

# **O DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO COMO FORMA INDEPENDENTE DE AUTORIA MEDIATA À LUZ DO REFERENCIAL TEÓRICO DE CLAUS ROXIN<sup>1</sup>**

## *THE ORGANIZATION'S DOMINION AS A MEDIATE INDEPENDENT AUTHORSHIP IN THE LIGHT OF CLAUS ROXIN'S THEORY*

**Fábio Fleck Borba<sup>2</sup> e Fábio Freitas Dias<sup>3</sup>**

### **RESUMO**

Com o presente artigo, pretende-se estudar, a partir do referencial teórico traçado pelo penalista alemão Claus Roxin, a teoria do domínio do fato, dando especial atenção ao domínio da vontade, por meio de aparatos organizados de poder, como forma independente de autoria mediata, categoria jurídico-penal criada pelo referido penalista no ano de 1963 e, posteriormente, parcialmente reconhecida pela doutrina e jurisprudência alemã, ganhando relevo no âmbito internacional. O estudo busca, num primeiro momento, identificar os elementos indispensáveis da teoria para, posteriormente, demonstrar como, em um caso penal julgado por tribunal brasileiro, a teoria do domínio do fato recebeu aplicação desvinculada dos preceitos originais do referencial teórico Roxiniano, perspectiva que, fatalmente, conduziu a um resultado diverso do qual conduziria a teoria se aplicada em sua originalidade.

**Palavras-chave:** aparatos organizados de poder, fungibilidade do executor direto, teoria do domínio do fato.

### **ABSTRACT**

*This paper aims to study the theory of 'Dominion of the Fact' in the light of the theoretical framework proposed by the German jurist Claus Roxin. This theory gives special attention to the volition dominion through an organized apparatus of power as a mediate independent authorship, which is a legal and criminal category created by Claus Roxin in 1963 and, subsequently, recognized by the German doctrine and jurisprudence. Therefore, the study aims first to identify the essential elements of the theory of 'Dominion of the Fact' and second, to demonstrate how its original principles, as proposed by Roxin, were deviated in a criminal case tried by a Brazilian court, which inevitably led to a different result from the one that was expected if the theory were applied in its original terms.*

**Keywords:** organized apparatus of power, direct executor's fungibility, 'Dominion of the Fact' theory.

---

<sup>1</sup> Trabalho Final de Graduação - TFG

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito - Centro Universitário Franciscano. E-mail: fabiofborba@gmail.com

<sup>3</sup> Orientador. Docente do Curso de Direito - Centro Universitário Franciscano. E-mail: fabiofd33@yahoo.com.br

## INTRODUÇÃO

O estudo da teoria Roxiniana do domínio do fato traz valiosa contribuição para a compreensão e sistematização das diversas formas de cometimento de delitos em que estejam envolvidas uma ou mais pessoas, delimitando, em especial, o contexto do domínio da vontade por meio de *aparatos organizados de poder* ou, simplesmente, *domínio por organização*. Tal categoria foi originalmente desenvolvida pelo penalista alemão como forma independente de autoria mediata, ao lado do domínio da vontade por *erro* e por *coação*, porém, com a peculiaridade de que, no domínio por organização, o executor direto é considerado plenamente responsável.

A identificação dos pressupostos fundamentais da teoria do domínio do fato possui destacada importância, visto que, tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira, entendem que a legislação penal pátria comporta a sua adoção e aplicação judicial. Ademais, não se pode olvidar que a importação e a aplicação da teoria podem ser consideradas recentes no Brasil e o material produzido pela doutrina brasileira sobre o tema, se comparado aos estudos feitos pela doutrina alemã, espanhola e de alguns países latino-americanos, é incipiente. Se, por um lado, esse contexto torna difícil a pesquisa bibliográfica, por outro, faz com que ela seja ainda mais interessante, instigadora e inovadora.

Inobstante, é preciso advertir que não se pode recepcionar e exigir uma *aplicação automática* da categoria do domínio da organização como forma independente de autoria mediata sem a comprovação segura da existência, no caso concreto, dos seus pressupostos fundamentais. Efetuar uma descrição minimamente segura e inteligível de quais são os pressupostos é o que se objetiva no presente trabalho.

