelehrter“.⁵¹ Es ist kaum zu glauben, welchen Aufruhr diese Nachricht verursachte. In der Folge hieß es dann, *Roxin* habe sogar sein Interesse daran geäußert, bei der Verteidigung des prominentesten Angeklagten (José Dirceu) mitzuhelfen.⁵² Die Sache hat sich erst durch einen offenen Brief, der von den *Verf.* mitunterschrieben wurde, klären können.⁵³ *José Dirceu* beruft sich noch heute auf das Interview.⁵⁴ Dass ein Interview eines Rechtsgelehrten überhaupt derartige Wirkungen zeitigen kann, bestätigt die hier vorgelegte Deutung, dass es dem STF eher um eine Berufung auf eine Autorität als um ein Argument ging.

⁵¹ <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/11/1183721-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada-diz-jurista.shtml> (abgerufen am 2.3.2014).

Inzwischen ist die ausdrückliche Bezugnahme auf den Mensalão-Fall aus der Schlagzeile entfernt worden.

⁵² <http://www1.folha.uol.com.br/poder/1187122-jurista-alemao-mostra-interesse-em-assessorar-defesa-de-dirceu.shtml> (abgerufen am 2.3.2014).

⁵³ Abrufbar unter:

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

⁵⁴ <http://www.zedirceu.com.br/defesa-de-jose-dirceu/artigos-e-analises/> (abgerufen am 2.3.2014).

VI. Lektionen aus der Entscheidung

Bisher mussten wir uns notgedrungen eher der Auslegung der Monsterentscheidung widmen. Wir wissen, was die in ihr enthaltene Berufung auf die Tatherrschaft eigentlich besagt, und aus welchen Gründen ihr nicht zu folgen ist. Es fragt sich zuletzt, ob aus der Entscheidung irgendwelche Lektionen gezogen werden können.

Für die strafrechtliche Zurechnungslehre und vor allem für die Beteiligungsdogmatik lässt sich aus der Entscheidung überhaupt nichts gewinnen. Eine peruanische Entscheidung hat es verdient, bei hochkalibrigen deutschen Autoren auf Interesse zu stoßen.⁵⁵ Die brasilianische Entscheidung lässt primitivste Vorstellungen einer Sippenhaftung durchblicken, was nur durch eine durchschaubare Berufung auf moderne Theorien verschleiert werden soll. Es ist eine Aufgabe der brasilianischen Rechtswissenschaft, diese Irrlehre zu kritisieren, ihre tönernen Füße zu entlarven, und vor allem zu verhindern, dass sie auf weitere Konstellationen (vor allem auf weitere Straftaten in Unternehmen) angewandt wird.

Das, was man von der Entscheidung tatsächlich lernen kann – nach dem Motto, dass man auch aus Fehlern lernen sollte –, betrifft die aus der Rechtsvergleichung bekannte Theorie der sog. rechtlichen Transplantationen. Die brasilianische Tatherrschaftsdoktrin liefert einen schönen Beleg für den bereits bemerkten Umstand, dass die Vermittlung von Autorität die maßgebliche Ursache für eine rechtliche Transplantation sein kann,⁵⁶ und dies so sehr, dass es auf den Gehalt der angeblich rezipierten Theorie überhaupt nicht mehr ankommt, sondern allein auf eine als Qualitäts- und Richtigkeitsgarantie angesehene Bezeichnung. Es wäre wohl angemessener, nicht bloß von legal transplants, sondern von legal counterfeits zu sprechen.

VII. Zusammenfassung

Durch eine Berufung auf die Autorität der Figuren der Tat- und Organisationsherrschaft bemühte sich das brasilianische Oberste Bundesgericht (Supremo Tribunal Federal) im wohl wichtigsten Korruptionsverfahren der brasilianischen Geschichte darum, strafrechtliche Verantwortung nach vorsätzlichen Begehungsdelikten allein aus dem Innehaben eines Leitungspostens in einer Struktur abzuleiten, ohne ein Ver-

⁵⁵ Siehe oben Fn. 1 a.E.

⁵⁶ Siehe bereits *Watson* (Fn. 11), S. 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.“; siehe auch *Graziadei* (Fn. 12), S. 457: „prestige“ als Grund für „legal transplants“.

halten (also Begehen oder Unterlassen) oder den Vorsatz nachweisen zu müssen. Auch dann, wenn man für das Anliegen des Gerichts, demokratiegefährdende Korruptionspraktiken nicht ungeahndet zu lassen, Verständnis haben kann, kommt es aus rechtlicher Sicht auf die Richtigkeit der vom Gericht gebotenen Begründung an, so dass harte Kritik nicht vermeidbar ist: Das allein auf der Führungsposition basierende Zurechnungsmodell, das richtiger als „Positionsherrschaft“ zu bezeichnen wäre, ist gesetzeswidrig und in einem Schuldstrafrecht, das keine automatische Zuschreibung von Taten anderer Sippenmitglieder kennt, indiskutabel. Die Entscheidung stellt somit einen aus rechtsvergleichender Perspektive interessanten Fall dar, in dem die ausländische Theorie, die angeblich rezipiert wird (sog. legal transplant), in Wahrheit nichts anderes als eine Mogelpackung darstellt (nämlich ein legal counterfeit).

B u c h r e z e n s i o n

Helmut Vordermayer/Bernd v. Heitschel-Heinegg, Handbuch für den Staatsanwalt, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln 2013, 1.407 S., € 144,-

I. Angesichts der das gesamte Strafrecht überschwemmenden Flut an Publikationen, namentlich neuer Kommentare und Handbücher, gibt es kaum noch Werke, die unanfechtbar das Prädikat „konkurrenzlos“ für sich in Anspruch nehmen können. Das hier zu besprechende „Handbuch für den Staatsanwalt“ von **Helmut Vordermayer** (Leitender Oberstaatsanwalt) und **Bernd v. Heitschel-Heinegg** (Vors. Richter am OLG a.D.) kann dies – und das seit bald anderthalb Jahrzehnten. Das Handbuch soll dem Leser – so das Vorwort zur ersten Aufl. – eine vertiefende Darstellung staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit bieten. In dieser Hinsicht, als „systematisches Nachschlagewerk“¹ bzw. als „Nachschlagewerk für erfahrenere Dezernenten“², ist es tatsächlich bis heute konkurrenzlos.³ Dem Berufsanfänger allerdings, der etwa die Geheimnisse staatsanwaltschaftlicher Verfügungstechnik erst noch erlernen muss, wird man eher *Heghmanns* vorzügliches Buch „Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts“ zur Lektüre empfehlen.

II. Im Vorwort zur ersten Aufl. heißt es noch, dass alle *Autoren* – damals 25 – beim Abfassen ihres Beitrags als Staatsanwälte tätig waren. Inzwischen ist die Anzahl der *Autoren* auf 34 angewachsen, von denen laut Autorenverzeichnis aber nur noch 13 als Staatsanwälte tätig sind und von diesen nur noch acht als „einfache“ Dezernenten oder als Oberstaatsanwälte. Für die Zwecke des Handbuchs ist diese Entwicklung zu bedauern, hat sie doch zur Folge, dass eine nicht unerhebliche Anzahl der *Autoren* nicht mehr den unmittelbaren Zugriff auf die den Alltag des Staatsanwalts prägenden Probleme hat, der eigentlich wünschenswert wäre. Auf der anderen Seite hängt der aufgezeigte Schwund an staatsanwaltschaftlicher Basis auch damit zusammen, dass die Herausgeber entschieden haben, eine Reihe von nicht-juristischen Experten mit dem Abfassen von Beiträgen zu betrauen – eine Entscheidung, die uneingeschränkt zu begrüßen ist. So zeichnet nun ein Rechtsmediziner (*Betz*) für das Kapitel „Verkennung gewaltsamer Todesursachen“ verantwortlich und mehrere Angehörige des Bundeskriminalamtes (*Freimuth*, *Herrmann-Tamm*, *Schmitter* und *Simmross*) widmen sich Fragen der Kriminaltechnik einschließlich DNA-Analyse.

