

A IMPUTABILIDADE PENAL NOS DELITOS COMETIDOS POR MEIO DE ESTRUTURAS ORGANIZADAS DE PODER

Laís Helena de Paula Gomes Miziara (IC) e Fernando Tadeu Marques (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie/MackPesquisa

Resumo: O presente artigo analisa o domínio do fato, conforme desenvolvido por Claus Roxin, bem como seus desdobramentos: domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade. Para tanto, analisa-se brevemente se o Código Penal Brasileiro adotou um critério de autoria e, ainda, se tal critério é compatível com a aplicação da teoria do domínio do fato em nosso ordenamento jurídico. O enfoque central é a análise mais detalhada da teoria do domínio da vontade por meio do domínio da organização, com o intuito de averiguar como se dá a imputabilidade penal nestes casos, bem como discorrer sobre as discussões envolvendo tal teoria. Ademais, além de uma exposição doutrinária, este estudo analisa como a jurisprudência, sobretudo nacional, vem aplicando a teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização, tendo como principal referência o julgamento da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal, devido à sua relevância e impacto no direito penal brasileiro.

Palavras-chaves: domínio do fato; domínio da organização; Claus Roxin;

Abstract: Dominion over the fact, as developed by Claus Roxin and its consequences: the action domain, functional domain and domain of will. Therefore, we analyze briefly if the Brazilian Penal Code adopted a criterion of authorship and, even such a criterion is compatible with the application of the fact that the domain theory in our legal system. The central focus is the most detailed analysis of the theory of the field of will through the organization's domain, in order to find out how is the criminal responsibility in these cases as well as elaborate on discussions involving such a theory. Moreover, in addition to a doctrinal exposition, this study examines the case law, especially national, has applied the fact that the domain theory and the organization's domain theory, the main reference the judgment of the Criminal Action No. 470 by the Supreme Court, because of their relevance and impact on the Brazilian criminal law.

Keywords: Dominion over the fact; organization's domain; Claus Roxin;

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo investigar quais são os requisitos necessários para caracterizar a imputabilidade penal nos delitos cometidos por meio de estruturas organizadas de poder, recorrendo a uma análise doutrinária e jurisprudencial advinda do Direito Penal internacional e brasileiro.

Em um primeiro momento, faz-se necessária uma explanação sobre a evolução do conceito de “domínio do fato”, bem como, no que tange à teoria criada por Claus Roxin, tecer considerações sobre as formas de manifestação do domínio do fato criadas por ele, quais sejam, domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade.

Assim, na análise mais aprofundada do domínio da vontade, identificam-se inúmeras discussões no que tange ao domínio da vontade por meio do aparato organizado de poder, e é nessa esteira que a pesquisa se debruça, buscando investigar se há uma posição dominante e, em quais tipos de organizações essa teoria pode ser aplicada.

Importante salientar, entretanto, que a pesquisa em apreço não objetiva definir conceitos penais estruturais, tais como explicar os conceitos extensivo e restrito de autor, os sistemas unitários e diferenciador de autoria, entre outros, na medida em que este estudo está pautado em analisar como se dá a imputabilidade penal nos delitos cometidos por meio de estruturas organizadas de poder.

Evidente, porém, que para cumprir tal objetivo, analisa-se como o Código Penal brasileiro disciplina a temática da autoria e participação e, ainda, se a teoria do domínio do fato é compatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Por conseguinte, para enfrentar a problemática da imputação da responsabilidade penal nos delitos cometidos por meio do domínio da organização, serão analisadas a doutrina internacional (sobretudo alemã) e nacional sobre o tema e, bem assim, uma análise jurisprudencial mais detalhada sobre o julgamento da Ação Penal nº 470, pelo Supremo Tribunal Federal, que acarretou inúmeras discussões e polêmicas acerca do tema.

Esse estudo, portanto, possui fulcral importância no direito penal brasileiro hodiernamente, na medida em que foram verificadas inúmeras discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais e, sobretudo, devido as consequências - muitas delas extremamente negativas - oriundas do julgamento supramencionado.

REFERENCIAL TEÓRICO

O Código Penal brasileiro, no que concerne ao concurso de pessoas, não adotou, expressamente, um critério de autoria e participação. Segundo elucidado por GRECO, et al., (2014), os dispositivos penais brasileiros que regulam o concurso de pessoas – a saber, artigos 29 a 31 do Código Penal -, parecem, no mínimo, ambíguos no que diz respeito à tomada de posição em favor de um conceito extensivo ou restritivo de autoria.

A análise de tais artigos demonstra que estes não são refratários a uma reinterpretação baseada em um modelo restritivo e diferenciador, sendo, alguns deles, mais próprios de um sistema extensivo e unitário. Não obstante, esses artigos permitem uma reinterpretação progressista fundada na ideia de legalidade, de que os tipos não podem ser dissolvidos. (GRECO, et al., 2014)

(...) o sistema de autoria e participação tal como regulado em nosso código penal parte, à primeira vista, de um conceito extensivo de autor e apresenta características de um sistema unitário. A par das insuficiências e do déficit de legitimidade de alguns dispositivos acima apontados, nosso sistema tende a dissolver a distinção entre autor, instigador e cúmplice em um emaranhado de critérios de determinação da pena. Por outro lado, com o apoio de argumentos baseados na interpretação de determinados dispositivos (arts. 31, 121, 122, 129) e com base no princípio da legalidade, é possível partir já *de lege lata* da lei criada de um conceito restritivo de autor e da teoria do domínio do fato (GRECO, et. al., 2014, p. 80).

