

**AUTORIA COMO UM CONCEITO ABERTO:
TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO, TEORIA DA ORGANIZAÇÃO E O COMBATE
ÀS NOVAS FORMAS DE CRIMINALIDADE NO BRASIL**

ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA DE MORAES

PROMOTOR DE JUSTIÇA (MPSP), MESTRE E DOUTOR EM
DIREITO PENAL, PROFESSOR DE DIREITO PENAL DA PUC/SP

BRUNO NAZIH NEHME NASSAR

ADVOGADO, BACHAREL EM DIREITO PELA PUC/SP

RESUMO: Este artigo pretende examinar o instituto do concurso de pessoas, notadamente a Teoria do Domínio do Fato, as evoluções dogmáticas que conduziram à sua criação, ulteriores contribuições à teoria e as consequências empíricas da adoção desse aporte dogmático no combate ao crime organizado, assegurando um garantismo integral e a proteção penal suficiente dos bens jurídicos tutelados.

PALAVRAS-CHAVE: TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. GARANTISMO INTEGRAL.

**AUTHORSHIP AS AN OPEN CONCEPT: THEORY OF DOMAIN OF THE
FACT, THEORY OF ORGANIZATION AND THE COMBAT OF THE NEW FORMS
OF CRIMINALITY IN BRAZIL**

ABSTRACT: This article discusses the institute of concurrence of people, especially the Theory of Domain of the Fact, the dogmatic evolutions that led to it's creation, further contributions to the theory and the empirical consequences of the adoption of this dogmatic contribution in the fight against organized crime, ensuring an integral guaranteeism and the adequate criminal; protection of the legal rights protected.

KEYWORDS: THEORY OF DOMAIN OF THE FACT. CRIMINAL ORGANIZATIONS. INTEGRAL GUARANTEEISM.

1. INTRODUÇÃO: DAS TEORIAS E DOS ELEMENTOS DO CONCURSO DE PESSOAS

A dogmática penal tem sofrido profundas transformações no contexto da pós-modernidade. Além das inegáveis transformações sociais que vem liquefazendo os paradigmas cartesianos, forçoso reconhecer que o direito, como subproduto cultural e, em especial, o Direito Penal, cada vez mais influenciado pelos movimentos funcionalistas, tende a buscar uma dogmática que se coaduna com uma sociedade complexa, com políticas orientadas para os resultados e para enfrentar novos tipos de criminalidade.

Com efeito, as diferentes formas de criminalidade – econômica, transnacional, por meio de empresas, de forma organizada e terrorista - vêm gerando enormes desafios para o Estado Social Democrático de Direito. O surgimento paulatino de novos bens jurídicos e riscos concretos conduz a uma necessidade do Direito Penal aparelhar-se apropriadamente, oferecendo respostas adequadas à sociedade, com a proteção penal suficiente dos interesses alçados à sua tutela.

Nesse esteio, o instituto jurídico do “concurso de pessoas” é um dos temas em maior estado de ebulição dogmática no contexto da pós-modernidade.

Patente que toda a sociedade humana foi edificada a partir de um singelo fator lógico: o alcance de certos objetivos é tarefa muito mais simples quando a espécie está unida almejando a mesma finalidade. Portanto, a divisão de tarefas como forma de concretizar objetivos torna uma empreitada, seja lícita ou ilícita, sobremaneira simplificada. E precisamente no campo da ilicitude, quando duas ou mais pessoas, unidas por um vínculo subjetivo, colaboram para a prática de um crime, há o concurso de pessoas no Direito Penal.

A doutrina, tradicionalmente, elenca certos requisitos para configurar o concurso de pessoas. Deve necessariamente haver uma pluralidade de condutas com relevância causal para o resultado, um vínculo ou liame subjetivo entre os agentes e a colaboração, seja material ou moral, deve ser anterior à consumação do fato criminoso, além de idônea para o resultado final (ESTEFAM, p. 303-305).

Em regra, os crimes são praticados por apenas uma pessoa e, eventualmente, por duas ou mais em conjunto. Estes crimes são chamados de unissubjetivos ou de concurso eventual. Todavia, à luz da lógica complexificação das relações sociais, se experimenta a elaboração de cada vez mais tipos penais plurissubjetivos ou de concurso necessário.

São esses os crimes que dependem, por exigência das próprias elementares da norma incriminadora, de uma pluralidade de condutas como condição de existência do ilícito.

Na tentativa de sistematizar e conceituar o concurso de pessoas, a doutrina pacificou sistemas diferenciadores, que distinguem autores de partícipes, e teorias restritivas de autoria, para as quais autor é toda pessoa que realiza a conduta nuclear descrita no tipo penal. Pode ser aquele que atua de maneira ativa no crime, o autor imediato, ou até mesmo aquele que tem poder decisório ou controle sobre os acontecimentos concretos, caracterizando a autoria mediata. O partícipe, por outro lado, realiza mera contribuição acessória, colaborando para o crime alheio (ESTEFAM, p. 306).

Em função da acessoriedade de sua contribuição no *iter criminis*, o comportamento do partícipe individualmente considerado não é penalmente relevante, dependendo do nexos causal com o comportamento do autor a fim de adquirir efeitos jurídicos penais.