III. Die übrigen *Autoren* beschäftigen sich mit einer Vielzahl von Fragestellungen, die den Staatsanwalt in seinem Berufsalltag herausfordern: Eingriffsmaßnahmen (*Meindl*, *Siebenbürger*), Fahndung (*T. Dallmeyer* [mit dem *Rezensenten* nicht verwandt und nicht verschwägert], *Schnabl*, *H. Vordermayer*), Rechtshilfe (*Ettenhofer*, *H. Vordermayer*),

Akteneinsicht (*Pauckstadt-Maihold*), Internet (*T. und B. Dallmeyer*), Verkehrsstrafsachen (*Spiess*), Jugendstrafsachen (*Erlbeck*), Sexualstrafrecht (*Meiler*), Ausländerstrafrecht (*Titz*, *Englmann*), Korruptionsdelikte (*Sattelberger*, *Schroeder*), Umweltschutzdelikte (*Alt*), Illegale Beschäftigung (*Erlbeck*), Todesermittlungsverfahren und Kapitaldelikte (*Neubeck*), Waffendelikte (*Bezzel*), Drogenstrafrecht (*Böhm*), Vermögenssanktionen (*Schnabl*), Einstellungsverfügung (*H. und M. Vordermayer*), Klageerhebung (*Eschelbach*), Verständigung (*Sing*), Sitzungsdienst (*Hammerdinger*), Ausschließung und Ablehnung von Staatsanwälten sowie sonstige Störungen in der Hauptverhandlung (*Hammer*), Rechtsbehelfe (*R. Fischer*), Strafvollstreckung und StrEG (*Kunz*), Berichtswesen (*Nötzel*) sowie Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (*Wankel*). Freilich bleiben auch einige Bereiche ausgespart, so namentlich weite Bereiche des Wirtschaftsstrafrechts und der Bereich der Organisierten Kriminalität. Vollständigkeit wird man hier nicht erwarten können. Der *Rezensent* vermisst aber dennoch einen Teil, der sich mit dem staatsanwaltschaftlichen Berufsbild und Selbstverständnis befasst. Die gewichtigen Fragen, die dabei anzusprechen wären – z.B. historische Entstehung und Entwicklung der Staatsanwaltschaft, heutige Bedeutung, der rechtspolitische Ruf nach Unabhängigkeit, der berufliche Alltag zwischen Erledigungsorientierung einerseits und Verfolgungsorientierung andererseits – wären es zweifellos wert, gerade in diesem Werk vertieft besprochen zu werden.

IV. Ein vertiefter Blick in die Inhalte des zu besprechenden Werkes soll im Folgenden aus Platzgründen nur an zwei, unvermeidlich willkürlich ausgewählten Stellen erfolgen.

1. Auf S. 767 ff. beschäftigen sich *Helmut und Maximilian Vordermayer* mit der Vorschrift des § 154e StPO. Die Norm gestattet es, von der Anklageerhebung wegen falscher Verdächtigung oder Beleidigung vorläufig abzusehen, so lange nämlich, wie wegen der behaupteten Handlung ein Straf- oder Disziplinarverfahren anhängig ist. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, einander widersprechende Entscheidungen zu verhindern. Der ausdrückliche Anwendungsbereich der Vorschrift ist offensichtlich sehr beschränkt. Im Handbuch werden die Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit professionell besprochen, wie man es etwa auch von einem Kurzkomentar erwarten würde. Wendet man sich aber der Frage zu, ob die Vorschrift nicht analog auf andere Konstellationen angewendet werden sollte, in denen sich widersprechende Entscheidungen drohen, so findet man im Handbuch keine Antwort. Zu nennen sind insoweit etwa:

- Verfahren wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte im Hinblick auf die Gegenverfahren (z.B. wegen Körperverletzung im Amt),
- Verfahren wegen Falschaussage im Hinblick auf das Verfahren, in dem die Falschaussage erfolgt sein soll,
- Verfahren wegen Hehlerei im Hinblick auf das Verfahren, das der Aufklärung der Erlangungstat dient,
- Verfahren wegen versuchter Strafvereitelung im Hinblick auf das Verfahren, dessen Abschluss zu beeinflussen versucht worden sein soll.

¹ Mittag, ZIS 2010, 397.

² Heghmanns, GA 2001, 609.

³ Ob das Handbuch auch für Verteidiger in dem Sinne interessant ist, dass es diesen Gelegenheit bietet, „die Geheimnisse der ‚objektivsten Behörde der Welt‘ [zu] ergründen“ (so *Nieberler*, MAV-Mitteilungen 2013, 20), wagt der *Rezensent* allerdings zu bezweifeln.

Verneint man die Frage nach der analogen Anwendbarkeit auf die genannten Konstellationen, bleibt dem Staatsanwalt regelmäßig nur, den Abschluss des Bezugsverfahrens abzuwarten – und das kann dauern. Sein Verfahren ist solange statistisch offen und wird nach sechs Monaten zum Sechsmonatsrest, ohne dass der Staatsanwalt etwas dagegen tun könnte. Die Kommentarliteratur wendet sich der Frage nach der analogen Anwendbarkeit entweder überhaupt nicht zu⁴ oder man findet dort nur die nicht näher begründete Behauptung, eine Analogie scheide aus.⁵ Vor diesem Hintergrund und weil die Frage nach der analogen Anwendbarkeit des § 154e StPO eine Frage ist, die gerade Staatsanwälte interessiert, die im Buchstabendeckel um statistische Überleben kämpfen, ist dies eine Frage, deren überzeugende Klärung man sich im Handbuch wünschen würde.

2. Auf S. 911 ff. beschäftigt sich *Sing* mit der Verständigung im Strafverfahren. Der Zeitpunkt der Fertigstellung des Handbuch-Manuskriptes lag offenbar zwischen dem Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes und der Verkündung der Aufsehen erregenden diesbezüglichen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.3.2013. Zur Frage des Anfechtungsrechts bei bewusster Verletzung oder einverständlicher Umgehung der gesetzlichen Anforderungen an eine formelle Verständigung heißt es im Handbuch, die Frage sei noch nicht geklärt. Das gilt – wie gleich zu zeigen sein wird, trotz der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – noch immer, wobei es sich nun – wie ebenfalls gleich zu zeigen sein wird, seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – um eine der brisantesten Fragen staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit überhaupt handelt. Man denke nur an die apodiktische Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, die Staatsanwaltschaft habe Urteile, die auf einer (unzulässigen) informellen Verständigung beruhen, der revisionsrechtlichen Kontrolle zuzuführen.⁶ Es ist dies eine Aufforderung, die mit Nr. 147 Abs. 1 S. 2 RiStBV sicherlich nicht in Einklang zu bringen ist, wo es heißt, eine Entscheidung, die der Sachlage entspreche, könne in der Regel auch dann unangefochten bleiben, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden sei. So macht es der Staatsanwalt schon immer: er greift ein Strafurteil, das er im Ergebnis für „goldrichtig“ hält, nicht mit der Revision an. Der Staatsanwalt setzt damit – nebenbei bemerkt – innerhalb des gesetzlichen Rahmens einen Maßstab um, den die Revisionsgerichte

in ihren Entscheidungen gegen das Gesetz auch auf Verteidigerrevisionen anwenden.⁷ Die Aufforderung des Bundesverfassungsgerichts widerspricht aber nicht nur Nr. 147 RiStBV, sie beinhaltet außerdem, wie in der Kritik an der Entscheidung im Schrifttum bereits vielfach hervorgehoben wurde, die systemwidrige Etablierung eines quasi-absoluten Revisionsgrundes, und schließlich bedeutet sie für den betroffenen Staatsanwalt eine Art Verfolgungszwang im Revisionsverfahren, mit dem er in letzter Konsequenz typischerweise sich selbst verfolgt, ist doch der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft regelmäßig derjenige, der über Einlegung und Begründung der Revision entscheidet. Gleichwohl wird man angesichts von § 31 BVerfGG spontan geneigt sein, der Autorität des Bundesverfassungsgerichts und seinen Anordnungen auch dann Folge zu leisten, wenn sie im Widerspruch zu den RiStBV stehen, der Systematik des einfachen Rechts widersprechen und vom Staatsanwalt psychologisch Unmögliches verlangen. Gilt das aber auch, wenn man davon ausgeht, dass die Anordnungen des Bundesverfassungsgerichts im Ur. v. 19.3. 2013 streng genommen nicht verbindlich sein können, weil sie – wie das Bundesverfassungsgericht selbst sagt⁸ – gerade keine verfassungskonforme Auslegung darstellen? Auch an dieser Stelle darf man gespannt sein, wie sich das Handbuch in der – hoffentlich – nicht allzu lange auf sich warten lassenden nächsten Auflage positionieren wird.

V. Die beiden – wie gesagt: willkürlich ausgewählten – Anmerkungen sollen nicht den Eindruck erwecken, das Handbuch lasse wichtige Fragen offen. Das Gegenteil ist der Fall: es gibt kein anderes Werk, das die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit mit einem vergleichbaren Vertiefungsgrad fundiert. Daher gehört das Handbuch in das Bücherregal eines jeden Staatsanwalts, der nicht bloß wissen will, wie man „die Akten so schnell wie möglich vom Tisch bekommt“, sondern wie staatsanwaltschaftliche Tätigkeit im Idealfall funktioniert.

Staatsanwalt PD Dr. Jens Dallmeyer, Frankfurt a.M.

⁴ Z.B. *Meyer-Gößner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 56. Aufl. 2013, § 154e Rn. 1 ff.; *Beukelmann*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, § 154e Rn. 1 ff.

⁵ Vgl. *Weßlau*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. III, 4. Aufl. 2011, § 154e Rn. 4; *Diemer*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 154e Rn. 1; *Pfeiffer*, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 154e Rn. 1; wohl auch *Plöd*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 71. Lfg., Stand: Dezember 2013, § 154e Rn. 2.