MARQUES (2012) explana que, com a reforma do código penal ocorrida em 1984, não se pode afirmar que a houve a adoção, pelo legislador da época, do sistema diferenciador, entre coautores e partícipes. Não obstante, a alteração anuncia certo abrandamento no posicionamento anterior, consequência da adoção da *conditio sine qua non*. Dessa forma, a lei não diferenciou concretamente as figuras dos autores e partícipes, mas tal distinção ocorrerá no plano da aplicação da pena.

Segundo BOMBARDELLI (2014), na conclusão de sua pesquisa monográfica, a redação de 1940 do código penal brasileiro dispunha claramente de um conceito de autoria extensivo conjugado a um sistema unitário. A reforma de 1984 originou uma dupla possibilidade de interpretação, ficando a cargo do arbítrio judicial a decisão sobre a adoção de um sistema de autoria unitário ou diferenciador.

Passa-se, então, à análise da tão difundida “teoria do domínio do fato” ou, inicialmente, da utilização doutrinária da expressão “domínio do fato”. De início, mister frisar que é extremamente penoso construir um histórico dogmático, uma vez que, como alertou o próprio Roxin, os pontos de partida dogmáticos que levaram ao desenvolvimento da ideia de domínio do fato são muito diferentes. (ROXIN apud ALFLEN, 2014).

O primeiro a utilizar o termo “domínio do fato” foi Hegler, em 1915, em seu trabalho monográfico sobre os elementos do delito, definindo-o como um conceito básico da sistemática do Direito Penal, embora não com o mesmo sentido dado hodiernamente. Para este autor, o termo designava aquele que, como autor imputável e não coagido, havia sido senhor do fato na sua manifestação concreta; também, o autor imprudente, ou seja, aquele que teria agido com falta de vontade para impedir determinado acontecimento quando tal conduta era esperada.

Pode-se afirmar, portanto, que, para Hegler, este termo se referia a um pressuposto material da culpabilidade, e não a um critério específico para se aferir ou delimitar autoria e participação. (BOMBARDELLI, 2014).

Após Hegler, vários outros autores se utilizaram desse termo, citando-se, a título exemplificativo, Burns, em 1932, Adolf Lobe em 1933, Hellmuth von Weber em 1935 e Eberhard Schmidt, em 1936.

Por conseguinte, em 1939, Hans Welzel utilizou a expressão “domínio do fato” como um dos elementos que delimitariam a autoria final, a qual é verificada analisando-se o injusto com base na conduta humana como realização da vontade. Conforme leciona Welzel, *“não é autor de uma ação dolosa quem somente causa um resultado, mas quem tem o domínio consciente do fato dirigido até o fim. Aqui se eleva o autor, pela característica do domínio finalista do fato, por alto de toda outra participação.”* (WELZEL, 2003).

Assim, como visto, desde o surgimento da expressão em 1915, por Hegler, até 1939, verifica-se que as mesmas expressões foram encontradas em obras de outros autores, porém em nenhuma delas com o mesmo significado que Welzel lhe atribui, o que não deixa de ser interessante, uma vez que demonstra que cada autor construiu sua argumentação de forma independente, embora usando a mesma expressão para representar suas ideias a respeito do tema.

Claus Roxin, jurista alemão, foi o grande responsável por desenvolver a Teoria do Domínio do Fato em sua obra intitulada “Taterschaft und Tatherrschaft”, cuja primeira publicação ocorreu em 1963 na Alemanha, sendo a principal referência sobre o assunto em comento. Foi por meio dessa obra que a temática ganhou importância internacional, tanto na Europa quanto na América Latina, sendo traduzida para o espanhol, posteriormente, com o título “Autoría y Dominio Del Hecho em Derecho Penal”. Ressalte-se que, até o momento, não há tradução desta obra para o português.

Roxin oferece, em sua publicação, um critério diferente de todos os anteriores para diferenciar autoria e participação. Ele não continua ou aprimora a teoria de Welzel, mas, ao contrário, propõe abertamente um rompimento com a linha de pensamento welzeliano.

Roxin ressalta, por um lado, que a singular vagueza e a intangibilidade da concepção welzeliana levaram-no a rechaçar a ideia de domínio final do fato. Aliás, afirma que, no primeiro trabalho desenvolvido sobre a autoria, Welzel introduziu o conceito “de forma absolutamente repentina e sem explicação, como se seu significado fosse compreensível por si mesmo”. Por outro lado, Roxin considera que também 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. (ALFLEN, 2014, p. 105)

GRECO, et al., (2014) aduz que a ideia de domínio do fato proposta por Roxin é uma inovação dogmática, cujo ponto de partida é a ideia de que autor é a figura central do acontecer típico. Assim, tem-se que o conceito de autor é primário, possuindo significado central no injusto típico, sendo as formas de participação (instigação e cumplicidade) causas de extensão da punibilidade, entrando em cena apenas quando o agente não é o autor. O partícipe, portanto, é aquele que contribui para um fato típico em caráter secundário, marginal ao acontecer típico, devido à ausência de algum dos elementos que determinam positivamente a autoria do fato.