## A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO (DESENVOLVIDA POR CLAUS ROXIN)

A perspectiva histórica de surgimento da teoria roxiniana do domínio do fato remonta ao ano de 1963. Contudo, sobre o ponto, é preciso lembrar a advertência que fazem Luís Greco e Alaor Leite (2013):

Refazer o percurso da chamada teoria do domínio do fato, cujas linhas mestras foram traçadas na já mencionada tese de habilitação de Roxin sobre *Autoria e domínio do fato*, publicada originalmente em 1963 e que foi republicada em 8. ed. em 2006 [...] exigiria mais do que um artigo que pretende uma mera introdução descritiva ao problema. É tarefa árdua a de avaliar com exatidão a importância da obra, sua riqueza de ideias e a dimensão de sua influência na doutrina e na jurisprudência, tanto alemã, como estrangeira. (GRECO; LEITE, 2013, p. 62).

Inobstante a inexatidão das informações e da divergência existente entre as opiniões no que concerne ao exato momento histórico do seu surgimento, é possível dizer que foi Roxin, aproveitando estudos anteriormente realizados pela doutrina penal alemã no início do século XX, quem concedeu à teoria do domínio do fato seus contornos finais.

A teoria do domínio do fato, aqui estudada, surgiu com o intuito de fazer uma diferenciação entre autoria e participação no direito penal, baseada, conforme Roxin (1998, p. 61), “no ‘domínio’ como critério de decisão”, sendo, portanto, uma teoria diferenciadora que parte de um conceito restritivo de autor, no qual somente pode ser considerado autor a figura central do acontecer típico. Nas palavras de Luís Greco e Alaor Leite (2013, p. 73), a “função dogmática da teoria do domínio do fato é *distinguir entre autor e partícipe* e não oferecer um argumento em favor de uma punição que não ocorreria de outra forma”.

Realizar a distinção entre as figuras de autor e partícipe foi a tendência seguida, por exemplo, pelo legislador penal alemão e esquecida pelo legislador penal brasileiro, que preferiu adotar um conceito extensivo e unitário de autor, sem distinguir, conforme Luís Greco e Alaor Leite (2013, p. 61), “no plano do injusto, entre autores e partícipes, mas que declara autor todo aquele que, de qualquer forma, concorre para o crime.”

Contudo, sobre a escolha do legislador penal brasileiro, é importante observar a ressalva feita por Juarez Cirino dos Santos (2010):

A lei penal brasileira adota, a princípio, a teoria *unitária* de autor, mas a introdução legal de critérios de distinção entre *autor* e *partícipe* transforma, na prática judicial, o paradigma *monístico* da teoria unitária em paradigma *diferenciador*, admitindo o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, como, por exemplo, a teoria do *domínio do fato*, cujos postulados são inteiramente compatíveis com a disciplina legal de autoria e participação no Código Penal [...] (SANTOS, 2010, p. 247).

No que concerne ao aspecto da intervenção de várias pessoas no cometimento de um fato típico, chamado por parte da doutrina de concurso de agentes ou concurso de pessoas, assevera Francisco Muñoz Conde (2002):

Para resolver el problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito, tradicionalmente la Dogmática jurídico-penal distingue entre *autoría* y *participación*. La distinción entre una y otra categoría se lleva a cabo utilizando distintos criterios, entre los que predomina, por lo menos en lo que se refiere a los *delitos dolosos comisivos*, la teoría del dominio del hecho, según la cual autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. El partícipe, en cambio, *essólo*, como su propio nombre indica, alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende la voluntad de otra persona que es el verdadero autor. (MUÑOZ CONDE, 2002, p. 59).

Muito embora se preste a teoria do domínio do fato, primordialmente, a fazer uma distinção entre autoria e participação no contexto do cometimento de um delito, não se pode confundir com a *teoria subjetiva*, que também realiza esta distinção, todavia, partindo de critérios baseados em fenômenos psíquicos relacionados à vontade/ânimo de autor ou à vontade/ânimo de partícipe, critérios estes que, como afirma Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 346) “não são determináveis diretamente e, portanto, são imprecisos.”