É cristalina, pois, a relevância da distinção das diversas formas de contribuição no plano do injusto. Como tudo em direito, a autoria e a participação são fatos que residem no plano do ôntico, os quais o ordenamento imbuí de efeitos jurídicos no plano deôntico. Daí se desprende que essa distinção não é meramente simbólica.

Sob esse prisma, Pierangeli e Zaffaroni pontuam que a autoria e a participação:

(...) não são conceitos criados pelo direito penal, e sim tomados da vida cotidiana, da realidade, do ôntico. Numa conduta de escrever um livro o conceito de autor não se distingue, fundamentalmente, do conceito de autor na conduta de escrever uma carta injuriosa. Chamamos cúmplice ao que coopera com o autor, ao que lhe presta ajuda, e o conceito de cúmplice no direito penal não é distinto do que usamos quando nos referimos aos colaboradores de um prólogo e lhes agradecemos a ajuda. Tampouco aquele que nos incentiva com o conselho oportuno, ou com um oferecimento de dinheiro, para o empreendimento de uma obra, como conceito se distingue do que nos incentiva a cometer um delito. (PIERANGELI; ZAFFARONI, p. 664-665 e 669)

Já a teoria do domínio do fato foi além para afirmar que é autor todo o indivíduo que detém o domínio sobre o fato, ou seja, seu controle final. É dizer que “(...) o autor domina a realização do fato típico, controlando a paralização ou a continuidade da ação típica; o partícipe não domina a realização do fato típico, não tem controle sobre a continuidade ou paralização da ação típica” (SANTOS, p. 360).

Nesse diapasão, a autoria mediata é forma de contribuição causal em que se

verifica um “autor atrás do autor”, um indivíduo capaz que atua acima, exercendo controle mediato na produção do resultado lesivo ao bem jurídico tutelado, sem, contudo, praticar fisicamente atos executórios. Esse controle envolve a utilização de outro indivíduo como instrumento voltado à concretização de seus desideratos, tal como uma marionete sob seu comando (AFLEN DA SILVA, p. 213-214).

No plano da autoria mediata, o instrumento utilizado para a prática da infração penal é, em realidade, um ser humano.

São complexos os desafios jurídicos expostos nas situações limite em que alguém se utiliza de outro indivíduo plenamente autorresponsável para a prática de um crime, mormente no plano do crime organizado, sendo a teoria do domínio do fato a ferramenta jurídica que apresenta as soluções mais satisfatórias para o enfrentamento dessas questões.

1.1. CONTEXTO SOCIOLOGICO PARA A EVOLUÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL

Como o Direito Penal é um raio-x da ética social, a evolução do instituto do concurso de pessoas nos ordenamentos jurídicos acompanhou os avanços nos movimentos de política criminal e, nesse sentido, representa verdadeiro subproduto de uma dogmática orientada para as consequências, pautada na busca da eficiência repressiva de novas formas de criminalidade. Sob essa ótica, constitui contribuição lógica das escolas funcionalistas.

Novas questões como imputação objetiva, ações neutras, cegueira deliberada, ingerência penal e, especialmente, a teoria do domínio do fato, são frutos desse edifício jurídico pautado em elementos de política criminal que vem sendo expandido nas últimas décadas por uma série de mudanças de paradigmas daquilo que se chama sociedade pós-moderna ou pós-industrial.

Se percebe uma tendência legislativa à criminalização de comportamentos agrupados que em muito se distinguem daqueles que historicamente pautaram o Direito Penal de inspiração iluminista.

Daí emergiu a necessidade da criação de regras específicas voltadas para o combate da criminalidade organizada, mormente aquelas estruturadas na forma pré-mafiosa.

Percebe-se indubitável tendência mundial a criação de novos tipos penais e ao agravamento dos já existentes. Cuida-se de um verdadeiro fenômeno de expansão do Direito Penal, termo amplamente utilizado por Silva Sánchez que o descreve como:

criação de novos “bens jurídicos penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevantes, flexibilização da regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”. (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 29)

Sob esse paradigma, os problemas sociais de grande envergadura costumam acabar sob o manto protetivo do Direito Penal, fazendo evaporar qualquer discurso sobre fragmentariedade e solidificando uma legislação que, ao contrário se ser a *ultima*, mais se revela como a *sola ratio* no agir estatal.

É nesse contexto de insegurança constante que se observa, inclusive, o fenômeno do “Direito Penal de emergência”.

A emergência, intimamente ligada a um Direito Penal pautado no combate de inimigos, fomenta o caos normativo, pela adoção desenfreada de uma dogmática penal primordialmente simbólica e descodificada, também influenciada por uma necessária política criminal de prevenção especial negativa, agora se preocupa mais em enfrentar inimigos, do que apenar o cidadão comum.

Se é certo, de um lado, que a emergência cultua uma política criminal meramente simbólica e de emergência, não é menos certo ser fundamental que identifique e neutralize indivíduos de maior periculosidade, tal qual constatado Günther Jakobs (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, p. 19-47).

De um lado, um Direito Penal do cidadão, incindível sobre a criminalidade comum, e do outro um Direito Penal de inimigos, destinado àqueles que, pela prática de uma conduta desviante sobremaneira degradante, como integrar organizações criminosas, praticar terrorismo, estuprar menores, dentre outras infrações gravíssimas.