O domínio do fato, assim, é uma das modalidades de aferição de autoria, sendo aplicável somente nos delitos de domínio, isto é, basicamente os delitos comuns comissivos dolosos. Destarte, pode-se, desde logo, excluir a ideia de universalidade do critério do domínio do fato. Os delitos de dever, de mão própria e os delitos culposos, por exemplo, utilizam outros critérios para verificação da autoria, que não o domínio do fato. (GRECO, et al., 2014)

De acordo com a concepção roxiniana, o domínio do fato, como expressão da ideia reitora da figura central do acontecer típico, manifesta-se de três formas concretas, quais sejam, o domínio da própria ação (*Handlungsherrschaft*), que acarreta na autoria direta; o domínio funcional do fato (*funktionale Tatherrschaft*), levando à coautoria, e o domínio da vontade de um terceiro (*Willensherrschaft*), acarretando a autoria mediata.

O domínio sobre a própria ação é o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos do tipo, isso é, o autor realiza o núcleo do tipo penal pessoalmente, com vontade livre e consciente, sendo esta, portanto, a maneira mais clara de se dominar o fato.

Importante ressaltar que, aquele que tem o domínio da ação permanecerá autor, ainda que a ação seja realizada a pedido ou a mando de outrem ou mesmo devido a erro de proibição inevitável determinado por um terceiro; será um autor exculpado, mas, ainda assim, autor do fato típico, mesmo que não o único. (GRECO, et. al., 2014)

O domínio funcional do fato, por sua vez, ocorre quando há uma atuação coordenada, uma divisão de tarefas, com pelo menos mais de uma pessoa. Ou seja, quando duas ou mais pessoas, a partir de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuem para a sua realização com um ato relevante de um delito, elas terão o domínio funcional do fato, acarretando na

coautoria de todos os envolvidos e, como consequência jurídica, ocorrendo a imputação recíproca. (GRECO, et. al., 2014)

Assim, a execução pela divisão de trabalhos fundamenta, para Roxin, um domínio em conjunto do fato. Cada coautor *assume uma tarefa que é essencial para a realização do fato planejado e que lhe possibilita, por meio de sua parte no fato, o domínio do acontecimento integral* (ROXIN, apud ALFLEN, 2014). Os requisitos da coautoria, de forma geral, são, portanto, um plano comum e uma contribuição relevante de cada coautor; desses dois requisitos resulta a consequência jurídica da imputação recíproca, que é a nota característica dessa forma de domínio. (GRECO, et. al., 2014)

A outra forma de se dominar o fato se dá pelo domínio da vontade de um terceiro que, por algum motivo, é reduzido a mero instrumento. Em outros termos: é autor, também, aquele que se vale de outrem como instrumento na realização o delito, caracterizando a “autoria mediata”. A vontade desse terceiro encontra-se dominada pelo autor mediato – o homem de trás - e, por tal razão, este deixa de ser mero partícipe instigador ou cúmplice. O domínio da vontade se subdivide em três modalidades: (1) coação exercida sobre o homem da frente; (2) indução do homem da frente em erro; (3) domínio por meio do aparato organizado de poder.

A autoria mediata aparece por meio da coação, atribuindo-se ao agente coator o domínio da vontade pelo princípio da responsabilidade. Segundo Roxin, quando o legislador exime de culpa o executor, entende-se que quer responsabilizar por seus atos o homem de trás, que provoca ou se aproveita da situação.

Ainda, há o domínio da vontade em virtude de erro ou domínio do conhecimento, cuja *ratio* se encontra no fato do homem da frente ter um conhecimento superior, permitindo que controle o executor como se este fosse uma mera marionete.

Por fim, há o domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder, nova categoria de autoria mediata desenvolvida por Roxin, conhecida como “domínio da organização”. É fonte de grandes discussões e, por isso, objeto de constantes manifestações de Roxin. Sua teorização se deu com fulcro em análise de casos concretos, uma vez que Roxin objetivou fundamentar doutrinariamente decisões judiciais já proclamadas e executadas. (BOMBARDELLI, 2014).

A autoria mediata por domínio de aparatos organizados de poder é tema recorrente nas últimas publicações de Roxin, muito em razão da repercussão da teoria, acima apontada. O já mencionado caso Fujimori é o mais recente exemplo das realizações concretas desta teoria. O interessante é que o ensejo imediato, que conduziu Roxin às primeiras formulações da ideia de domínio da organização como forma de autoria mediata, foi igualmente um caso efetivamente ocorrido: o julgamento de Adolf Eichmann. Esta teoria, longe de ser uma abstração de uma mente brilhante, nasceu e cresceu no

campo de batalha de casos concretos bastante delicados. Um dado histórico curioso a respeito da biografia desta teoria é que sua primeira formulação (1963) foi recusada pela *Juristenzeitung* (JZ), prestigiada revista alemã existente até os dias de hoje, por ser “excessivamente política”, sendo aceita, posteriormente, pelo *Goltdammer’s Archiv* (GA)” GRECO e LEITE, 2011, p. 120/121).

Nesta categoria, aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados (GRECO, et al., 2014).