Dentro da concepção Roxiniana da teoria, há três maneiras de dominar o fato típico, quais sejam: *domínio do fato pelo domínio da ação; domínio do fato pelo domínio da vontade e domínio funcional do fato*. Essas três maneiras de dominar o acontecer típico, fundam, respectivamente, as categorias da autoria direta/imediata, da autoria indireta/mediata e da coautoria.

O domínio do fato típico pelo *domínio da vontade*, em específico, também pode acontecer de três formas diversas: *domínio da vontade por erro, domínio da vontade por coação e domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder*. Todas essas formas consubstanciam hipóteses de autoria mediata. Contudo, é apenas no âmbito dos aparatos organizados de poder, objeto deste estudo, que se identifica o autor imediato ou executor direto como sujeito plenamente responsável, o qual atua com capacidade de responsabilidade. Esta é a principal diferença existente entre as hipóteses do domínio da vontade em virtude do controle de um aparato organizado de poder e do domínio da vontade por erro ou coação, pois, nessas últimas duas hipóteses, o autor imediato ou executor direto age, juridicamente, sem responsabilidade ou com a responsabilidade diminuída.

## **O DOMÍNIO DA VONTADE EM VIRTUDE DO DOMÍNIO DE UM APARATO ORGANIZADO DE PODER COMO FORMA INDEPENDENTE DE AUTORIA MEDIATA (*DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO*)**

O desenvolvimento teórico de uma terceira forma de autoria mediata feita por Roxin, consistente no domínio da vontade em virtude do domínio de um aparato organizado de poder suscitou, e ainda suscita, enorme discussão na doutrina em geral. Além disso, há opositores que, inclusive, rechaçam a viabilidade do reconhecimento da categoria e outros que combatem sua aplicação por entenderem inadequados alguns de seus pressupostos originais, reconhecendo-a com ressalvas. Na opinião de Luís Greco e Alaor Leite:

A figura do domínio da organização originou uma das mais intensas discussões da atualidade, em que se debate, principalmente, se a figura sequer deve ser reconhecida e, num plano mais concreto, se ela deve ser aplicada também a organizações não dissociadas do direito, isto é, a empresas. O principal argumento dos críticos da teoria é o chamado princípio da autor-responsabilidade, segundo o qual seria inadmissível um autor por trás de outro autor plenamente responsável. (GRECO; LEITE, 2013, p. 65).

Para que se possa ter uma dimensão mais exata, a figura do domínio por organização como forma independente de autoria mediata é inadmitida na doutrina alemã, dentre outros, por Jescheck:

A figura jurídica da autoria mediata não pode ser utilizada sem limites, a possibilidade de autoria mediata termina, em primeiro lugar, aonde o instrumento é, em si mesmo, um autor plenamente responsável. (JESCHECK, 1981, p. 920).

O desenvolvimento da figura jurídica do domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder ou simplesmente o domínio por organização se baseia:

[...] na tese de que em uma organização delitiva os homens de trás, que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis. (ROXIN, 2009, p. 69).

O principal argumento que invocam os opositores da figura do domínio da vontade pelo domínio da organização como forma independente de autoria mediata é o de que não é possível conceber que exista um autor por trás de outro autor plenamente responsável, advogando que, nesses casos, estaria presente uma hipótese de coautoria. Segundo Roxin:

A solução da coautoria que JAKOBS propugna, descansa em uma consideração mais normativa do domínio do fato. O entende como responsabilidade jurídica, não como domínio real. Para ele, a autoria mediata pressupõe que quem atua diretamente, haja de acordo com o Direito, a saber, que juridicamente não se a responsável ou não completamente responsável. Pois se era completamente responsável, então, segundo este entendimento, não poderia ser um instrumento. (ROXIN, 1998, p. 63).

Partindo de um conceito material de domínio do fato, Roxin (1998) rechaça a hipótese da existência de coautoria lançando mão do argumento segundo o qual, em estruturas organizadas de poder, não há uma decisão comum para o cometimento do fato típico ou de um acordo de vontades celebrado entre coautores, mas apenas o cumprimento de uma ordem que é transmitida por um agente que se serve, conforme Luís Greco e Alaor Leite (2013, p. 65) “de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica [...] cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens”.