⁶ BVerfG NJW 2013, 1058 (1066).

⁷ Zur Kritik daran siehe nur *Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl. 2008, S. 101 ff.

⁸ BVerfG NJW 2013, 1058 (1070).

B u c h r e z e n s i o n

Marcus Hartmann, Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung, Duncker & Humblot, Berlin 2013, 298 S., € 69,90

Das Thema der in Deutschland bisher nur in engen Grenzen strafbaren Abgeordnetenbestechung fand in den letzten Jahren über die juristische Fachwelt hinaus breitere Aufmerksamkeit. Nicht nur die praktische Straflosigkeit an sich, sondern auch der Vergleich mit den strengeren Regelungen, denen sog. „kleine Beamte“ unterworfen sind (§§ 331 ff. StGB), sowie die jahrelang nicht erfolgte Ratifizierung durch die Bundesrepublik gezeichneter völkerrechtlicher Abkommen wurde von vielen Seiten kritisiert und eine Reformbedürftigkeit des gegenwärtigen § 108e StGB daraus abgeleitet. Vor diesem Hintergrund nimmt sich *Hartmanns* 2013 erschienene, von *Bernd Heinrich* betreute Dissertation der Thematik an, um verschiedene Möglichkeiten einer Regelung aufzuzeigen und zu bewerten sowie auf dieser Grundlage einen eigenen Reformvorschlag in die rechtspolitische Diskussion einzubringen.

Nach einer kurzen Einleitung gliedert sich die Arbeit in fünf Kapitel, wobei der Schwerpunkt klar auf dem vierten liegt.

Kapitel A enthält eine geschichtliche Darstellung der Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung seit Einführung des RStGB (S. 26 ff.), die sich ihrerseits in vier Teile gliedert. Der erste geht auf die Reichweite von § 109 RStGB 1871 ein, wobei die wesentlichen Streitstände um die einzelnen Tatbestandsmerkmale dieser bis 1953 in Kraft befindlichen Norm dargestellt werden und eine kritische Auseinandersetzung mit dem Reichsgericht erfolgt (S. 27 ff.). Speziell bei dem Problem der Einbeziehung von Abstimmungen (d.h. Sachentscheidungen) in den Begriff der „Wahl“ durch das von einer weiten Auslegung ausgehende Reichsgericht (S. 29 f.), erstaunt die relativ breite Erörterung der Geschichte des Gesetzlichkeitsgrundsatzes (S. 30) angesichts dessen, dass der *Autor* sodann nicht zugunsten einer unzulässigen täterungünstigen Analogie Stellung bezieht, sondern „nur“ auf deren juristische Vertretbarkeit abstellt (S. 31). Auch ist in diesem Zusammenhang nicht recht nachvollziehbar, warum Abstimmungen gerade ab dem 20.10.1945 nicht mehr unter die Norm fallen sollen, wenn doch die Rechtsprechung noch vor der durch die Nationalsozialisten vorgenommenen Änderung des § 2 S. 1 RStGB 1871 von einer zulässigen Auslegung des Begriffs der „Wahl“ ausgegangen war, bzw. das Analogieverbot schon vorher Bestand gehabt hatte (S. 30 f.). Der zweite Teil geht auf drei Reformanläufe während der Weimarer Republik ein, die darauf abzielten, durch Ausweitung bzw. Klarstellung der Tatbestandsmerkmale die Strafbarkeit deutlich zu erweitern. Jedoch war keinem der Versuche Erfolg beschieden; Gründe hierfür werden leider nicht genannt (S. 35 f.). Eine Änderung wurde erst durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz von 1953 herbeigeführt, was der dritte Teil des ersten Kapitels aufgreift (S. 36 ff.). Obwohl eine Ausweitung intendiert gewesen sei, führte es im Ergebnis zu einer Einschränkung der Strafbarkeit (S. 37): Auf Grundlage der verschiedenen Reformvorschläge wird die Entstehung der

(abhängig vom Standpunkt) verhängnisvollen „Strafbarkeitslücke“ nachgezeichnet, wonach die Abgeordnetenbestechung nicht mehr in Bezug auf Wahlen innerhalb des jeweiligen Gremiums strafbar sein sollte (S. 39 f.). Der vierte Teil widmet sich schließlich der Entstehung der bis dato aktuellen Gesetzeslage, indem verschiedene Gesetzesinitiativen von 1953 bis 1994 beleuchtet werden, jedoch zu Recht die Vorschläge im Zusammenhang mit dem E 1962 sowie die Einführung des gegenwärtigen § 108e StGB im Mittelpunkt stehen. Die wesentlichen Diskussionsgegenstände in der großen Strafrechtskommission sowie deren abschließender, aber nicht mehr umgesetzter Gesetzesentwurf werden dargelegt (S. 42 ff.). Zur Auslagerung der Abgeordnetenbestechung aus dem allgemeinen Tatbestand des Wahlkaufs in einen gesonderten Tatbestand, der wieder die Bestechung bezüglich Wahlen innerhalb der Volksvertretung erfasste, kam es schließlich 1994 mit der Schaffung des § 108e StGB, dessen Annahme unter Einbeziehung der zugrunde liegenden Vorschläge nachgezeichnet wird (S. 57 ff.).

Wenngleich in diesem historischen Kapitel eigene Meinung und Deskription mitunter schärfer hätten getrennt werden können (z.B. S. 28, 29 f., 45, 51), ist es deswegen als gelungen zu bezeichnen, weil der *Autor* immer wieder geplante oder vorgenommene Veränderungen der Tatbestandsmerkmale ins Verhältnis zur jeweiligen Vorgängernorm setzt, wodurch der Leser die Reformschritte nach vorn und hinten leicht nachvollziehen kann und so schon hier für die rechtspolitischen Problemkreise rund um die Abgeordnetenbestechung sensibilisiert wird.

Kapitel B widmet sich der Analyse des § 108e StGB und arbeitet die eine Reform bedingenden Kritikpunkte heraus. Zunächst erfolgt eine Zusammenstellung der Tatbestandsmerkmale mit der darauf bezogenen Kommentarliteratur inklusive der wesentlichen Streitstände (S. 63 ff.) – etwas leserunfreundlich finden sich die entsprechenden „anderen Ansichten“ leider uneinheitlich mitunter im Haupttext (S. 64, 68), mitunter nur in den Fußnoten (S. 67, 71). Hier bezieht der *Autor* auch selbst – ggf. von der Rechtsprechung abweichende (S. 66) – Stellung (z.B. S. 64, 68 f.). Bei der Frage, ob die Norm Entscheidungen des Europäischen Parlaments betreffend nur die von Deutschland entsendeten oder alle Abgeordneten umfasst, bezieht der *Autor* zugunsten letzterer Ansicht Stellung und misst die Strafbarkeit folgerichtig am Strafanwendungsrecht (§§ 3 ff. StGB), wobei hier das Verhältnis von § 5 Nr. 14a StGB und § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB genauer hätte herausgearbeitet werden können (S. 69). Bei dem Problem der Anwendbarkeit von § 28 Abs. 1 StGB auf den Teilnehmer des Stimmenverkaufs wird – im Einklang mit der wohl h.L. – gegen dessen Anwendbarkeit plädiert, ohne dass auch hier die Reduktion einer privilegierenden Norm entgegen Art. 103 Abs. 2 GG problematisiert wird (S. 72 f.). Erfreulich ist, dass der *Autor* den Bezug zur Praxis herstellt, indem er auf S. 73 ff. die ergangene Rechtsprechung zu § 108e StGB auswertet, wobei angesichts unveröffentlichter Entscheidungen sowohl der Rechercheaufwand dahinter als auch die Auswertung lokaler Print- und Internetmedien anzuerkennen ist. Angesichts der im Zusammenhang mit der Neuregelung der Abgeordnetenbestechung immer wieder vorge-

brachten Gefahr, das Strafrecht könne als politisches Kampfmittel missbraucht werden, hätte man überdies noch in Erfahrung bringen können, wie häufig Ermittlungsverfahren wegen § 108e StGB 1994 nach anfänglicher Einleitung wieder eingestellt wurden. Nach der Analyse des Tatbestands werden dem Leser die Kritikpunkte an der Norm zusammengefasst vor Augen geführt, die eine Reform des § 108e StGB nahelegen (S. 76 ff.). Eine zu lang geratene Wiederholung und die Bewertung dieser vorgebrachten Kritikpunkte finden sich aufbautechnisch ungeschickt erst auf S. 115 ff.