Moraes, com arrimo em Meliá, sintetiza o panorama da política criminal contemporânea (MORAES, 2015, p. 35): 1) hipertrofia legislativa irracional (caos normativo); 2) instrumentalização do Direito Penal; 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); 5) descodificação; 6) desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e execucionais); 7) prisionização (explosão carcerária).

Todavia, irrazoável não é a expansão do aparato penal estatal quando colima acompanhar a evolução das formas mais sofisticadas de criminalidade, como é o caso do crime organizado, e o surgimento de novos bens jurídicos. Há uma expectativa normativa coletiva de que o direito, e principalmente o Direito Penal, se adapte às novas

demandas da realidade pós-moderna.

É nesse caminhar que nasceu a teoria do domínio do fato, o que não significa necessariamente uma política de enfrentamento de inimigos. E, quiçá mais relevante, se percebe um contemporâneo ânimo coletivo do sistema jurídico, principalmente no Poder Judiciário, para a adoção de instrumentos dogmáticos mais progressistas no que tange o tema do concurso de pessoas, como é o caso da teoria em questão.

2. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O CONCEITO ABERTO DE AUTORIA

No transcorrer do século XX, várias foram as mentes que se referiram, de uma forma ou de outra, à noção de “domínio do fato”. Não obstante, o verdadeiro ponto de partida da teoria do domínio do fato vem da concepção de Welzel, apresentada em 1939. Umbilicalmente ligado ao seu conceito de finalista de ação, Welzel concebeu uma teoria do domínio final do fato, buscando superar os excessos de subjetivismo nas concepções que lhe precediam (WELZEL, 2015).

Segundo ele, haveria de ser examinada uma relação final da vontade com o resultado, auferindo até que medida sua vontade é dominante ou dominada. A teoria traz avanços substanciais aos problemas da autoria mediata e da coautoria, todavia, é eivada de um excesso de vagueza que lhe fizeram ruir (AFLEN DA SILVA, 99-103).

Assim, conquanto outros autores cheguem a tratar do domínio do fato depois de Welzel, foi apenas em 1963 que, publicada monografia de autoria de Claus Roxin, surgiu a teoria do domínio do fato na sua forma mais plena e alinhada aos preceitos da escola funcionalista. Ciente das contribuições que lhe precederam, Roxin teceu o estudo mais minudente e complexo sobre o tema do concurso de pessoas. Concordando ou não com suas formulações, é inegável que sua obra é efetivamente paradigmática.

O desafio que Roxin buscou desvendar é definir quem é autor e quem é partícipe no plano do ilícito. A distinção correta das diversas formas de contribuição na empreitada criminosa não é fruto de mero Direito Penal simbólico, possuindo uma imensa importância prática.

No direito positivo de Estados nos quais o legislador foi cuidadoso ao tecer os dispositivos que regem o concurso de pessoas, a dificuldade na aceitação da teoria do domínio do fato foi pouca. É possível observar um discurso quase uníssono da doutrina em países como Portugal, Espanha e Alemanha, no sentido de que a teoria é compatível com seus ordenamentos (DIAS, 1999; FERNANDEZ IBAÑEZ, P. 337-391; AMBOS, p. 43-72).

A teoria encontrou ressonância até mesmo no plano dos tribunais internacionais, sendo incorporada ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, no art. 25, III, chegando a reconhecer autoria mediata nos casos em que o executor do crime for indivíduo plenamente responsável.

Por outro lado, a adoção dos preceitos da teoria revela um caminho tortuoso no Brasil, cuja legislação oferece critérios vagos para definir a sistemática do concurso de pessoas.

Outrossim, na jurisprudência, não faltam exemplos de decisões que confundem as diversas concepções existentes sobre a teoria, misturando as noções finalistas de Welzel com o funcionalismo de Roxin. Não há como deixar de ressaltar o ocorrido na Ação Penal originária nº 470, vulgo “mensalão”, que rendeu ao Excelso Pretório até mesmo críticas do próprio Roxin. É em meio a esse cenário de incertezas, fruto do desconhecimento e confusões, que se revela fundamental delinear, ainda que se pretenda aqui caminho distinto, a construção teórica de Claus Roxin.

2.1. O AUTOR COMO A FIGURA CENTRAL DO ACONTECER TÍPICO E A AUTORIA COMO UM CONCEITO ABERTO

Roxin teceu suas propostas dogmáticas sob a diretriz de que autor é quem atua com o domínio do fato. À luz dessa premissa, aduz que o autor é a figura central do acontecer típico em delitos de ação (ROXIN, 2000, 44-45).

Partindo de uma combinação de perspectivas ontológicas e teleológicas que buscam explicar as formas de intervenção no delito, o autor catedrático construiu uma nova forma de abordar a problemática que abrange todas as formas de intervenção no plano do injusto:

(...) El concepto de la “figura central” significa el recurso a un idea plástica, que anida en la conciencia común: el autor, el coautor o el autor mediato son las figuras principales del suceso; el inductor y el cómplice están en los márgenes. Así pues, se trata de una y la misma cosa, aun cuando desde distinto punto de vista. Si es que cabe hablar de una “esencia” previa, dada, de la participación, ésta consiste en que el participe se apoya en la figura central del autor (...). (ROXIN, 2000, 45)

Em outras palavras, o autor é a figura primária no acontecer típico, ocupando posição central, enquanto as formas de participação - instigação e cumplicidade - consistem em meras causas de extensão de punibilidade, que orbitam e dependem da conduta da figura central.