Com efeito, arranca do pressuposto de que na coautoria há de existir, necessariamente, uma estrutura de caráter horizontal e uma decisão comum para o fato, onde os coautores, geralmente, conhecem um ao outro, engendrando uma “cooperação baseada na divisão de trabalho através da participação ajustada ao fato” (ROXIN, 2009, p. 72). Por seu turno, no âmbito de um aparato organizado de poder, no qual vigora uma estrutura vertical, as ordens são dadas *de cima para baixo*. Nada obstante, o emissor da ordem e o executor, devido à sua fungibilidade, podem não se conhecer e estarem situados em um mesmo nível hierárquico. Nesse contexto, vale lembrar que a fungibilidade do executor imediato também é um pressuposto indispensável do domínio por organização.

Por derradeiro, contra a hipótese de coautoria, afirma Kai Ambos (2006, p. 60) que “o afastamento do fato e o desconhecimento do homem de trás a respeito do decurso concreto do fato e da execução do fato excluem a realização conjunta com base na divisão do trabalho.”

Roxin descarta também a possibilidade defendida por alguns doutrinadores de que no âmbito dos aparatos organizados de poder ocorreria uma instigação do homem de trás que está no comando da organização. Segundo o autor:

Um instigador não está no centro da decisão. Ele desperta a tomada de decisão, mas deve abandonar o desenvolvimento posterior do acontecimento ao instigado, o qual tem o domínio do fato determinante do acontecimento. No domínio por organização ocorre justamente o contrário: o homem de trás, que detém a alavanca do poder, decide sobre o se do fato, enquanto que o executor direto produz, em geral, de forma ocasional a situação concreta de atuação. Ele não pode mudar mais nada de essencial no curso do acontecimento traçado pelo aparato, senão quando muito modificá-lo. Mesmo uma recusa à ordem, em regra, não serviria em nada para a vítima, porque as condições organizatórias-macro geralmente asseguram a execução de uma ordem também para este caso. (ROXIN, 2009, p. 73).

Acrescente-se que, na instigação, o instigador não possui a mesma segurança do resultado que possui o homem de trás em um aparato organizado de poder, pois a organização funciona verdadeiramente com uma estrutura concebida para pôr em prática o cometimento de injustos penais.

Com efeito, é viável dizer que na instigação o acontecimento do fato típico depende da vontade do executor direto, todavia, no domínio por organização, a vontade do executor direito não tem o condão de evitar que o resultado criminoso se efetive, na medida em que, devido à sua fungibilidade, outro executor direto poderá fazer cumprir a ordem. Dito de outro modo, o executor direto poderia somente recusar-se a cumprir a ordem criminosa, contudo, isto não impediria o curso causal que já foi deflagrado pela ordem. O cumprimento da ordem, conforme leciona Roxin (2009, p. 82), “é assegurado em grande parte justamente pelo fato de que muitos potenciais executores se encontram à disposição, de modo que a recusa ou a perda do indivíduo não pode impedir a realização do tipo”. Dessa forma, considera que, quando se põe a capacidade de domínio existente no aparato de poder ao mesmo nível da influência que existe na instigação, provoca-se uma simplificação normativa que ignora as flagrantes diferenças materiais.

Reconhecida a figura do domínio da vontade pelo domínio de um aparato organizado de poder como forma independente de autoria mediata, e não de coautoria ou instigação pelo homem de trás, também chamado de autor de escritório, é necessário discorrer sobre os pressupostos fundamentais ou, como prefere Roxin (2009, p. 80), “fatores sobre os quais se pode atribuir o domínio do fato ao homem de trás”.

## **PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS DO DOMÍNIO POR ORGANIZAÇÃO**

O domínio da vontade pelo domínio de um aparato organizado de poder assenta-se em quatro pressupostos fundamentais: o poder de mando dentro da organização; a desvinculação do direito pelo aparato de poder; a fungibilidade do executor direto e, por fim, um pressuposto

acrescentado posteriormente, que é a disposição essencialmente elevada dos executores diretos ao cometimento do fato.