Zu diesen inneren Reformnotwendigkeiten kommen in Kapitel C behandelte völkerrechtliche Verpflichtungen der Bundesrepublik hinzu. Hier benennt der *Autor* vier völkervertragliche Quellen, welche die Abgeordnetenbestechung betreffen und gliedert das Kapitel entsprechend. Die erste rührt aus dem EG/EU-Recht her und betrifft das Erste Protokoll zum Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der EG sowie das Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der EG oder Mitgliedstaaten der EU beteiligt sind. Die daraus herrührenden Verpflichtungen für die Abgeordnetenbestechung werden in Deutschland als durch das Strafanwendungsrecht erfüllt festgestellt (S. 84 f.). Die zweite Quelle betrifft das Übereinkommen der OECD über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, dessen Verpflichtungen innerstaatlich durch das IntBestG nachgekommen worden sei (S. 87), wobei der *Autor* zu Recht die aus dessen innerer Ausgestaltung resultierende Ungleichbehandlung zwischen der Bestechung inländischer und ausländischer Abgeordneter bemängelt (S. 88 ff.). Als dritte Quelle wird das Strafrechtsübereinkommen des Europarats gegen Korruption beleuchtet, dessen Anforderungen an einen innerstaatlichen Tatbestand der Abgeordnetenbestechung weit über die gegenwärtige deutsche Regelung hinausgehen. Dieses Abkommen wurde zwar durch die Bundesrepublik unterzeichnet, bislang jedoch nicht ratifiziert (S. 92 f.). Entsprechendes gilt auch für das UN-Übereinkommen gegen Korruption als vierte Quelle (S. 93 ff.). Im Sinne der Leserfreundlichkeit wäre es vorteilhaft gewesen, wenn der *Autor* die authentischen Wortlaute (soweit sie Strafvorschriften betreffen) entweder im Haupttext oder in einem Anhang zur Verfügung gestellt hätte. Gefährlich ist die Verwendung rechtstechnischer Begriffe des nationalen Rechts („Amtsträger“, „Dienst“), ohne auf die authentischen Vertragstexte zurückzugreifen (S. 96 f.), was an anderer Stelle vermieden wird (z.B. S. 92 Fn. 46). Was die im UN-Abkommen nur fakultativ vorgesehene Bestrafung der passiven Bestechlichkeit von ausländischen Mandatsträgern betrifft, lässt sich dies vor dem Hintergrund des völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatzes erklären, den der *Autor* auf S. 89 (später noch einmal auf S. 114) sogar selbst im Kontext des Art. 2 § 2 IntBestG – welcher das OECD-Abkommen umsetzt – anführt, während er hier dem UN-Abkommen eine Inkonsistenz unterstellt (S. 97). Nach Vorstellung der vier die Abgeordnetenbestechung berührenden Völkerrechtsquellen arbeitet *Hartmann* schließlich die sich aus den Abkommen ergebenden Determinanten für eine Neuregelung der Abgeordnetenbestechung im Falle der Ratifizierung heraus (S. 98 ff.).

Kapitel D trägt mit „Reformmodelle zur Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung“ etwas unglücklich fast den identischen Titel wie das Gesamtwerk. Obschon die vorangegangenen Kapitel für das Gesamtverständnis sehr hilfreich sind und kaum entbehrlich erscheinen, wird in diesem Kapitel bei einem Umfang von 164 Seiten nicht nur räumlich, sondern auch sachlich der Kern der Arbeit behandelt. Die zahlreichen denkbaren Regelungsmodelle der Abgeordnetenbestechung ordnet *Hartmann* übersichtlich in vier Fallgruppen ein (S. 101 ff.).

Das erste Modell (I.) sieht keinerlei Normierung der Abgeordnetenbestechung, also eine Aufhebung des § 108e StGB vor (S. 101 ff.). Die Struktur dieses Abschnitts mutet etwas seltsam an, wenn den Argumenten für die Nichtnormierung (1.) nicht sogleich deren Bewertung folgt (3.), sondern erst die Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Nichtnormierung erfolgt (2.). Dies hat zur Folge, dass ein einheitlicher rechtspolitischer Diskurs aufgespalten wird (S. 101 f. und 111 f.). Die Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit erfolgt am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG vor dem Hintergrund, dass Amtsträger der Strafbarkeit gem. §§ 331 ff. StGB unterliegen. Nach einer ausführlichen Zusammenfassung der Rechtsprechung und Literatur zum Status von Mandatsträgern einerseits und Amtsträgern andererseits, werden in der Gegenüberstellung beider Gruppen in vielerlei Hinsicht Unterschiedlichkeiten herausgearbeitet und eine hinreichende Gleichheit der Sachverhalte abgelehnt (S. 108 ff.). Allerdings erfolgt diese sehr abstrakt und gerade nicht in Bezug auf unsachliche Einflussnahme, etwa was das tatsächliche Gefährdungspotential oder deren schädliche Folgen angeht. Angesichts der herausgearbeiteten Unterschiede überrascht es, dass der *Autor* sich sodann rechtspolitisch auf die anscheinend doch bestehenden Gemeinsamkeiten zu stützen scheint, um für die grundsätzliche Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung zu plädieren („kaum zu rechtfertigen“, S. 113). Auch der im Zusammenhang mit dieser Argumentation ebenfalls erfolgende Verweis auf den „unbefriedigende[n] Rechtszustand“ von vor 1994 überzeugt mangels eines darin enthaltenen Arguments nicht vollends (S. 111). Zu Recht wird nach der rechtspolitischen Stellungnahme indes die Unvereinbarkeit dieses Lösungswegs mit dem angesprochenen UN-Übereinkommen festgestellt (S. 113). Dem „Gesamtergebnis“ folgt überraschenderweise noch ein Punkt, in dem die unterschiedliche Sanktionierung von aktiver und passiver Bestechung problematisiert und die interessante Idee aufgegriffen wird, lediglich die aktive Abgeordnetenbestechung unter Strafe zu stellen, um so einer unzulässigen Beeinträchtigung des freien Mandats zu entgehen. Wenngleich die Gegenargumentation des *Autors* anhand des bei den *de lege lata* existenten Bestechungsdelikten geltenden Grundsatzes der Spiegelbildlichkeit nachvollziehbar ist, lässt sie die Erwägung vermissen, für die besondere Konstellation des freien Mandatsträgers eine Ausnahme vom Grundsatz vorzusehen. Jedoch wird zu Recht darauf hingewiesen, dass auch diese Lösung nicht das Problem beseitigt (nämlich im Hinblick auf den Bestechenden), zulässige und unzulässige Einflussnahmen auf Abgeordnete voneinander abzugrenzen (S. 114 f.).

Die zweite Fallgruppe (II.) erfasst acht Einzelmodelle, welche die Normierung eines Tatbestands der Abgeordnetenbestechung vorsehen (S. 115 ff.). Neben einer unveränderten Beibehaltung von § 108e StGB, werden Möglichkeiten diskutiert, die entweder an einer Modifikation der Tatbestandshandlungen, des Vorteilsbegriffs oder der Unrechtsvereinbarung zwischen Bestechendem und Bestochenem ansetzen oder ausdrücklich politisch sozialadäquate Vorgänge auf Tatbestandsebene ausschließen bzw. auf eine Rechtswidrigkeitsklausel oder einen Blanketttatbestand zurückgreifen. Diese Modelle werden in einem übersichtlichen Fünf-Punkte-Schema abgearbeitet, das zunächst die Rechtslage in anderen Rechtsordnungen beleuchtet, dann Argumente für bzw. gegen das jeweilige Modell benennt, schließlich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit sowie seine Vereinbarkeit mit den internationalen Übereinkommen prüft. Bei den auslandsrechtskundlichen Untersuchungen beschränkt sich der *Autor* – ohne für genau diese Auswahl nähere Gründe zu nennen – auf das französische, das italienische, das österreichische sowie das schweizerische Recht. Der Blick auf den „Vorrat an Lösungen“ anderer Rechtsordnungen ist bei einer rechtspolitisch ausgerichteten Arbeit grundsätzlich zu begrüßen und sollte wegen der Praxiserprobung einer anderen Lösung zum Regelfall werden. Leider zieht der *Autor* jedoch keine erkennbaren Schlussfolgerungen aus den Erfahrungen der untersuchten Rechtsordnungen für die rechtspolitische Diskussion in Deutschland, sodass diese Ausführungen nur in einem losen Zusammenhang mit den sonstigen stehen. Für das französische und italienische Recht fällt zudem auf, dass der *Autor* kaum Rechtsprechung und Literatur aus diesen Ländern verwendet, sondern größtenteils auf deutsche – das Ausland betreffende – Literatur zurückgreift.