Nesse diapasão, se revela necessário delimitar o conceito de autoria.

Há evidente controvérsia no sentido de que tipo de conceito deve ser adotado, seja um conceito indeterminado, um conceito abstrato e fixo ou um conceito descritivo.

Patente que um conceito indeterminado geraria um excesso de insegurança jurídica, enquanto um conceito fixo engessaria a prática forense, que lida com novas manifestações criminosas diariamente, mormente quando o tema é o crime organizado.

Seria inviável extirpar qualquer consideração das circunstâncias concretas do caso individual, aplicando um método puramente dedutivo, ou abraçar um método puramente arbitrário. E, repisa-se, o problema é ainda mais visível quando se toma a criminalidade organizada, cujas manifestações concretas se revelam das mais diversas formas, em estruturas extremamente complexas e únicas. Nesse esteio, Lemos Jr. leciona que:

(...) à sofisticação da atuação das organizações criminosas corresponde a dificuldade de sua repressão no âmbito penal – e também no processo penal -, num jogo de determinações recíprocas: o aprimoramento da dogmática e do combate ao crime corresponde a evolução técnica de seu *modus operandi*. Se pensarmos na descoberta das novas formas de cooperação até então desconhecidas, sem dúvida, o quadro que procuramos delinear seria ainda mais obscuro, porquanto para estes novos casos não existe ainda prevista uma solução e a mera subsunção, por meio de um conceito fixo de autor, seria insuficiente para resolver o problema (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 96).

Assim, ao contrário de adotar definições exatas ou indeterminadas, Roxin opta por um conceito descritivo, um indicador de direção (BATISTA, p. 72-73), verdadeiro conceito aberto de autoria. Imaginou, então, um conceito nunca definitivamente concluído, e em constante expansão de acordo com a realidade (ROXIN, 2000, p. 146-147).

2.2. OS CRITÉRIOS NORTEADORES DA AUTORIA

Em sua tese, Roxin categorizou as várias formas delitivas em quatro espécies: (i) delitos de domínio (crimes comissivos e dolosos); (ii) delitos de dever (crimes próprios e crimes omissivos); (iii) delitos de mão própria; e (iv) delitos culposos.

A classificação não possuía propósito meramente didático. Isso porque apenas os chamados delitos de domínio seriam alvo da teoria do domínio do fato sob sua concepção. As demais figuras ilícitas ainda seguiriam a ideia de que o autor é a figura central do acontecer típico, embora regidas por distintos critérios que não o do domínio

do fato.

Já dentro dos delitos de domínio, identifica três manifestações concretas da autoria: o domínio da ação (autoria imediata); o domínio funcional do fato (coautoria); e o domínio da vontade (autoria mediata), esta última se desdobrando em outras três formas - o domínio por erro; o domínio por coação; e o domínio da organização (ROXIN, 2000, p. 151-164, 305-306, 194-258 e 167-194).

A terceira e derradeira manifestação da teoria é a que hospeda as observações mais interessantes. O domínio da vontade envolve situação na qual um indivíduo reduz terceiro a mero instrumento de sua vontade, utilizando-o para o cometimento de um crime.

Essa é justamente a hipótese de autoria mediata.

O autor mediato, ou “homem de trás”, exerce seu controle sobre o “homem da frente” a partir de alguma das formas de domínio sobre a vontade.

A figura da autoria mediata é relativamente nova no direito positivo brasileiro. Foi introduzida apenas a partir das mudanças resultantes da reforma da parte geral do Código Penal em 1984. Isso se deu, em grande parte, pela relutância de Hungria em aceitar essa forma de autoria, a qual chamava de “um flagrante artifício”.

Ademais, dizia o renomado penalista que a própria expressão “(...) redundando numa impropriedade: se o executor não é mais que um instrumento passivo, quem dele se serviu é autor imediato, como sê-lo-ia quem praticasse um crime fazendo funcionar um *robot*” (HUNGRIA; FRAGOSO, p. 403).

Nada obstante, hoje o ordenamento pátrio guarda cristalina compatibilidade com o domínio da vontade na forma do domínio por erro e do domínio por coação. A dúvida reside precisamente na possibilidade de transpor as considerações do domínio da organização para nossa realidade jurídica.

Quando formulou a teoria da organização, na década de 60, Roxin estudava o caso paradigmático de Adolph Eichmann, funcionário do regime nazista responsável por localizar, deter e transportar judeus desaparecidos, encaminhando-os à Auschwitz, onde seriam assassinados (ARENDR, 1999).

Aquilo que chamou a atenção da comunidade jurídica nesse caso foi o fato de Eichmann nunca ter matado por ato comissivo qualquer vítima do holocausto. A tarefa sanguinária era delegada a seus subordinados. Roxin defendeu tese no sentido da responsabilização jurídica do acusado em seu artigo “*Rahmen organisatorischer Machtapparate*”, publicado em 1963, mesmo ano que seu monumental “*Täterschaft und Tatherrschaft*”.

Tomando por referência esse caso histórico, bem como a evolução vertiginosa das estruturas do crime organizado, a teoria da organização compreende ser verdadeiro autor mediato o indivíduo que se utiliza de uma organização verticalmente estruturada e dissociada da ordem jurídica para emitir uma ordem criminosa, cujo cumprimento é levado a cabo por executores fungíveis, que operam como verdadeiras engrenagens integrantes de uma máquina criminosa.