O desenvolvimento desses pressupostos emprestou à teoria maior solidez e conduz à solução segundo a qual, no âmbito de crimes cometidos por meio de aparatos organizados de poder, necessariamente desvinculados do direito, o *homem de trás* ou *autor de escritório*, que emite ordens para o cometimento de fatos típicos, deve ser punido como autor mediato quando o executor direto for punido como autor, mesmo que este último seja plenamente responsável. A constatação da existência de todos os pressupostos fundamentais da teoria é condição de possibilidade para que ela possa ser aplicada corretamente.

## O PODER DE MANDO OU DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

Tal pressuposto consiste na existência de um agente que, ocupando uma posição central, está conectado a uma organização estruturada, deflagrando ordens para o cometimento de ações típicas. Contudo, a figura central, ou seja, o homem de trás, não executa tais ações de própria mão. Sobre o pressuposto do poder de mando, Roxin indica que:

Autor mediato somente poder ser quem tem um poder de mando dentro de uma organização conduzida rigorosamente e o exerce para produzir realizações típicas. O comandante de um campo de concentração nazista era, portanto, autor mediato dos assassinatos ordenados por ele, mesmo quando ele próprio agia com base em uma instrução superior. Por isso muitos autores mediatos podem estar um atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia de mando. (ROXIN, 2009, p. 81).

Diferentemente do que acontece na instigação ou nas formas de autoria mediata por erro ou coação, em que a obtenção do resultado típico depende da vontade do executor direto, no domínio por organização:

El sujeto de atrás no se subordina al sujeto ejecutor. Tanto en estructuras organizadas de poder estatales como paraestatales, la gravedad de los hechos punibles cuya ejecución ordenan los hombres de atrás, hace que no pierdan el control de la ejecución, no lo dejan al arbitrio del instrumento, y en esa medida permanentemente dominan la voluntad de éste a quien sólo dejan el dominio de su acción, pero no del suceso globalmente considerado. La actuación del hombre de atrás no termina con la emisión de la orden, su dominio persiste dado el en gran aje de la organización a la que pertenece y domina. Esto conlleva a conservar un dominio de la voluntad del instrumento, el que, siendo portador del dominio de la acción, sólo es una herramienta más en los propósitos de aquél. (LARA GONZÁLEZ, 2008, p. 73).

Quanto ao pressuposto do poder de mando, em geral, não há maiores discussões a serem travadas. Contudo, para a comprovação da existência efetiva desse poder dentro da organização é necessário descer às minúcias do caso concreto que estiver sobre análise.

## A DESVINCULAÇÃO DO DIREITO PELO APARATO DE PODER

Aqui reside um ponto fundamental da teoria formulada por Roxin, que suscita grande discussão doutrinária e tem implicações diretas em seu uso e aplicação. A desvinculação do direito pelo aparato de poder indica que a organização deve ser constituída, desde o início, à margem do direito.

Em tal ponto se embasa o argumento que exclui a aplicação da teoria do domínio do fato pelo domínio da organização ao âmbito de empresas econômicas que, em regra, são constituídas segundo o ordenamento jurídico e visam obter resultados permitidos. Esse pressuposto fundamental, em específico, talvez por uma leitura equivocada e superficial da referida teoria, tem sido ignorado pelos juízes e tribunais brasileiros, os quais não raras vezes aplicam o domínio da organização aos crimes cometidos por dirigentes ou sócios-proprietários de empresas econômicas.

É necessário observar que os aparatos organizados de poder se dividem em aparatos estatais (organizações constituídas dentro ou em parte do Estado com o objetivo de atingir fins antijurídicos) ou não estatais (organizações criminosas terroristas, máfia italiana e os cartéis de drogas colombianos). Porém, a finalidade de praticar ações e obter resultados contrários ao ordenamento jurídico estatal e às normas do direito penal positivo é comum nas duas espécies.

Ressalte-se que, originariamente, Roxin (2009) concebeu inicialmente a teoria do domínio por organização para ser aplicada aos delitos cometidos no âmbito de aparatos organizados de poder estatais desvinculados do direito, como era, por exemplo, o caso do regime nacional-socialista alemão comandado por Adolf Hitler, o qual foi responsável pela morte de milhares de judeus durante o período em que vigorou na Alemanha.