Em outros termos: o domínio do homem de trás não se dá sobre o executor, mas sim sobre o aparato de poder. O executor e o homem de trás possuem formas diferentes de domínio do fato, que não se excluem mutuamente. O domínio da organização possuído pelo homem de trás, ou seja, a possibilidade de uma influência que lhe garante a produção do resultado por ordem do aparato do poder existente, sem que a execução seja feita por suas próprias mãos. (ROXIN, 2009).

Desta feita, temos que os requisitos dessa forma de autoria mediata são: a) emissão de uma ordem a partir de a posição de poder dentro de uma organização verticalmente estruturada, b) que seja dissociada do direito e, bem assim, c) a fungibilidade dos executores. Impende salientar que há um quarto requisito, qual seja, a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato, porém sendo adiado anos depois. Não obstante, esse requisito em nada altera os demais, nem tem como finalidade colmatar eventual lacuna. (BOMBARDELLI, 2014)

Nesse tipo de autoria mediata, é irrelevante a forma como se deu a execução do crime e, bem assim, quem foi o executor. O homem de trás tem a plena confiança que algum dos indivíduos que pertencem a este aparato de poder irá cumprir as determinações criminosas, uma vez que a automatização do aparato fundamenta esse domínio sobre a execução direta do ato, bem como sobre os executores diretos. (AMBOS, 2008). Segundo Roxin “*o atuante imediato é apenas uma roldana substituível dentro das engrenagens do aparato de poder*” (ROXIN, apud GRECO, et al., 2008, p. 324).

Assim, nota-se que a fungibilidade do executor é característica marcante desses aparatos e, também, que o autor imediato responde pela realização do delito, já que não agiu em razão de coação ou erro, mas sim de modo livre.

Dada a grande disponibilidade de meios de tais organizações – que assim se apresentam como “unidades funcionais” com vida própria, independentemente dos concretos indivíduos que a compõem – o executor do crime surge como elemento fungível que, mesmo quando actue sem culpa

dolosa, em nada afecta o verdadeiro domínio da organização do facto pelo homem-de-trás. O “domínio da organização” constitui por conseguinte – suposta a hierarquização rígida da estrutura organizatória, a fungibilidade do agente e a actuação da organização fora do quadro da ordem jurídica – uma forma de vontade que, indiferentemente à atitude subjectivo-psicológica do homem-da-frente, integra um fundamento autónomo da autoria mediata. (DIAS, 2007, p. 788)

MARQUES (2012) assevera que, para se chegar a um conceito de domínio da organização equilibrado, que não seja tão aberto e nem tão solidificado, dogmaticamente, distingue-se duas formas de atuação, quais sejam: os crimes cometidos por aparatos organizados de poder estatais e os crimes cometidos por aparatos de poder não estatais. Na primeira, há a presença de um poder estatal, como os representados pelo poder totalitário, a exemplo dos sistemas nazista e fascista. No segundo, de forma oposta, não há um poder estatal presente, porém os aparatos de poder devem se constituir em verdadeiras organizações criminosas, não podendo se incluir aí as empresas, pois em regra, estas não são entidades voltadas ao crime, possuindo finalidade lícita. Como exemplo, temos grupos terroristas - como a Al-Qaeda - e grupos fortemente organizados presentes em diversas comunidades do Rio de Janeiro e São Paulo – como o Comando Vermelho e o PCC, respectivamente.

As discussões acerca dessa categoria de domínio do fato giram em torno de, principalmente, se esta figura deve ser reconhecida e, mais concretamente, se ela deve ser aplicada também a organizações não dissociadas do direito, ou seja, a empresas. (GRECO, et al., 2014)

MÉTODO

A metodologia da pesquisa enveredou pela leitura detalhada das obras principais arroladas como fontes ao estudo, as chamadas fontes secundárias; e por outro lado, as fontes primárias, prioritariamente a doutrina internacional e brasileira, bem como investigar a jurisprudência acerca da temática.

A pesquisa presente tomou o método dialético como preponderante, pois a observância em analisar internamente as obras foi nosso referencial para o trabalho de compreensão dos textos. E para tanto, a leitura foi organizada de forma sistemática, como exposto acima, subdividindo as leituras em fichas resumo, fichas frases e fichas temáticas – enfocando assim as principais passagens dos autores.

O ponto principal de estudo foi a problemática envolvendo a responsabilização criminal dos superiores hierárquicos que determinam o cometimento de delitos, utilizando-se, para

tanto, de estruturas organizadas de poder, que estão sob seu controle. A teoria do domínio da organização, por seu turno, é uma das teorias utilizadas para elucidação dessa problemática, sendo, portanto, o foco de análise durante as leituras estabelecidas.

Importante salientar que duas obras embasaram com maior relevo esta pesquisa, quais sejam, o resultado da tese de mestrado do Professor Marques¹, e o livro escrito à oito mãos pelos professores alunos de Roxin². A escolha destas obras se deu devido a maior profundidade e clareza ao tratar do assunto.