Was die Prüfung der Vereinbarkeit mit (zukünftigen) völkerrechtlichen Verpflichtungen angeht, ist methodisch anzumerken, dass der *Autor* (fast) durchweg nicht mit den authentischen Fassungen der Abkommen arbeitet, was die Gefahr in sich birgt, die Autonomie völkervertraglicher Terminologie außer Acht zu lassen, vor allem wenn die deutsche Übersetzung (ggf. legaldefinierte) deutsche Rechtsbegriffe verwendet. Sofern sich etwa auf den „Wortlaut“ und die „sprachliche Wendung“ der internationalen Abkommen berufen wird (S. 157) oder der Begriff des „Dienstes“ in „Mandat“ umgedeutet wird (S. 244 f.), ist die Anführung der deutschen Übersetzung – ohne einen Hinweis auf die authentischen Fassungen – zweifelhaft. Positiv hervorzuheben ist die Kenntnis politischer Praxis, mit welcher der *Autor* vertraut zu sein scheint und die er immer wieder zu erkennen gibt (z.B. S. 143, 155 f.). Als Gesamtfazit dieses Abschnitts zieht der *Autor* die Schlussfolgerung, dass § 108e StGB einer Veränderung bedürfe und dass eine Lösung über den Vorteilsbegriff gewisse verfassungsrechtliche Vorgaben beachten müsse, eine Lockerung der Unrechtsvereinbarung entsprechend den §§ 331, 333 StGB sich nicht empfehle, ein normatives Tatbestandsmerkmal oder eine Rechtswidrigkeitsklausel dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen müsse, die Anknüpfung der Strafbarkeit an die verfassungsrechtliche Terminologie „Aufträge und Weisungen“ eine denkbare Lösung sei, während ein

Blanketttatbestand mit verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten zu kämpfen habe (S. 177 f.).

In der dritten Fallgruppe (III.) werden Möglichkeiten untersucht, Mandatsträger und Amtsträger (in unterschiedlicher Reichweite) gleichzustellen (S. 178 ff.). Der Abschnitt beginnt mit einer Einführung in die Rechtslage Frankreichs, Italiens, Österreichs und der Schweiz. Obwohl diese vorgenommen wird, weil sie „für die entsprechende Untersuchung des deutschen Rechts [...] dienlich sein [könne]“ (S. 179), bleibt offen, ob sie es ist oder nicht (S. 184). Auch erfolgt bis auf wenige Ausnahmen (z.B. S. 179 u. 180) weder ein Vergleich der ausländischen Rechtsordnungen untereinander noch mit der deutschen. Gerade vor dem Hintergrund dieser Einführung in andere Rechtsordnungen überzeugt es nicht, wenn gleich nach diesem Abschnitt sowohl bei der Frage der vollkommenen strafrechtlichen Gleichstellung als auch der Frage der Gleichstellung nur im Hinblick auf Bestechungsdelikte für „verfassungsrechtlich [...] kaum zu rechtfertigen“ (S. 185) bzw. „kaum mit der Verfassung in Einklang zu bringen“ (S. 190) gehalten wird, was in Italien bzw. Frankreich anscheinend problemlos möglich zu sein scheint, ohne dass spezielle, nur Deutschland betreffende verfassungsrechtliche Gründe gegen diese Modelle angeführt werden. Ein weiteres Modell sieht die Gleichstellung von nur kommunalen Mandatsträgern mit Amtsträgern vor, wobei unter umfassender Auswertung von Rechtsprechung und Schrifttum zunächst die Frage geklärt wird, ob diese aufgrund ihrer prinzipiell exekutiven Stellung schon *de lege lata* dem Amtsträgerbegriff nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB unterfallen. Die Klärung fällt im Gesamtkontext der Arbeit unverhältnismäßig lang aus (S. 191 ff.). Positiv hervorzuheben ist jedoch die Auswertung auch unveröffentlichter und untergerichtlicher Entscheidungen (S. 192 ff., 198 ff.). Im Ergebnis wird mit der Rechtsprechung des BGH die Amtsträgerstellung und folglich die Erfassung durch die §§ 331 ff. StGB grundsätzlich abgelehnt und *de lege lata* stattdessen für die Anwendung von § 108e StGB plädiert (S. 231 ff.). Auch rechtspolitisch wird sodann aufgrund verfassungsrechtlicher Zweifel gegen eine strafrechtliche Ungleichbehandlung zwischen kommunalen und sonstigen Mandatsträgern plädiert (S. 233 f.). Weitere diskutierte Modelle in diesem Abschnitt betreffen die Einbeziehung von Mandatsträgern in die §§ 331 ff. StGB unter Modifikation der *de lege lata* existierenden Tatbestandsmerkmale (S. 234 ff.), von denen insbesondere die Modifikation des Vorteilsbegriffs sowie das Erfordernis einer konkreten Unrechtsvereinbarung als denkbare Lösungen deduziert werden (S. 234 ff., 237 ff.).

Mit der vierten Fallgruppe betritt der *Autor* rechtspolitisches Neuland, indem er die Einführung des Straftatbestands der sog. „missbräuchlichen Einflussnahme“ erwägt. Dabei handelt es sich nach Definition des *Autors* um eine Dreipersonenkonstellation, „in der eine Person einen unbilligen Vorteil von einem Dritten dafür erhält, dass sie zu Gunsten des Dritten unzulässig Einfluss auf einen Amts- oder Mandatsträger nimmt“ (S. 246 f.). Der *Autor* arbeitet heraus, dass entsprechende Sachverhalte *de lege lata* nur in engen Ausnahmefällen über §§ 26, 27 StGB bzw. §§ 331, 333 StGB strafrechtlich erfasst werden können (S. 248 ff.). Die Einführung eines entsprechenden generellen Tatbestands sei jedoch durch die völ-

kerrechtlichen Abkommen nicht vorgegeben, weil diese entsprechende Tatbestände nur fakultativ vorsehen. Erfreulich ist, dass an dieser Stelle die authentischen Fassungen der Abkommen abgedruckt werden und auf deren Grundlage gearbeitet wird (S. 250 ff.). Sodann erfolgt wieder eine Darlegung der Rechtslage in den ausgesuchten fremden Rechtsordnungen, diesmal mit Ausnahme der italienischen (S. 252 ff.). In der anschließenden ausführlichen Diskussion spricht sich der *Autor* wegen der aus seiner Sicht zu weit gehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit gegen die Einführung eines derartigen Tatbestands aus (S. 263 f.).

In Kapitel E werden schließlich die aus den untersuchten Modellen deduzierten Ergebnisse zusammengefasst (S. 267 ff.) und auf dieser Grundlage ein Formulierungsvorschlag für eine Neuregelung unterbreitet (S. 276 f.). Die jüngste rechtspolitische Entwicklung nach Erscheinen des Werks im Jahr 2013 zeigt, dass zahlreiche Aspekte dieses Vorschlags voraussichtlich Eingang in das Strafgesetzbuch finden werden. Der von den Fraktionen CDU/CSU und SPD in den Bundestag eingebrachte Gesetzentwurf zur Neuregelung der Abgeordnetenbestechung (BT-Drs. 18/476) wurde am 21.2.2014 in der Fassung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (BT-Drs. 18/607) angenommen; der Bundesrat hat am 14.3.2014 beschlossen, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen. Die damit ab dem 1.9.2014 voraussichtlich geltende Regelung sieht, wie *Hartmanns* Vorschlag, z.B. den eingeschränkten Vorteilsbegriff, die konkrete Unrechtsvereinbarung sowie die Einbeziehung von Mitgliedern parlamentarischer Versammlungen internationaler Organisationen sowie von Gesetzgebungsorganen ausländischer Staaten vor. Bei der erfassten Mandats Tätigkeit wird ferner die von *Hartmann* diskutierte (S. 160 ff.), aber nicht in seinen Formulierungsvorschlag aufgenommene Anlehnung an die verfassungsrechtliche Terminologie „Aufträge und Weisungen“ aufgegriffen und so laut Begründung des Gesetzentwurfs „eine enge Kausalbeziehung“ zwischen Vorteil und konkreter Mandatsausübung gefordert (BT-Drs. 18/476, S. 7). Insofern hat *Hartmanns* Werk wesentliche Aspekte der Reform wissenschaftlich vorweggenommen, worin sein großes Verdienst begründet liegt.

Handwerklich fällt die Häufigkeit von Verweisen „nach unten“ auf, die dem Leser mitunter die Nachvollziehbarkeit der Beweisführung erschweren, wobei solche zugegebenermaßen manchmal unvermeidbar sind. Vorbildlich sind die zahlreichen anschaulichen Beispiele, die das Verständnis der komplexen Thematik erheblich erleichtern. Wie schon angedeutet, hätten auslandsrechtliche Erkenntnisse noch intensiver genutzt werden können, da sich die Schwierigkeit, korruptes Verhalten ohne eine Beeinträchtigung der zulässigen, ja erwünschten Einflussnahme auf Abgeordnete bzw. der Ausübung des freien Mandats zu definieren, in jeder entwickelten Demokratie ähnlich stellt.

Damit bleibt noch die Frage, ob das Werk durch die voraussichtlich in Kraft tretende Neuregelung obsolet werden wird. Dies ist jedoch zu verneinen: Zum einen ist es für den „Vorrat an Lösungen“ weiterhin interessant, sollte – etwa beim nächsten spektakulären Einzelfall – eine Neuregelung der Vorschrift in Rede stehen; auch für den der deutschen

Sprache mächtigen Rechtspolitiker einer ausländischen Rechtsordnung mag sie in dieser Hinsicht von Interesse sein. Zum anderen ist das Werk für den Rechtsanwender wertvoll, der sich in Auslegung der Neuregelung einen Überblick über die historische Entwicklung des Tatbestands zu verschaffen und für die Probleme der Tatbestandselemente sensibilisiert zu werden wünscht. All diesen sei das Werk wärmstens empfohlen.