Somente não é fungível quem domina a estrutura - empresarial, piramidal ou em rede - da organização criminosa que tem clara divisão de tarefas e claro comando.

Essa ideia se coaduna com os parâmetros de imputação existentes e, sobretudo, com a noção de estrutura verticalizada ou empresarial dissociada da ordem jurídica: a distância do agente em relação à execução do crime significa mais responsabilidade e controle, na medida em que ocupa uma posição hierárquica ou de comando que lhe confere maior controle sobre os fatos a partir da emissão de ordens (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 135-136).

Isso não significa dizer que a teoria da organização flerta com inconstitucional responsabilização objetiva dos líderes da organização. Deveras, a teoria está alinhada a uma dogmática excepcional de combate a tipos de criminalidade distantes do garantismo penal tomado a partir da perspectiva do Direito Penal clássico de inspiração iluminista, o que, contudo, não significa sua inconstitucionalidade ou desproporcionalidade. Em verdade, estudo minudente, como se revelará, indica a plena compatibilidade jurídica da teoria com o sistema brasileiro.

3. O DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E NOVAS FORMAS DE CRIMINALIDADE

O perfil do alto escalão de uma organização terrorista ou criminosa *lato sensu* é bem distinto dos criminosos por tendência ou criminosos profissionais do passado.

Os comandantes ou, como chama Ziegler, os “senhores do crime” (ZIEGLER, 2003), não executam os crimes com as próprias mãos e pouco se comunicam diretamente com o leque extenso de executores que têm à sua disposição para a concretização de suas vontades.

Essa classe de criminosos dirige os eventos à sorrelfa e às ocultas, embora sua presença não passe despercebida: pode ser notada nas cenas dos crimes, na conduta de seus subordinados, no medo imposto aos executores que, por respeito, melindre e medo, refutam entregar aqueles que ocupam o alto escalão da organização criminosa.

A noção de contrato social lhes é estranha.

Relevante é, pois, a metáfora de Ziegler:

O crime organizado assemelha-se à Hidra, a serpente monstruosa de várias cabeças da mitologia grega: se uma cabeça lhe é decepada, duas outras logo nascem. Para neutralizar definitivamente o crime organizado, seria necessário os mesmos recursos que Hércules e Lolau utilizaram para matar a Hidra de Lerna: enquanto Hércules decepava as cabeças, Lolau aplicava ferro em brasa nas feridas abertas. Em outras palavras, o crime organizado só será derrotado no dia em que a sociedade democrática ocidental recuperar seus valores originais, o senso de um destino coletivo e comportamentos comuns baseados na solidariedade e na justiça. (ZIEGLER, p. 313-314)

Munidos de um poder de coação e violência, o crime organizado atua à margem do Estado de Direito e da própria criminalidade comum.

Atualmente, sofisticou-se com tecnologia e forte poderio de armamento, funcionando como verdadeira empresa multinacional, com um organograma próprio e clara divisão de tarefas.

Nada obstante, historicamente, enorme questionamento sobre a própria definição do que é o crime organizado.

De qualquer sorte, a doutrina parece convergir na existência de algumas características:

- a estrutura hierárquico - piramidal, sempre com, no mínimo, três níveis, com a presença de um chefe, sub-chefe/conselheiro, de gerentes, “aviões” e do lavador de dinheiro¹;
- a divisão de tarefas entre os membros da organização, como decorrência de outra característica, a diversificação de atividades;
- a restrição de seus membros, isto para melhor controlar a atuação, vale dizer, apenas pessoas de absoluta confiança podem integrar uma organização criminosa;
- o envolvimento de agentes públicos;
- a busca constante de dinheiro e poder, além do emprego da lavagem do dinheiro criminoso. (LEMONS JÚNIOR, 2001, p. 58-59)

A lavagem de dinheiro é, nessa toada, verdadeiro *calcanhar de Aquiles* do crime organizado. Ziegler chegou a afirmar que “o capitalismo encontra a sua essência no crime organizado. Mais exatamente, o crime organizado constitui a fase paroxística do desenvolvimento do modo de produção e da ideologia capitalistas” (ZIEGLER, p. 51-54).

¹ Em estudo mais recente, o autor aponta que “(...) mais recentemente as organizações criminosas têm se estruturado em células, com regiões administrativas regionais, numa espécie de filial, distanciando-se do sistema hierárquico piramidal usualmente adotado em tempos atrás” (LEMONS JÚNIOR, 2012, p. 9).

É a busca incessante de lucro um dos caracteres marcantes dessa criminalidade, principalmente nas máfias.²

Organizações criminosas, nesse esteio, são grandes ameaças à garantia da expectativa normativa da população. Enquanto elas se alimentam do medo e das incertezas, regozijam sob a insegurança, sendo certo que o Estado tem atuado de forma frágil e insuficiente para enfrentá-las.

E o labor é hercúleo, porquanto toda a dogmática jurídica sobre o concurso de pessoas, historicamente, foi arquitetada à luz da criminalidade tradicional, principalmente dos crimes de roubo e homicídio. Todavia, a natureza *sui generis* do crime organizado demanda um tratamento diferenciado, sob pena de malbaratamento do princípio da isonomia e de conferir uma proteção penal insuficiente, entronizando a insegurança jurídica e a sensação de pânico em todo o tecido social.