Nada obstante, posteriormente, houve a expansão da aplicação do domínio por organização aos aparatos de poder não estatais, sem abrir mão, todavia, do pressuposto da desvinculação ao direito e da fungibilidade dos executores diretos.

Na opinião de Muñoz Conde, para que se possa legitimar a aplicação do domínio por organização aos aparatos de poder não estatais:

[...] de todos modos, debe comprobarse con especial exactitud la existencia de los otros elementos que, em opinión de Roxin, fundamentan el dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados, es decir, el dominio de la organización y la fungibilidad de los ejecutores. (MUÑOZ CONDE, 2000, p. 110).

E para chegar a essa conclusão observa que:

No todas las organizaciones mafiosas tienen la estructura rígida organizativa que fundamenta el dominio de la organización y tampoco es tan amplia la intercambialidad de sus miembros como lo es en los aparatos de poder estatal. Muchas veces se trata sólo de pequeños grupos, familias, *gangs*, etc., cuyos miembros se conocen entre sí y conviven o, por lo menos, tiene nestre cholazos entre sí. (MUÑOZ CONDE, 2000, p. 110).

A desvinculação ao direito tem sido flexibilizada por alguns doutrinadores que aceitam a figura da autoria mediata pelo domínio da organização. Kai Ambos (2006), acredita que o domínio por organização prescinde da desvinculação do aparato ao ordenamento jurídico e depende mais da estrutura do aparato e do número de executores fungíveis postos à disposição.

Nesse ponto específico e até onde nos foi possível acompanhar, Roxin continua, passadas mais de mais de cinco décadas, fiel à sua formulação original, não abrindo mão do critério da desvinculação ao direito pelo aparato de poder, negando, com veemência, a aplicação da categoria jurídica por ele criada às empresas econômicas que, constituídas segundo o ordenamento jurídico, perseguem, primordialmente, a obtenção legal de benefícios financeiros. Esta, todavia, não é a tendência seguida pela jurisprudência alemã e internacional, fato que tem trazido preocupação ao notável penalista alemão.

## **A FUNGIBILIDADE DO AUTOR IMEDIATO OU EXECUTOR DIRETO**

É necessário que dentro do aparato organizado de poder existam múltiplos executores diretos dispostos a cometer a ação típica ordenada pelo homem de trás que possui o domínio da organização. Roxin (2009, p. 82) define a fungibilidade como “a possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais do preenchimento do tipo penal”.

O executor direto da ordem domina a ação, cometendo o delito por suas próprias mãos. Nesse contexto, o verdadeiro instrumento por meio do qual se cometem os fatos típicos é a própria organização e, portanto, o executor direto deve ser considerado apenas uma engrenagem que compõem o aparato organizado de poder.

A fungibilidade do executor direto faz com que se torne maior a possibilidade de obtenção do resultado típico, na medida em que inúmeros executores estão à disposição do aparato.

Também o pressuposto fundamental da fungibilidade do executor direto não passou imune às críticas da doutrina. Alguns autores, especialmente na Alemanha, argumentam que o autor imediato poderia deixar de cumprir a ordem e, por exemplo, no caso de um homicídio, deixar escapar a vítima. Contudo, Roxin (2009) alertou que devido à disposição de vários executores imediatos e da especial estruturação do aparato, capaz de funcionar eficazmente e cumprir seus propósitos, isso não impediria a consumação do resultado típico.

## **A DISPOSIÇÃO ESSENCIALMENTE ELEVADA DOS EXECUTORES AO FATO**

A disposição essencialmente elevada dos executores ao fato é um pressuposto fundamental que não constava da concepção original do domínio por organização, e só foi inserida por Roxin posteriormente. Nesse contexto, o autor reconhece que:

Com os critérios do poder de mando, da desvinculação do direito e da fungibilidade - diferentemente do que eu tinha referido originariamente - as circunstâncias nas quais se baseia o domínio do fato do homem de traz ainda não estão completamente caracterizadas. Acresça-se, ainda, um fator que eu caracterizo em seus efeitos consequentes como a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato. (ROXIN, 2009, p. 85).