A obra dos alunos de Roxin tem fulcral importância, na medida em que, por meio dos seis estudos que compõe o livro, explica as linhas mestras da teoria do domínio do fato, buscando desfazer severos mal-entendidos que existem acerca dela e, bem assim, tratando de uma possível compatibilização com o ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, norteia grande parte dos resultados aqui alcançados, de forma bastante clara e profunda, a esclarecendo pilares da teoria do domínio do fato por Roxin, bem como seus desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Pese embora o objetivo principal desta pesquisa seja a análise do domínio da organização, no decorrer do estudo mostrou-se fundamental averiguar, inicialmente, a discussão que permeia a aplicação da teoria do domínio do fato, em todas as suas manifestações de domínio, para fundamentar a responsabilização penal das classes altas (como a classe política) e a cúpula de bancos e agências publicitárias, por crimes cometidos no âmbito das estruturas por eles controladas. Ou seja, se o domínio do fato serviria para responsabilizar o superior hierárquico, cujo comportamento, até então, não se encontra alcançado pelo direito penal.

Em outros termos: a teoria do domínio do fato efetivamente amplia a punibilidade dos superiores hierárquicos em relação à concepção de concursos de pessoas oriundo da leitura tradicional do artigo 29 do CP? No decorrer dessa pesquisa, chegou-se predominantemente a uma conclusão negativa.

¹ MARQUES, Fernando Tadeu. Concurso de Pessoas no Direito Penal Contemporâneo. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2012.

² GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Por meio de uma leitura tradicional do artigo 29 do Código Penal, entendendo-o à luz de um modelo extensivo e unitário de autor, não se tem qualquer dificuldade em responsabilizar o gerente de uma empresa. Ou seja, se o comportamento do gerente – comissivo ou omissivo – for *conditio sine qua non* de resultados típicos, ele terá concorrido para o crime, sendo irrelevante se ele praticou a conduta humana que imediatamente precede o resultado. (GRECO, et al., 2014)

Lado outro, caso seja feita uma reinterpretação dos dispositivos 29 a 31 do CP, à luz do conceito restritivo, que diferencia autor e partícipe, verifica-se as seguintes conclusões à problemática supramencionada. No caso de autoria comissiva imediata, o gerente da empresa somente poderá ser responsabilizado como autor imediato se ele próprio realizar o tipo; dar a ordem para que outro execute não se enquadrará nesse tipo de domínio proposto por Roxin.

No que tange à coautoria (domínio funcional), verifica-se duas formas de responsabilização dos gerentes de empresas. A primeira refere-se às estruturas horizontais, nas quais as decisões são tomadas de forma colegiada (coautoria alternativa). Neste caso, a teoria do domínio da organização tem um alcance de punição maior do que o modelo tradicional, que exige que a contribuição de cada autor, seja, individualmente, *conditio sine qua non* do resultado. Já no caso de estruturas verticais, tem-se que:

o gerente de empresa emite uma ordem, o funcionário a executa – o reconhecimento da coautoria esbarrará, em considerável parte dos casos, na inexistência de um plano comum, devido à ausência de uma decisão conjunta, e de uma contribuição relevante do superior hierárquico na fase de execução. Nos poucos casos em que se conseguirá afirmar a coautoria, como, por exemplo, quando ausente uma longa distância entre emissor e executor da ordem, isso não significará uma extensão da responsabilidade em comparação com a leitura tradicional, uma vez que, nesses casos, o gerente terá causado o resultado (art. 13, caput, CP) e, com isso, concorrido para o crime (art. 29, caput, CP). (GRECO et al, 2014, p. 97/98).

Destarte, chega-se à análise da imputabilidade penal nos delitos cometidos por meio de estruturas organizadas de poder. Já foi explicado, em outro tópico, quais os requisitos necessários para caracterizar o domínio da organização, sendo, nesse momento, realizada uma elucidação acerca da possibilidade de aplica-la às organizações empresariais.

Os defensores da aplicação dessa teoria às empresas, começam, em geral, negando a necessidade de a organização estar dissociada ou desvinculada da ordem jurídica uma vez que, subtraindo-se este requisito, a autoria mediata poderia ser aplicada a toda organização verticalmente estruturada e com executores fungíveis (GRECO, et al., 2014).

Não obstante, é imperioso ressaltar que Roxin, desde sua primeira até a última manifestação insiste na imprescindibilidade desse critério, ou seja, apenas organizações de natureza criminosa – e, portanto, apartadas da ordem jurídica -, como máfias, grupos

terroristas ou ditaduras, são capazes de conferir ao superior que emite ordens o domínio sobre a atuação concreta e responsável dos executores destas ordens. (GRECO, et al., 2014).

No caso de empresas, caso o superior emita ordens ilegais e, não havendo outro fundamento para a autoria mediata, como a coação ou o erro, haverá, em regra, apenas instigação. Nesta situação não se age com o aparato, mas sim contra o aparato. Nestas organizações não é de se esperar que, em havendo uma ordem ilegal emitida por um superior, estas sejam automaticamente cumpridas por terceiros que não estejam em erro ou coação. Se assim o fosse, estar-se-ia partindo da presunção de que sociedades empresárias são organizações criminosas.

A ideia do domínio da organização causou grande impacto na doutrina e na jurisprudência. Schunemann considera, inclusive, o receito de Roxin de que, com o espetacular sucesso jurisprudencial da ideia de domínio da organização, essa categoria seja vítima de manipulações teóricas, a razão maior pela qual o autor insiste em se manifestar a esse respeito. (GRECO et al, 2014, p. 30, grifos nossos)

Portanto, verifica-se que o fundamento desta autoria mediata por domínio da organização não encontra sua fundamentação em um cru poder de mando, mas sim no funcionamento clandestino, na estruturação totalmente desvinculada da ordem jurídica.