Assim, enquanto as demais teorias, em regra, observam o indivíduo que ocupa uma posição de comando na organização como mero partícipe, Roxin refutou essas ideias e reconheceu que a energia criminosa desses “senhores do crime” é muito mais elevada, configurando uma forma de domínio sobre o fato e, por conseguinte, verdadeira autoria. Figueiredo Dias explica a razão pela qual homem de trás, nessas circunstâncias, deve ser visto como autor:

(...) Existem “organizações” ou “centros organizados de poder” que, estruturados hierarquicamente e dotados de uma forte disciplina interna, assumem um modo de funcionamento quase “automático” e, nessa medida, adquirem a natureza de meros “instrumentos” que reagem de forma mecânica às ordens ou instruções de seus chefes. Dada a grande disponibilidade de meios de tais organizações, o concreto executor do crime apresenta-se, por isso, como elemento fungível, que, mesmo quando atue com culpabilidade dolosa, em nada afeta o domínio do fato do homem de trás. (DIAS, p. 356)

É dizer que a organização tem vida própria.

O executor fungível opera como mera engrenagem com relevância ínfima diante das dimensões da estrutura. Sua identidade individual deixa de ter relevância para o gigante que é a organização em si; ou seja, de nada interessam os indivíduos que a

² Uma estrutura, por exemplo, como a do PCC (“Primeiro Comando da Capital”) no Brasil, conquanto seja de uma organização criminosa estruturada em um organograma até mais organizado que o poder estatal que busca combatê-lo, ainda não chega a amoldar-se às características próprias das estruturas mafiosas, eis que careceria de um dos critérios distintivos delas, qual seja, a transnacionalidade ou internacionalidade de sua atuação. Já há, todavia, sinais claros de uma expansão da organização para fora das fronteiras brasileiras na busca do domínio de rotas de tráfico, maximização dos lucros e poder. Valiosas são as considerações de Maierovitch em entrevista ao jornal El País, disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/08/07/politica/1407421840_758721.html>. Acesso em 23/7/2017.

compõe concretamente. O domínio da vontade mediante aparatos de poder organizado, destarte, constitui forma autônoma de autoria mediata, distinguindo-se do domínio do erro ou do domínio da coação.

Os requisitos jurídicos que Roxin propôs para configurar essa nova forma de autoria são: ocupar uma posição de comando em uma organização verticalmente estruturada; a fungibilidade dos executores; e que a organização seja dissociada do direito

A ideia central dos dois primeiros critérios é que justamente na figura do superior hierárquico que se encontra o protagonista da peça criminosa, maestro dos fatos ilícitos, mesmo que ele atue nas sombras e o executor material aparente ser o único autor.

No interior da estrutura criminosa há um verdadeiro maquinário de pessoas à disposição do homem de trás, em regra autorresponsáveis. Além disso, a estrutura possui tamanha eficiência que, mesmo na hipótese de um dos executores materiais se negar a concretizar a ordem, é certo que outro lhe substituirá prontamente, como uma simples engrenagem irreverente trocada. É por essa razão que Roxin diz que os executores são dotados de fungibilidade, pois facilmente substituíveis. Já o terceiro critério é o alvo mais frequente de críticas, mesmo entre os partidários da teoria.

Segundo Roxin, a estrutura organizacional, necessariamente, deve ser dissociada do direito positivo, atuando à margem do sistema e não através dele. Há de ser uma organização criada com a finalidade precípua de cometer delitos, ao contrário do que ocorre, em regra, em uma empresa ou um partido político, que podem cometer delitos de forma incidente ou ocasional, mas não existem com esse fim.

A teoria da organização não se esteia em um poder de mando cru, senão na manifestação concreta única desse poder que torna quase certo o sucesso da ordem. Em organizações moldadas dentro da ordem jurídica, como uma empresa, é razoável presumir que ordens ilícitas emitidas pelos superiores hierárquicos não vão ser cumpridas prontamente pelos subordinados autorresponsáveis. Já em organizações essencialmente criminosas, o funcionamento da máquina é voltado precipuamente para o cometimento de crimes, logo todas as engrenagens se movem nessa mesma direção constantemente e a ordem hierárquica é revestida de uma garantia elevada para o sucesso da execução do fato, o que justifica um tratamento diferenciado no plano do concurso de pessoas.

Entretanto, é possível aceitar que uma organização lícita em sua origem se transforme em um aparato meramente criminoso. Nessa hipótese, a roupagem lícita se

torna simples simulacro que reveste estrutura verdadeiramente voltada para o cometimento de crimes, o que abre espaço para aplicar a teoria da organização.

Há uma clara insuficiência da teoria do domínio o fato no que diz respeito a essas outras estruturas que atuam dentro da ordem jurídica, o que demanda encarar novas ferramentas jurídicas e instrumentos de política criminal – como a responsabilidade por omissão do garantidor e a cegueira deliberada – sem prejuízo da inevitável discussão acerca da constitucionalidade e legitimidade desses movimentos no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito e sob a perspectiva de um garantismo integral que, não obstante continuar limitando os excessos estatais, agora se preocupa com proteção suficiente dos bens da vida.