É necessário considerar que a disposição essencialmente elevada para a prática do fato típico ordenado no contexto do aparato é diferente da que existe em um autor solitário, pois no âmbito da organização o autor imediato está mais suscetível às pressões internas, fato este que não diminui sua responsabilidade, pois não configura uma coação, apenas um aumento da disposição em cometer a ação delitiva ordenada.

Entre alguns fatores que podem conduzir à elevação da disposição do cometimento do fato, Roxin (2009) identificou que a integração à organização provoca uma tendência à adaptação por parte dos membros e, nesse contexto, isso pode ocasionar uma adesão irrefletida a condutas que jamais seriam cogitadas individualmente.

Muito embora existam pressões internas sobre o executor direto, Roxin (2009) pondera que isto de forma alguma retira sua culpabilidade ou ameniza sua responsabilidade pela execução da conduta típica, pois não se configura uma coação. Entretanto, tais pressões conduzem, inexoravelmente, a uma disposição condicionada dos membros da organização ao fato, a qual, somada a possibilidade da substituição do executor direto pelo homem de trás - fungibilidade-, amplia a margem de segurança do cumprimento da ordem.

## **ANÁLISE DE CASO CONCRETO QUE CONTÉM A APLICAÇÃO(?) DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM VIRTUDE DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER**

Com o objetivo de ilustrar a aplicação concreta da categoria jurídico-penal abordada neste trabalho, colheu-se um caso julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A pesquisa feita no sítio do Tribunal na internet teve como critério a expressão “teoria do domínio do fato”, o que resultou na identificação de inúmeros julgados contendo essa expressão. Entre todos, escolheu-se o julgado que, em nossa opinião, melhor aborda um dos objetivos específicos do trabalho, que é demonstrar a equivocada aplicação do domínio por organização.

Em um caso concreto, no qual o Ministério Público Federal acusava um empresário e seu advogado do cometimento do crime de evasão de divisas, pois teriam, a partir da abertura de uma conta bancária no exterior em nome do advogado, mantido quantias em dinheiro sem comunicar às autoridades competentes, a matéria foi discutida. Ao analisar o Recurso de Apelação n.º 5014511-23.2011.404.7100, oriundo do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2013), a 8ª Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, demonstrou como a teoria do domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude do domí-

nio de um aparato organizado de poder recebe interpretação equivocada. Nada obstante, tal tendência, observa-se, tem sido seguida em outros julgamentos.

No julgado citado, são mencionados corretamente os aspectos históricos da criação da teoria de Roxin. Contudo, ignora-se que o autor da teoria jamais cogitou a sua aplicação aos crimes cometidos no âmbito de empresas econômicas, muito pelo contrário, Roxin (2009) rechaça essa possibilidade em virtude do pressuposto da desvinculação do direito pelo aparato.

Não bastasse ignorar a necessidade da existência do pressuposto fundamental da desvinculação do direito pelo aparato organizado de poder, o julgador desconhece a necessidade de se verificar a existência de uma organização estruturada hierarquicamente, onde o homem de trás atua com poder de mando, delegando a autores imediatos, que são necessariamente fungíveis e intercambiáveis, a função de executar as ações delituosas.

No caso em análise, verifica-se que existia entre o empresário, indicado como homem de trás, e o advogado, indicado como executor direto, uma relação de proximidade que inexiste no âmbito dos aparatos organizados de poder em virtude da grande disponibilidade de executores diretos a serviço da organização. Não raramente, no âmbito de um aparato organizado de poder, o homem de trás e o autor imediato sequer se conhecem.

Observadas as questões fáticas expostas no julgado, não se consegue verificar a existência de uma organização estruturada hierarquicamente. Muito pelo contrário, denota-se que, a pedido do empresário, existiu a abertura da conta bancária no exterior em nome do advogado para que lá os valores monetários ficassem depositados. Essa hipótese, à luz da teoria Roxiniana do domínio do fato, configuraria uma instigação por parte do empresário, que jamais poderia ser considerado autor mediato do delito, na medida em que não houve coação, erro ou utilização de um aparato organizado de poder constituído à margem do direito para o cometimento do delito.