Roxin desenvolveu o conceito de domínio da organização visando alcançar as constelações em que os crimes são cometidos em Estados Totalitários. Não obstante, na primeira vez que o Bundesgerichtshof³ aplicou essa teoria, afirmou que seria aplicável a organizações empresariais.⁴ Tal decisão apenas anunciou, porém não fundamentou tal extensão da aplicabilidade da teoria às estruturas empresariais, e ocasionou intenso debate na doutrina. Não obstante, tal inovação jurisprudencial foi mais rejeitada do que aceita. (GRECO, et al., 2014)

A vantagem dessa construção se dá na medida em que seria possível responsabilizar os gerentes das empresas e os funcionários como autores, sem, no entanto, incorrer nas objeções existentes para considerá-los coautores. E isso ocorre, pois, para caracterizar a autoria mediata, não é necessário a existência do plano comum e contribuição relevante (na

³Tribunal Federal de Justiça Alemão. É a mais alta corte do sistema de jurisdição ordinária (Ordentliche Gerichtsbarkeit) na Alemanha. É o Supremo Tribunal Federal (tribunal de última instância) em todas as matérias de direito penal e privadas. A decisão proferida pelo BGH só pode ser revertida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em casos raros, quando a compatibilidade das regras do Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade (com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha).

⁴BGHSt 40, p. 237. Decisão de 1994, onde foi julgado o caso dos atiradores do muro de Berlim. O Tribunal considerou autores não apenas os soldados que efetivamente atiraram nas pessoas que tentaram passar da Alemanha Oriental para a Alemanha Ocidental, mas também os superiores hierárquicos que deram a ordem para que os soldados atirassem nessas situações, utilizando, para tanto, a construção dos aparatos organizados de poder.

fase executória). Ainda, a verticalidade que caracteriza as estruturas empresariais, que dificultam a afirmação de coautoria, é uma aliada à autoria mediada, pois quanto maior a distância entre as duas pontas, mais fungível passa a ser o executor e, portanto, o domínio do superior hierárquico sobre o fato passa a ser maior.

Não obstante, repise-se que os requisitos da teoria do domínio da organização, tal como previstos originalmente por Roxin, não se fazem presentes quando um superior hierárquico, no âmbito de uma estrutura empresarial, emite uma ordem ilícita cumprida por um funcionário.

Neste afã, para que seja possível aplicar tal teoria às empresas, a dissociação do direito deve, necessariamente, ser descartada, na medida em que serão analisadas organizações lícitas, e não máfias ou organizações criminosas ou terroristas. A verticalidade da estrutura é um requisito que deve ser mantido, tendo em vista ser característico, também, de uma organização empresarial. Entretanto, é mais complexa a discussão acerca da fungibilidade do executor, visto que tal característica está intimamente relacionada com a desvinculação da ordem jurídica.

No modelo original de Roxin, a dissociação do direito decorre da exigência de fungibilidade; apenas em uma organização que está completamente alheia aos comandos da ordem jurídica existiria a pronta substituição de cada executor (ROXIN, apud GRECO et al, 2014, p. 103)

Surge, então, o questionamento sobre a existência da fungibilidade dos executores em uma organização não dissociada do direito, acarretando, em resposta, duas possibilidades. Há autores que defendem que sim, como o criminalista alemão Roland Hefendehl, segundo o qual a fungibilidade dos agentes é uma das características das organizações empresariais contemporâneas, e que os agentes não seriam substituíveis apenas em empresas muito pequenas ou especializadas. (GRECO, et al., 2014)

No entanto, a fungibilidade, nesse contexto defendido por Hefendehl, vale apenas para ordens lícitas. No caso de ordens ilícitas, o criminalista alemão estende a fungibilidade baseado em argumentos definidos por ele como criminológicos e, segundo pesquisas realizadas na década de 70, há um fenômeno “denominado técnicas de neutralização” segundo o qual pessoas que pertencem a determinados contextos tentem a adotar as normas e valores vigentes neste. (GRECO, et al., 2014)

A conclusão a que se chega, sem adentrar ao mérito da tese criminológica, é a de que a fundamentação de Hefendehl esbarra no seguinte problema: ou o contexto em que os funcionários estão inseridos é muito propenso a prática de delitos, de maneira que a organização empresarial teria que ser considerada dissociada do direito; ou o contexto seria

apenas levemente inclinado a prática de delitos, de modo que a maior propensão dos funcionários a cumprir ordens ilícitas não atingiria o nível necessário para que a execução do delito pudesse ser considerada automática (GRECO, et al., 2014).

Lado outro, há autores que questionam o elemento da fungibilidade em si. A maioria que o fez questionam toda a construção da autoria mediata por meio do domínio da organização, e não apenas este elemento. A exceção citada fica por conta de Ransiek, que nega a fungibilidade, porém aceita a utilização do domínio da organização aplicado às empresas, argumento ser decisivo que o interior hierárquico executo o comando por pertencer a organização e no interesse desta. (GRECO, et al., 2014).