Andreas Dürr, München

Buchrezension

Diana Kohlmann, Online-Durchsuchungen und andere Maßnahmen mit Technikeinsatz, Bedeutung und Legitimation ihres Einsatzes im Ermittlungsverfahren, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012, 348 S., € 64,-

Schon in der Einleitung hebt *Kohlmann* den Spannungsbogen zwischen Freiheit und Sicherheit hervor. Dem Ermittlungsvorteil heimlicher Online-Durchsuchungen stehe die weitreichende grundrechtliche Relevanz des Eingriffs gegenüber. Dieser Spannungsbogen wird in der Dissertation konsequent nachgezeichnet.

Im ersten Teil der Arbeit werden Begriff und Zulässigkeit der Online-Durchsuchung de lege lata untersucht. Begonnen wird mit einer Schilderung der politischen Vorbereitung der Einführung von Online-Durchsuchungen in das deutsche Rechtssystem durch das Programm zur Stärkung der Inneren Sicherheit (S. 21). In Folge dessen wurde im Jahr 2008 § 20k ins BKAG eingefügt, der den verdeckten Eingriff in informationstechnische Systeme regelt. *Kohlmann* beschreibt zunächst die technischen Möglichkeiten und die Realisierbarkeit der Online-Durchsuchung. Sie differenziert hierzu zwischen dem Ausspähen und Kopieren von Daten (S. 24 ff.) als bedeutsamsten Maßnahme der Online-Durchsuchung und weiteren Zugriffsmöglichkeiten (S. 50 ff.). Das Ausspähen und Kopieren von Daten kann durch die Verbreitung von Schadsoftware erfolgen, die entweder über das Internet zugespielt oder durch physischen Zugriff direkt auf dem PC der Zielperson installiert wird (S. 26 ff.). *Kohlmann* beschreibt die technischen Möglichkeiten des Datenzugriffs durch Sniffer, Backdoors und Rootkits sowie die technische Umsetzung, ein entsprechendes Programm auf den Rechner einzuschleusen (S. 28 ff.). Danach werden die technischen Grenzen beschrieben, d.h. es wird der Frage nachgegangen, wie schnell die betreffende Internet-Verbindung des Zielcomputers sein muss, wie der Upload möglicherweise nicht unbeträchtlicher Datenmengen unbemerkt oder vom Virenschanner unentdeckt bleiben kann (S. 40 ff.). Im Anschluss hieran wird die Vorgehensweise bei der Online-Durchsuchung dargestellt, d.h. die einzelnen Arbeitsschritte werden erläutert. Beschrieben werden die Phasen des Ausspähens des Zielsystems, die Konfiguration einer passenden Software und deren Installation, das Auslesen und Übertragen der Daten, die Offline-Auswertung dieser Daten und die Beendigung der Online-Durchsuchung (S. 43 ff.). Neben dieser klassischen Online-Durchsuchung schildert *Kohlmann* im nächsten Unterkapitel weitere Zugriffsformen, wie das Mitschneiden von Internet-Telefonie, das Aktivieren von Mikrofon und Kamera sowie die komplette Fernsteuerung des Zielrechners (S. 50 ff.).

Diese technische Einführung lässt keine Fragen offen und ist eine gute Grundlage für die dann folgende rechtliche Bewertung der Online-Durchsuchung nach den strafprozessualen Regeln de lege lata (S. 53 ff.). *Kohlmann* differenziert zwischen der Durchsuchung gespeicherter Daten (S. 54 ff.), der Aufzeichnung von Kommunikationsdaten (S. 75 ff.), dem Zugriff auf Passwörter (S. 87 ff.), der Aktivierung von Hardwarebestandteilen zur Raumüberwachung (S. 89 f.) und den

Möglichkeiten nach § 110 Abs. 3 StPO (S. 90 ff.). Für ersteres prüft sie zunächst § 102 StPO und hält als Zwischenergebnis fest, dass bei rein wortlautbasierter Anwendung des Paragraphen eine Stützung der Online-Durchsuchung auf § 102 StPO prinzipiell möglich sei und diese als Durchsuchung von Sachen und nicht als Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen zu qualifizieren sei. Sie verneint aber die Zulässigkeit der Online-Durchsuchung auf der Grundlage des § 102 StPO und stützt dies auf zwei BGH-Beschlüsse sowie die Meinungen in Politik und Literatur. Leider fehlt eine Stellungnahme der *Autorin* an dieser Stelle völlig, die Darstellung erschöpft sich in einer bloßen Referierung der Ansichten. Eine Anwendung von § 100a StPO für die Durchsuchung der Computerdaten im Rahmen der Online-Durchsuchung wird abgelehnt, da keine Kommunikationsdaten überwacht würden (S. 73 f.). Auch §§ 100c, 100f Abs. 1 Nr. 2 und 161 Abs. 1 StPO werden als Ermächtigungsgrundlagen abgelehnt (S. 74 f.).

Hinsichtlich der Aufzeichnung von Kommunikationsdaten schränkt *Kohlmann* die Maßnahmen auf das gezielte Durchsuchen gespeicherter Medien nach Kommunikationsinhalten ein. Dabei betont sie, dass nur solche Daten für die Online-Durchsuchung in Betracht kommen, die bereits auf dem Zielcomputer „angekommen“ sind. Demzufolge würden Maßnahmen wie die Quellentelekommunikationsüberwachung ausscheiden und kein Thema für die vorliegende Untersuchung sein (S. 75). Dies ist meines Erachtens sehr zweifelhaft. Denn die Quellentelekommunikationsüberwachung ist keine Überwachung der laufenden Kommunikation, da ansonsten eine „normale“ Telekommunikationsüberwachung ausreichend wäre. Die Quellentelekommunikationsüberwachung greift gerade dort ein, wo die normale Telekommunikationsüberwachung wegen Verschlüsselung der Inhalte auf dem Übertragungswege nicht sinnvoll ist. Man muss daher an der Quelle, also auf dem Zielrechner zugreifen, so dass es sich um Daten handelt, die entweder auf dem Zielrechner angekommen und wieder entschlüsselt worden sind oder um Daten, die sich noch unverschlüsselt vor dem Absenden auf dem PC befinden. Hier hätte es zumindest einer genaueren Argumentation bedurft, warum in der Arbeit die Quellentelekommunikationsüberwachung von der Untersuchung ausgeschlossen wird.

Kohlmann beschränkt sich im Folgenden auf die Durchsuchung von Mailboxen und referiert die Entscheidung des Ermittlungsrichters beim BGH in einem Beschluss vom Mai 1995 (S. 76 ff.), in der der heimliche Zugriff auf die Mailboxen der betroffenen Anschlussinhaber grundsätzlich nach § 100a StPO für zulässig erklärt wurde. Allerdings gehe die Aufzeichnung von Kommunikationsdaten, die sich auf dem Computer befinden, über die Durchsuchung einer Mailbox hinaus, so dass für die weitergehende Anwendung des § 100a StPO bei einer Online-Durchsuchung kein Raum sei (S. 84). Auch diese Darstellung der Übertragbarkeit der Entscheidung auf weitergehende Formen der Online-Durchsuchung bleibt etwas blass. Als Leser hätte ich mir an dieser Stelle eine vertiefende Auseinandersetzung gewünscht. Es folgt eine kurze Erörterung, dass §§ 100c und 100f Abs. 1 StPO auf die Aufzeichnung von Kommunikationsdaten nicht anwendbar sind (S. 85 ff.).

Im nächsten Gliederungspunkt behandelt *Kohlmann* den Zugriff auf Passwörter mit Keyloggern. Zutreffend verneint die *Autorin* § 100f Abs. 1 Nr. 2 StPO als Ermächtigungsgrundlage einer solchen Maßnahme (S. 87 ff.). Die Aktivierung von Hardwarebestandteilen zur Raumüberwachung in Bild und Ton sei ebenfalls nicht zulässig und von § 100c Abs. 1 StPO nicht gedeckt (S. 89 f.). Schließlich widmet sich *Kohlmann* den Möglichkeiten nach § 110 Abs. 3 StPO und erläutert zunächst die Entstehungsgeschichte des 2008 in Kraft getretenen neuen Absatzes. Richtigerweise schränkt die *Verf.* die Anwendung des § 110 Abs. 3 StPO auf offene Durchsuchungen ein. Erlaubt ist nur der offene Zugriff auf Speichermedien, die räumlich von dem zu durchsuchenden PC getrennt sind. Heimliche Online-Durchsuchungen sind dadurch nicht erfasst (S. 95). Als Fazit stellt *Kohlmann* dann fest, dass Maßnahmen der Online-Durchsuchung auf der Grundlage der StPO nicht rechtmäßig durchgeführt werden können. Diesem Ergebnis ist voll und ganz zuzustimmen.