Roxin tem consciência dessa limitação e insiste que sua criação não deve ser entendida de tal maneira que alcance o mundo empresarial.³ Forçoso afirmar que a expansão do Direito Penal, a cristalização da sociedade de risco e a institucionalização da sensação de insegurança coletiva vêm conduzindo a uma alteração nos paradigmas do Direito Penal liberal clássico que se evidenciam na criação constante de novos tipos de perigo abstrato e no emprego do instituto da omissão imprópria (SILVEIRA, 2016; PASCHOAL, 2011) e da teoria da cegueira deliberada como instrumentos de responsabilização penal.

4. CONSTITUCIONALIDADE, LEGITIMIDADE E QUESTÕES CONTROVERSAS

A teoria do domínio do fato é refletida no art. 62, incisos I a III, do Código Penal brasileiro? Ela seria constitucional ou seria necessária uma reforma legislativa? E, nesse caso, ela poderia ser aplicada, à luz do princípio da proporcionalidade, no país?

A doutrina remanesce dividida

Há autores que são categóricos no sentido da impossibilidade absoluta de traduzir essas noções, ao menos na forma desenhada por Roxin (AFLEN DA SILVA, 2014; MARQUES, p. 175).

Não parecem acertados tais posicionamentos.

Há espaço para uma interpretação mais progressista do texto legal pautado na

³ Não obstante as preocupações do autor, fato é que o próprio Tribunal Superior Alemão já autorizou a aplicação da teoria da organização para crimes praticados no contexto de empresas e, outrossim, existem diversos julgados no Brasil que fazem o mesmo. Apenas a título de exemplo, seguem algumas decisões nesse sentido: TRF-4, Apelação Criminal, ACR 3278 RS 2005.71.00.003278-7, data de publicação: 24/09/2008; TRF-4, Apelação Criminal, ACR 3847 RS 2005.71.11.003847-4, data de publicação: 26/03/2008; TRF-4, Embargos Infringentes em Apelação Criminal, EIACR 1504 PR 2001.70.09.001504-1, data de publicação: 23/07/2007.

teoria, máxime porque já existem fragmentos do domínio do fato no Código Penal e nos mandados de criminalização da Constituição da República.

Nesse sentido, aliás, Batista exalta a teoria do domínio do fato na concepção *roxiniana*, acrescentando que, “para o direito penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério para os crimes comissivos dolosos” (BATISTA, p. 73). Partilham dessa visão Santos (SANTOS, p. 360-361) , Greco e Teixeira (GRECO *et al.*, p. 78).

Deveras, o ordenamento não é inteiramente distante da teoria do domínio do fato. A redação do art. 5º, XLIII, da Constituição da República faz lembrar da autoria mediata e dos delitos de infração de dever; o Código Penal agrava a pena daquele que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes (art. 62, I); leis como a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) e a Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260/2016) se preocupam com autores mediatos que integram as estruturas delitivas organizadas.

É preciso, ademais, ressaltar que o Brasil também é signatário do Estatuto de Roma, que trouxe à vida o Tribunal Penal Internacional, ou seja, concordou com os preceitos da teoria do domínio do fato que foram incorporados àquele tratado internacional.

Assim, não resta dúvida que o ordenamento pátrio possui fragmentos que ao menos lembram e se assemelham aos critérios do domínio do fato.

Todavia, a questão constitucional guarda ainda mais relevância.

O princípio da proporcionalidade, de origem alemã e entronizando em diversas passagens da Constituição da República, apresenta dois significados. Em sua primeira acepção, manifesta-se como a vedação da proteção excessiva do Estado, resultando na restrição das liberdades individuais. A segunda acepção, em contrapartida, cuida-se da proibição da proteção deficiente do bem jurídico –, também conhecida como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).⁴

Essa segunda acepção consagra o denominado “Garantismo Positivo, Social ou Integral”. A Constituição certamente consiste na guardiã e grande alicerce dos direitos fundamentais, funcionando, concomitantemente, como limitadora material do Direito Penal e fonte valorativa do mesmo. Há, todavia, como bem aponta Feldens, uma terceira condicionante na comunicação entre as Constituições dirigentes e o Direito Penal no

4 STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico, disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>>. Acesso em: 07/01/2014.

contexto do Estado Social e Democrático de Direito: a Constituição como fundamento normativo do Direito Penal incriminador (FELDENS, p. 64-85).

É dizer que, em seu corpo, a carta constitucional comporta mandados explícitos e implícitos de criminalização que, casos ignorados pelo legislador infraconstitucional, certamente conduzem a uma proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados que tem o status de direitos fundamentais. Paulatinamente, no Brasil, foi surgindo “(...) a teoria dos Mandados de Criminalização ou Penalização, ou seja, instrumentos da Constituição para oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agentes estatais ou de particulares” (MORAES, 2014, p. 58).

Nas palavras de Ponte, "os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral" (PONTE, p. 152).

Assim, a Constituição abriga um leque de mandados de criminalização explícitos e implícitos, estes que seriam hermeneuticamente extraídos do corpo constitucional como um todo. É dessa valência implícita que se revela sistematicamente a importância da teoria da organização como instrumento de combate ao crime organizado e salvaguarda aos direitos fundamentais.