Tais considerações aproximam-se da fundamentação utilizada para embasar uma posição de garantidor dos gerentes de empresa, não atribuindo nenhum elemento capaz de substituir a fungibilidade no sentido de demonstrar a existência do domínio da organização por parte do superior hierárquico. Assim, sem o elemento da fungibilidade, parecer ser impossível fundamentar a existência de um autor por trás de outro autor.

Após todo o exposto, interessantes conclusões são extraídas da obra dos estudos de GRECO, et al., 2014, que norteou a discussão dessa problemática.

É estranho, assim, que se recorra justamente ao domínio da organização para alegar que, com essa figura, finalmente será possível alcançar o homem de trás. Esse homem de trás sempre foi alcançado pela interpretação tradicional do art. 29, caput, CP. (GRECO, et. al, 2014, p. 106)

No geral, assim, o uso da teoria do domínio do fato não torna o gerente responsável por nada que a concepção tradicional não o pudesse responsabilizar. A tendência, assim, do novo modelo, que é restritivo e diferenciador, não é ampliar, e sim restringir a punibilidade. (GRECO, et. al, 2014, p. 108).

Na análise jurisprudencial realizada, quando da aplicação da teoria do domínio do fato em casos concretos, os resultados não foram muito positivos. Segundo assevera ALFLEN (2014), a ausência de um referencial teórico-dogmático a evidenciar, sobretudo, as nítidas diferenciações entre as teorias de Welzel e Roxin, 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, inegavelmente, dificulta a controlabilidade dos atos jurisdicionais. (ALFLEN, 2014, p. 277)

O julgamento da Ação Penal nº 470, pelo Supremo Tribunal Federal (o caso “mensalão”), portanto, não destoou desta confusa *práxis* brasileira. Será feita uma análise

desse caso específico, devido à sua relevância, complexidade, e repercussão, tanto nacional quanto estrangeira. Devido a extensão da decisão, não há espaço, aqui, para descrever os votos dos Ministros do Supremo, no que tange à teoria do domínio do fato. Serão, no entanto, analisadas e discutidas as conclusões dos doutrinadores que embasaram este estudo.

GRECO, et. al., (2014) elucida que, da análise das 8.000 páginas da decisão desse caso, é difícil, quando não impossível, enunciar a posição do STF sobre a teoria do domínio do fato. Isso acarreta como consequência ser impossível aos tribunais e juízes recorrerem à posição do Supremo como espécie de desincumbência argumentativa quando da fundamentação de suas decisões, na medida em que não há uma posição unitária. O que é, na realidade, são manifestações esparsas de alguns Ministros sobre a teoria.

ALFLEN (2014) assevera que, no afã de proceder à delimitação da autoria dos acusados, o STF utilizou de uma anomalia, a qual intitulou de teoria do domínio do fato. Ainda, afirma que ficou claro na decisão do Supremo, que a “teoria” foi utilizada como simples retórica para fins de atribuição de responsabilidade, em flagrante violação ao art. 93, IX da Constituição Federal.

Outro aspecto relevante é o de que, a maior confusão observada na decisão da AP 470 parecer ter sido entre gênero e espécie, isto é, entre a teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização. Uma das explicações para a utilização da teoria do domínio da organização (confundida com a teoria do domínio do fato) é a tentativa de transformar em autores (mediatos) de delitos praticados no interior de estruturas organizacionais, aqueles que não cometeram os fatos com as próprias mãos, mas por meio de outrem ou, ainda, aqueles que tinham conhecimento dos fatos e deveriam, por isso, evitá-los (GRECO, et. al., 2014).

Ocorre que essa tentativa, além de demandar um esforço argumentativo ausente na decisão, só é compreensível a partir de um sistema diferenciador de autoria e participação. Afinal, se é correto dizer que a teoria do domínio da organização agrava a responsabilidade penal, é incorreto – o velho equívoco – afirmar que, com ela, se transforma, em bom português, absolvição em condenação. Sem a teoria do domínio da organização, e em um sistema que diferencia autor e partícipe, os homens de trás seriam instigadores dos delitos, ou seja, também seriam puníveis. O efeito jurídico da adoção da teoria do domínio da organização é transformar esses instigadores em autores mediatos. (...) Em breve resumo, a adoção da teoria do domínio da organização apenas transforma cúmplices e instigadores em autores mediatos e, além disso, não significa uma transferência de responsabilidade de baixo para cima, na medida em que os autores imediatos permanecem sendo autores (imediatos), e como tal devem ser apenados. Num sistema que contém um art. 29, caput, CP, bastaria provar uma ação ou omissão causal no sentido amplo da *conditio sine qua non* (art. 13, caput, CP) (GRECO, et al., 2014, p. 142/143).

A conclusão de GRECO, et. al., (2014) sobre a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato, por alguns ministros do STF, não foi a necessidade de distinguir entre

autor e partícipe no direito penal, mas a necessidade de fundamentar a responsabilidade daqueles que ocupam posição de comando, criando uma espécie de autor por domínio da posição, que não tem qualquer relação com a teoria do domínio do fato.