Um die Legitimationsanforderungen festzuschreiben, die an eine mögliche neue gesetzliche Regelung der Online-Durchsuchung zu stellen sind, widmet sich *Kohlmann* im nächsten Teil ihrer Arbeit der Frage, welche Grundrechte von einer solchen Maßnahme betroffen sind und welche Eingriffsintensität die Maßnahme hat (S. 97 ff.). Sie verneint unter Berufung auf das BVerfG (BVerfGE 120, 274 [310 f.]) einen Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG bei Erhebung von Daten durch Infiltration des Computersystems (S. 103). Art. 10 Abs. 1 GG sei nur bei der Quellentelekommunikationsüberwachung tangiert, nicht dagegen bei der Online-Durchsuchung von Daten nach Abschluss des Kommunikationsvorgangs (S. 105). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung seien zwar betroffen, allerdings böten diese keinen ausreichenden Schutz vor der Infiltration und Datenerhebung (S. 110). *Kohlmann* beschränkt sich hier im Wesentlichen auf die Wiedergabe der bereits genannten Entscheidung des BVerfG, um dann zu der in dieser Entscheidung neu eingeführten weiteren Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, dem Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme zu kommen (S. 111 ff.). Dieses neue Grundrecht wird im Detail vorgestellt und auch die Kritik der Literatur hieran aufgegriffen (S. 114). Die *Autorin* schließt sich der Kritik aber nicht an, sondern begrüßt den besonderen Schutz informationstechnischer Systeme, da für diese ein eigenständiges Schutzbedürfnis bestehe, dem nur durch die neue Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Rechnung getragen werden könnte.

Bei der Frage, wann ein Eingriff in das neue IT-Grundrecht anzunehmen ist, beschränkt sich *Kohlmann* wiederum auf die Referierung der Entscheidung des BVerfG (S. 115 ff.) und verneint einen Eingriff nur bei Nutzung öffentlich zugänglicher Seiten, also bei der sog. Online-Streife. Die klassische Online-Durchsuchung, sei es durch einmaligen Zugriff oder längerfristige Überwachung, stelle dagegen einen gewichtigen Grundrechtseingriff dar. Verstärkt werden könne dieser Grundrechtseingriff, wenn beim Erfassen von Daten der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen sei (S. 120 ff.). Rein praktisch stelle sich aber das Problem, wie

die Sicherheitsbehörden vor dem elektronischen Zugriff erkennen können, ob die Daten kernbereichsrelevant sind oder nicht. Dies lasse sich erst bei der Auswertung der Daten erkennen. Diese praktische Unvermeidbarkeit der Kenntnisnahme von Informationen mit Kernbereichsbezug hat das BVerfG anerkannt und nicht prinzipiell für unzulässig befunden. Vielmehr müsse dann für hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase gesorgt werden, d.h. aufgefundene und erhobene Daten mit Kernbereichsbezug seien unverzüglich zu löschen und ihre Verwertung auszuschließen (S. 124).

Die tangierten Grundrechte und die Eingriffsintensität sind laut *Kohlmann* zu berücksichtigen, wenn man im Folgenden prüft, welche Anforderungen an eine Legitimation der Online-Durchsuchung zu stellen sind. Hiermit sind wir beim zweiten Teil der Dissertation, der allgemeine Überlegungen zur Legitimation von Online-Durchsuchungen und anderen technikgestützten Ermittlungsmaßnahmen enthält (S. 127 ff.). Begonnen wird mit der individuellen Legitimation, wobei zwischen präventiven und repressiven Maßnahmen unterschieden wird. Während die präventiven Maßnahmen der Gefahrenabwehr dienen und auch gegen Anscheinsstörer vorgegangen werden kann, setzen repressive Maßnahmen einen Tatverdacht gegen den Betroffenen voraus. Allerdings sei die Bestimmung und Konkretisierung eines Tatverdachts schwierig. Daher geht *Kohlmann* der individuellen Legitimierung von Eingriffen nach. Sehr allgemein beginnt sie mit der Legitimation von Strafe und unserem Verständnis von Schuld (S. 142 ff.). Hier wird selbst die Willensfreiheitsdebatte angesprochen (S. 150 ff.) und man fragt sich, warum diese Ausführungen Gegenstand einer Arbeit zur Online-Durchsuchung sind. Strafe folge aus der Schuld des Täters, der persönlichen Verantwortlichkeit und Vorwerfbarkeit der begangenen Straftat. Demgegenüber gestalte sich die Legitimation bei Ermittlungsmaßnahmen und den damit verbundenen Eingriffen anders. Denn Ermittlungsmaßnahmen sollen ja erst aufklären, ob eine Straftat vorliegt und wer sie begangen hat. Schuld kann demzufolge nicht Voraussetzung für diese Eingriffe sein (S. 155). Dies ist sicher richtig, zeigt aber umso mehr, wie überflüssig das Kapitel zu Strafe und Schuld in diesem Zusammenhang war. *Kohlmann* greift wieder das auf, was sie schon vor ihren Ausführungen zu Schuld und Strafe gesagt hat, nämlich dass Ermittlungsmaßnahmen im Strafverfahren nur dann legitimiert werden können, wenn ein bestimmter Tatverdacht gegeben ist (S. 155). Die Verdachtsgründe müssten umso stärker sein, je tiefer die zu treffende Maßnahme in die Sphäre des Beschuldigten eingreifen soll (S. 156). Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei zu wahren, d.h. der strafprozessuale Zwangseingriff muss in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Straftat und der Stärke des bestehenden Tatverdachts stehen (S. 158). *Kohlmann* unternimmt jetzt einigen Begründungsaufwand, um herauszuarbeiten, wie der Tatverdacht und die einzelnen Verdachtsgrade jeweils zu bestimmen sind (S. 162 ff.). Für die Bewertung kommen nur ermittelte Tatsachen in Betracht, wobei die Einschätzung aus subjektiven Erfahrungen gewonnen wird. Dies ist für die *Autorin* das Hauptproblem bei der Legitimation der Eingriffsmaßnahmen. Den Schutz der Rechte des Einzelnen auf subjektive und damit unterschiedlichste Einschätzungen

zu stützen, sei in Anbetracht der Schwere des möglichen Eingriffs schwer verständlich (S. 180 ff.). Hier möchte man hinzufügen, warum Kohlmann dann überhaupt noch weitere Überlegungen anstellt und nicht gleich jegliche Eingriffsmaßnahmen ablehnt, weil die Subjektivität der Einschätzung eines Tatverdachts nie ganz auszuschließen ist. Dass sie dies so absolut nicht meint, wird aus den folgenden Überlegungen deutlich. Die *Verf.* greift nämlich einige Beispiele heraus, insbesondere die Untersuchungshaft, den großen Lauschangriff und die Telekommunikationsüberwachung, um die Legitimation einer Maßnahme auf der Grundlage von Tatverdacht genau zu überprüfen.

Bei der Untersuchungshaft sei der individuelle Legitimationsansatz der Maßnahme ausreichend, um die Maßnahme insgesamt zu legitimieren. In jedem Verfahrensstadium würden die individuellen Anknüpfungspunkte an den Betroffenen klar hervortreten. Die Tatsachenhinweise müssten sich in Bezug auf den Betroffenen so verdichtet haben, dass ein dringender Tatverdacht vorliegt (S. 192).

Die Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO sieht Kohlmann dagegen nicht als verhältnismäßig an, da die Maßnahme auf der Grundlage des normierten Tatverdachts nicht ausreichend individuell legitimiert sei. Insbesondere sei keine individuelle Komponente der Legitimation auszumachen, die Verdachtsschwelle sei zu niedrig (S. 202). Allerdings könne eventuell eine Kompensation der niedrigen Verdachtsstufe durch Verfahrensvorschriften im Rahmen weiterer Voraussetzungen in § 100a und § 101 StPO erfolgen. Dies lässt die *Verf.* aber noch offen, um später in einem gesonderten Abschnitt darauf zurückzukommen.

Auch beim Lauschangriff legitimierte der Tatverdacht an sich nicht den stattfindenden Eingriff. Zwar habe das BVerfG beim Lauschangriff bestätigt, dass er aufgrund der Kombination von Tatverdacht plus Verfahrensvorschriften als zulässige Ermittlungsmaßnahme angesehen wird. Auch hier müsse aber geklärt werden, inwieweit geringer Tatverdacht überhaupt aufgewogen werden kann (S. 213). Bei der Normierung einer Online-Durchsuchung schließlich sei ebenfalls eine niedrige Verdachtsschwelle anzusetzen, weil die Maßnahme nach der Argumentation des BVerfG ja erst einen entsprechenden (höheren) Verdacht erbringen soll, um weitergehende Maßnahmen wie Untersuchungshaft und Eröffnung der Hauptverhandlung zu ermöglichen (S. 216). Dies sei aber problematisch, weil der Grundrechtseingriff bei Online-Durchsuchungen entsprechend hoch ist.