Com efeito, o Tribunal condenou o empresário acusado pela prática do delito de evasão de divisas, na condição de autor mediato, sem que estivesse presente o poder de mando, a desvinculação do direito pelo aparato, a fungibilidade do executor direto e sua disposição essencialmente elevada para o cometimento fato típico. Tais pressupostos são absolutamente fundamentais para que se configure o domínio por organização.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O domínio por organização assenta-se em quatro pressupostos fundamentais que, se configurados, permitem responsabilizar como autor mediato do cometimento de fatos ilicitamente típicos todo aquele que, ocupando posição central e possuindo poder de mando em uma organização estruturada hierarquicamente e constituída a margem do direito, emite ordens para executores diretos, os quais são fungíveis e plenamente responsáveis, sendo estes também responsabilizados como autores.

Apresentadas as peculiaridades da teoria, buscou-se identificar a posição de alguns críticos, os quais entendem que não há como conceber a existência de um autor por trás de outro autor plenamente responsável. Com efeito, nos casos em que o executor direto seja plenamente responsável, o homem de trás deve ser punido como coautor do fato típico.

Nada obstante, Roxin (1998) combate esta solução partindo da ideia de que na coautoria há uma tomada de decisão conjunta para o fato, ou seja, um acordo entre coautores que não possuem hierarquia entre si. Enquanto na organização o homem de trás serve-se de uma estrutura vertical hierarquizada, onde apenas a concretização da ordem fica a cargo do executor direto que é fungível e não pode evitar que o resultado aconteça, pois existem muitos outros executores a serviço da organização.

Outros advogam que o homem de trás deve ser responsabilizado como mero instigador. Contudo, também esta hipótese é afastada por Roxin (1998), pois na instigação a realização do fato depende, em maior parte, da vontade do instigado, aspecto que não se cogita dentro da organização, onde somente o homem de trás que detém o poder de mando pode evitar o resultado emitindo outra ordem. Nesse contexto, a segurança do resultado é maior no âmbito do aparato de poder organizado.

O acerto do posicionamento de Roxin (1998) parece-nos irrefutável, na medida em que dentro de um aparato organizado de poder, e os casos históricos em que a teoria foi aplicada demonstraram, o homem de trás possui elevadíssimo controle sobre o resultado do acontecimento típico, pois a organização do aparato confere a ele a segurança de que suas ordens serão cumpridas. Ademais, o fato de existirem inúmeros executores diretos a serviço do aparato faz com que o resultado típico independa da sua vontade.

Como demonstrado, muito embora ainda haja ampla e inacabada discussão doutrinária sobre a categoria do domínio por organização, a figura jurídica foi aplicada pela jurisprudência brasileira. Todavia, tal aplicação tem sido feita de maneira equivocada, pois que, muitos membros do Poder Judiciário ainda desconhecem ou não compreendem todos os pressupostos fundamentais de tal responsabilização penal. O reconhecimento e aplicação da referida teoria, com a consequente responsabilização penal, tem se pautado pela flexibilização processual na produção de provas concretas para embasar a imputação da prática de fatos tipicamente ilícitos e, sobretudo, tem ampliado perigosamente os limites do exercício do poder punitivo do Estado.

## REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. **Direito Penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos.** Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 8ª Turma Recursal. Apelação Criminal n.º 5014511-23.2011.404.7100/RS.** Ministério Público Federal *versus* Getúlio Fornari. Relator: Des. Paulo Afonso Brum Vaz. Acórdão de 10 de abril de 2013.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. **Revista dos Tribunais**, v. 933, p. 61-84, jul. 2013.

JESCHECK, Hans-Henrich. **Tratado de Derecho Penal**. t. II, Barcelona: Bosch, 1981, p. 920.

LARA GONZÁLEZ, Hector. Autoría mediata por domínio de la voluntad y aparatos de poder. **Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales**, n. 5, p. 63-76, maio/jun. 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad em virtude de aparatos de poder organizados em organizaciones <no desvinculadas del derecho>? **Revista Penal**, n. 6, p. 104-114, jul. 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación em el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito em el ámbito de la delincuencia económica empresarial? **Revista Penal**, n. 9, p. 59-98, jan. 2002.

ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación em la criminalidad organizada. **Revista Penal**, n. 2, p. 61-65, jul. 1998.

\_\_\_\_\_. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**, v. 4, n. 3, p. 69-94, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