Ademais, merece destaque a enunciação de ALFLEN (2014), no sentido de 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 jurídico brasileiro. Segundo o autor, nosso Código Penal adotou o sistema unitário formal de autor e, tendo em vista o desenvolvimento da teoria do domínio do fato ao plano brasileiro, são absolutamente incompatíveis. De forma diversa parece ser a opinião de GRECO, et. al (2014) nesse aspecto, ao afirmar que com o *apoio de argumentos adicionais baseados na interpretação de dispositivos (arts. 31, 121, 122, 129) e com base no princípio da legalidade, é possível partir daí de lege data de um conceito restritivo de autor e da teoria do domínio do fato (p. 80).*

Pelo exposto, verifica-se que a teoria do domínio do fato, da forma como foi originalmente concebida na ciência jurídica, não tem relação com a decisão da AP 470, que mais parece ter aplicado uma “teoria do domínio da posição”. E, conforme elucida ALFLEN (2014), a teoria utilizada pelo STF é uma anomalia resultante da conjugação dos critérios desenvolvidos por Welzel e Roxin, conduzindo a uma absoluta contradição. Ainda, 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 refletiu em uma decisão absolutamente incorreta.

A AP 470 deve ser, assim, não o precedente a fazer escola sobre autoria e participação no direito penal, mas o ensejo fundamental para a discussão desse tema. O que deve permanecer vinculante é a força e a correção dos argumentos, e não a graduação do tribunal que proclama a decisão. A AP 470 não deve ser o fim, mas o começo do debate. (GRECO, et al., 2014, p. 167).

CONCLUSÃO

O objetivo principal deste estudo foi verificar em que medida se dá a responsabilização criminal dos superiores hierárquicos que determinam o cometimento de delitos, utilizando-se, para tanto, de estruturas organizadas de poder, que estão sob seu controle, por meio da denominada “teoria do domínio da organização”.

Ao analisar a teoria do domínio do fato, concluiu-se que sua função dogmática é distinguir autor e partícipe e não ser um argumento favorável à uma imputação penal que não ocorreria de outra forma. É um critério de autoria que se enquadra em sistema diferenciador conjugado a um conceito restritivo de autoria. Há discussões sobre a possibilidade de se

aplicar essa teoria no ordenamento penal brasileiro, tendo em vista que o Código Penal não adotou, expressamente, um sistema de autoria unitário ou diferenciador, estando muito mais inclinado a ser um sistema unitário, que não distingue entre autor e partícipe.

As concepções de domínio do fato em Welzel e Roxin são fundadas, respectivamente, no finalismo e no funcionalismo. Roxin pretendeu superar a concepção de Welzel, refutando o domínio final do fato. Caso se faça uma conjugação dessas duas teorias, como parece ter sido o caso do julgamento da AP 470 pelo STF, pode-se ter uma teoria doutrinária com poder de ampliar sobremaneira a delimitação de autoria, o que se mostra muito temerário.

Ademais, conforme bem concluiu BOMBARDELLI (2014), em seu trabalho monográfico que teve como escopo uma análise profunda da recepção do domínio do fato pela doutrina brasileira, a literatura nacional acaba por acarretar uma profunda insegurança, na medida em que, *“ao recepcionar e transmitir o domínio do fato de Welzel e de Roxin, não distingue com clareza ambas as concepções, confunde-as com um critério subjetivo ou até mesmo mistura-a com o critério de domínio do fato de outros autores, como se tudo se tratasse de uma coisa só.”* (BOMBARDELLI, 2014, p. 124).

Por fim, concluiu-se que a teoria do domínio do fato desdobra-se em domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade. Neste último, tem-se o domínio da organização, ou seja, claramente é uma espécie da teoria do domínio do fato, não sendo sinônima desta. Para sua aplicação, tem-se critérios que necessariamente deverão estar presentes, não possibilitando, portanto, que seja aplicada a organização que não estejam dissociadas do direito, como é o caso das organizações empresariais.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF*. In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 6/2014. Disponível em [www.zis-online.com]. Acesso em 26/04/2016.

_____. *O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas*. In: Direito em revista, vol. 3, n.º 1, 2006.

_____. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Teoria do domínio do fato: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras*. In: Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS – vol. 1, n.º 1, 2013.

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional*. Tradução: Carlos Eduardo Adriano Japiassú; Daniel Andrés Raizman. São Paulo: RT, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Trato de Direito Penal. Parte Geral I*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. *Domínio do fato em Welzel e em Roxin: critérios de conceito restritivo de autoria*. Porto Alegre, 2014. Disponível em: [http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/111796]. Acesso em 22/03/2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais a doutrina geral do crime*. São Paulo: Coimbra Editora, 2007.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Claus Roxin, 80 anos*. In: Revista Liberdades nº 7 – maio-agosto de 2011 – ISSN 2175-5280.

MARQUES, Fernando Tadeu. *Concurso de Pessoas no Direito Penal Contemporâneo*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2012.

ROXIN, Claus. *Autoría y Domínio Del hecho em Derecho Penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1998.

_____. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 323-342. Título original: *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*.

_____. *Autoría y do//minio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2000. Título original: *Täterschaft und Tatherrschaft*.

_____. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. In: Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal. Ed. Panóptica. Número 17/nov/2009. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Disponível em [panoptica.org/novfev2009pdf/04_2009_2_nov_fev_69_94pp.pdf]. Acesso em 22/03/2016.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

CONTATO: laishpgm@yahoo.com.br e fernandotmarques@hotmail.com