Eine Kompensierung der niedrigen Schwelle des Tatverdachts müsse dann zumindest durch weitere Verfahrensvorschriften erreicht werden (S. 216). Ob dies möglich ist, prüft Kohlmann im nächsten Schritt (S. 218 ff.). Sie kommt zu dem Ergebnis, dass das gegenwärtige System der StPO mit einer relativ niedrigen Eingriffsschwelle des Tatverdachts und den dazu normierten verfahrensrechtlichen Kompensationsmöglichkeiten nicht geeignet sei, die Rechte eines Betroffenen ausreichend zu wahren (S. 241). Die verfahrensrechtlichen Regelungen wie Richtervorbehalt, Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, Normierung eines Straftatenkatalogs und eines Subsidiaritätsgrundsatzes seien ein stumpfes Schwert mit wenig Wirkung in der Praxis. Von daher

sei zu überlegen, ob es ein besseres System als das der individuellen Legitimation gibt. Kohlmann wendet sich daher in einem weiteren Teil der überindividuellen Legitimation zu (S. 243 ff.).

Als überindividueller Legitimationsansatz kommt eine utilitaristische Betrachtungsweise in Betracht. Nach grundsätzlichen Ausführungen zum Utilitarismus untersucht die Autorin den Bereich der Vorfeldermittlungen (S. 246 ff.). Nach einer Darstellung der Rechtsnatur von Vorfeldmaßnahmen und deren Notwendigkeit, folgt ihre Legitimation. Abgestellt wird zum einen darauf, dass die Eingriffe als „geringgrundrechtsrelevant“ eingestuft werden. Als überindividueller Legitimationsansatz wird darauf abgestellt, dass die Maßnahmen zur Erfüllung polizeilicher Aufgaben notwendig sind (S. 264). Im nächsten Schritt prüft Kohlmann die Zulässigkeit der Online-Durchsuchung als Vorfeldmaßnahme (S. 264 ff.). Dies scheint schon deswegen nicht so recht zu passen, weil in der Arbeit wiederholt darauf hingewiesen wurde, dass die Grundrechtseingriffe bei der Online-Durchsuchung ganz erheblich sind. Daher weist auch die *Verf.* darauf hin, dass die Grundsätze der Vorfelduntersuchung nicht auf die Online-Durchsuchung übertragen werden können.

Als Beispiele einer überindividuellen Legitimation von Eingriffsmaßnahmen untersucht Kohlmann schließlich die Ermächtigungsgrundlage zur körperlichen Untersuchung von Personen, die nicht Beschuldigte sind (§ 81c StPO) sowie das Luftsicherheitsgesetz, dessen Eingriffsbefugnis zum Abschießen von Flugzeugen bei Terrorgefahr für nichtig erklärt wurde (S. 267 ff.). Überindividuelles Interesse für ersteren Eingriff ist die Notwendigkeit der Aufklärung eines Verbrechens. Durch die Berücksichtigung der Interessen des Betroffenen und das Zumutbarkeitsprinzip wird der individuellen Bedeutung der Maßnahme für den Betroffenen und seiner Stellung im Strafverfahren Rechnung getragen (S. 272). Auf die Online-Durchsuchung übertragbar sind diese Ansätze aber nach zutreffender Einschätzung von Kohlmann nicht. Während durch § 81c StPO sichergestellt ist, dass nur ein ganz bestimmter Personenkreis von der Maßnahme betroffen ist, ist dies bei einer Online-Durchsuchung nicht der Fall. Auch wenn man diese auf Zeugen einer Straftat beschränken würde, so stehen diese doch in einem ganz anderen Zusammenhang zur Tat als bei § 81c StPO.

Im Anschluss schildert Kohlmann die gesetzliche Grundlage des Luftsicherheitsgesetzes sowie das Urteil des BVerfG, das § 14 Abs. 3 LuftSiG für verfassungswidrig und damit nichtig erklärte (S. 273 ff.). Das BVerfG machte deutlich, dass eine überindividuelle Legitimation dort ihre absolute Grenze findet und nicht mehr anwendbar ist, wo das Leben von unbeteiligten Dritten betroffen ist, die durch eine Maßnahme vom Staat zum Objekt gemacht werden (S. 280). Kohlmann benennt danach die Kritik der Literatur an dieser Entscheidung und setzt sich mit der Frage auseinander, ob der Abschuss den Menschen, die im Flugzeug sitzen, nach den Grundsätzen des „Bürgeropfers“ auferlegt werden kann (S. 283). Die *Verf.* ist der Auffassung, dass sich diese Problematik nicht abschließend klären lässt, stellt die Ansatzpunkte zur Legitimation des Bürgeropfers aber in Frage. Danach greift sie den Opfergedanken auf, um ihn als Legitimation

von Maßnahmen mit Technikeinsatz im Ermittlungsverfahren zu vergleichen. Dies scheint zunächst nicht so recht zu passen, denn eine entsprechende Notsituation, in der Leben gegen Leben steht, ist bei Online-Maßnahmen nur schwer vorstellbar. Kohlmann stellt dann auch weniger auf diese Notsituation ab, als darauf, dass der Einzelne, soweit er nicht sein Leben opfern muss, für die Gemeinschaft doch „wenigstens“ andere Rechte preisgeben könnte (S. 291). Letztlich stellt Kohlmann darauf ab, dass der Personenkreis derer, auf den die Maßnahme angewendet wird, nicht klar umgrenzt werden kann (S. 292). Ich meine, dass man hier nicht auf den Personenkreis abstellen muss, sondern darauf, dass das Bürgeropfer – wenn überhaupt – nur in speziellen Notstandssituationen in Frage kommen kann.

Kohlmann prüft dann als überindividuelle Legitimation den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Man möchte an dieser Stelle fast erleichtert aufatmen und fragt sich, warum das Offensichtliche nicht schon viel früher erörtert wurde, anstatt sich mit dem Luftsicherheitsgesetz und anderen unvergleichbaren Regelungen aufzuhalten. Jedoch greift auch dieser Ansatzpunkt nicht. Denn im Gegensatz zu den anderen überindividuellen Legitimationsansätzen sieht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Angemessenheitsprüfung eine Berücksichtigung der individuellen Rechte des von der Maßnahme Betroffenen vor (S. 312). Dann aber ist man zwangsläufig wieder bei der individuellen Legitimation. Insgesamt lehnt Kohlmann ein rein utilitaristisches Vorgehen des Staates bei Eingriffen wie der Online-Durchsuchung aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten heraus ab.

Abschließend fragt die Autorin danach, wie Maßnahmen der Online-Durchsuchung durch Verbesserung eines der bestehenden Legitimationsmodelle doch legitimiert werden können. Die Verdachtsstufen könnten nicht angehoben werden, weil ansonsten die Maßnahmen ins Leere laufen würden – sie dienen ja gerade dazu, den Verdacht zu manifestieren. Daher sei die einzige Möglichkeit, die Verfahrensanforderungen zu erhöhen. Diese seien momentan teilweise wenig praxistauglich, könnten aber verbessert werden, indem richterliches Personal aufgestockt und entsprechend trainiert, Ombudsmänner eingesetzt, der Subsidiaritätsgrundsatz effektiver eingehalten, ein strengerer Straftatenkatalog etabliert und richterliche Anordnungsentscheidungen kontrolliert würden (S. 313 ff.). Würden die Handhabung und die Vorgaben in der Praxis strenger eingehalten und kontrolliert, so könne auch das System für Maßnahmen mit Technikeinsatz wie beispielsweise für die Online-Durchsuchung aufrechterhalten werden.

Das versöhnliche Ende überrascht ein wenig angesichts der harschen Kritik im Laufe der Arbeit. Es hätte hier meines Erachtens mehr Begründungsaufwand betrieben werden müssen, als nur auf die strengere Einhaltung der Verfahrensanforderungen in der Praxis zu drängen. Ob z.B. eine Anhebung der Schwere der Katalogstraftaten ausreichend ist, ist fraglich, zumal Kohlmann selbst darauf hinweist, dass diese Kataloge im Laufe der Jahre erfahrungsgemäß ausgeweitet werden. Schön wäre es zudem gewesen, wenn sich Kohlmann an die Formulierung eines Gesetzes gewagt hätte, dass ihrer Meinung nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben ent-

spricht. Die Dissertation bietet sicherlich einen Grundstein hierfür, eventuelle Gesetzgebungsvorhaben auf ein verfassungsrechtlich einwandfreies Fundament zu stellen. Allerdings weicht Kohlmann ihren Spannungsbogen zwischen Freiheit und Sicherheit in einigen Teilfragen auf und verliert sich in Randthemen bzw. Parallelisierungen von Rechtsproblemen, die nicht so recht zusammenzupassen scheinen. Eine Verdichtung ihrer Kernaussagen wäre leserfreundlicher gewesen und hätte den Blick auf die Kernproblematik noch mehr geschärft.

Prof. Dr. Anja Schieman, Münster