Sem a correta captura e responsabilização daqueles que orquestram os eventos criminosos nas sombras, não há de se cogitar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais, que se encontram em risco enquanto as organizações criminosas, mormente as de caráter mafioso, estendem seus tentáculos pelo Estado, silenciosamente tomando controle da economia, da política e da Administração Pública. Trata-se de verdadeira ameaça ao Estado Democrático de Direito e ao ideal republicano.

Nesse sentido, há existência de tratados internacionais, como a Convenção de Palermo⁵ ou de Barbados⁶ (art. 5º, §3º, CR), assim como mandados expressos contidos no próprio corpo da Constituição da República (arts. 4º, VIII e 5º, XLIII, CR). A rigor, não deveriam demandar muitos questionamentos sobre a constitucionalidade do instituto sob a análise e sob a ótica ora propostas.

Não obstante, cumpre afastar as não raras críticas à teoria no sentido de que esta representaria afronta ao princípio da culpabilidade, legitimando a responsabilização objetiva dos autores mediatos.

5 Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

6 Decreto nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005.

Há uma leitura equivocada da teoria que vislumbra ser a mera detenção de uma posição de comando na estrutura criminalmente organizada suficiente para configurar o domínio sobre o fato.

Ocorre que apenas a ordem emitida dentro de uma estrutura que atenda aos requisitos da teoria da organização gera a autoria mediata, mas essa ordem, por via de regra, deve ser comprovada. Nesse sentido, impossível falar em responsabilidade objetiva, sendo que a ordem e o dolo do autor mediato devem ser demonstrados pela acusação no caso concreto.

Defende-se, contudo, que seria prescindível a prova do dolo, em termos de evolução hermenêutica, na hipótese de domínio de organizações criminosas constituídas tão somente para a prática de crimes, desde que haja prova irrefutável: (i) da existência da organização; (ii) do efetivo comando do investigado ou processado e, pois, de seu caráter não fungível na estrutura; e (iii) da prática de um crime qualquer no contexto da organização criminosa.

Logicamente que, havendo prova, no caso concreto, de que algum executor praticou crime ao arrepio do comando do chefe da organização, este pode ser absolvido, mas nesse caso deveria haver verdadeira inversão do ônus da prova, cumprindo-lhe mostrar que naquela hipótese a organização não agiu sob seu comando como de costume.

Aceitando-se a premissa de que os Estados, diante das novas formas de criminalidade, já apresentam explicitamente em seus respectivos ordenamentos diferentes políticas criminais legitimando, inclusive, uma legislação excepcional para a criminalidade organizada, é crucial a evolução dogmática do concurso de pessoas para os fins de se adotar a teoria do domínio da organização, prescindindo-se da prova do elemento subjetivo do tipo aos comandantes e chefes das organizações criminosas, quando patente a função de comando, a prova irrefutável da existência da organização ilícita e a prova cabal da prática de algum crime por subordinado (fungível) dentro da estrutura piramidal.

Kai Ambos (AMBOS, 2011, p. 8), no mesmo sentido, sustenta que a “*teoría del dominio de la organización*”, tanto no Tribunal Penal Internacional, como na Suprema Corte Peruana, por ocasião do julgamento de Fujimori, já adotaram a teoria de Roxin, de forma mais expansiva do que a inicialmente idealizada pelo autor.

Assim, se a teoria, em um primeiro momento, foi arquitetada para constituir novo instrumento de direito material para a solução dos problemas atinentes ao concurso de pessoas, é seguro constatar que a história, a doutrina e a jurisprudência lhe

renderam expressivas evoluções dogmáticas.

Nesse sentido, Coelho destaca que a interpretação histórica não deve limitar-se ao exame de documentos históricos e insiste na relevância de considerar os elementos histórico-sociais que circundam o objeto de estudo (COELHO, p. 217). Todavia, sem desconsiderar a relevância do sentido e contexto originais para a compreensão do objeto, é crucial ter em mente que após as transformações da história, ele deverá ser adaptado às condições sociais eternamente cambiantes.

É dessa exegese expansiva que se deduz existirem frutos de direito processual penal a serem colhidos da teoria do domínio do fato.

Constatado que um ponto normalmente comum às organizações criminosas é a existência de um cargo de comando responsável por proferir ordens e autorizar o atuar de seus subordinados, executores materiais dos desideratos ilícitos, é de se notar que existem algumas peças infungíveis dentro da estrutura. É dizer que as condutas ilícitas dos executores necessariamente passam pelo crivo desse indivíduo, que tem a palavra final e profere a ordem, funcionando como um filtro. Outrossim, cuida-se de indivíduo que guarda maior relevância no contexto da estrutura, razão pela qual não tem natureza intercambiável como os demais integrantes, comumente seus inferiores hierárquicos.

Caso a acusação demonstre que existe um cargo de comando que filtra e autoriza as ações criminosas de seus inferiores hierárquicos; que estas ações são ligadas ao funcionamento e finalidades da estrutura; e que determinado indivíduo, no caso o réu, ocupa esse cargo, forçoso concluir que há substrato lógico suficiente para que se opere o fenômeno jurídico da inversão do ônus da prova, devendo a própria defesa demonstrar que aquele comando apontado da denúncia não emanou do cargo que, comprovadamente, é ocupado pelo acusado.

Patente que essa análise não implica em uma mera responsabilização objetiva, porquanto a acusação denuncia com base nas provas cabais existentes do funcionamento da organização, que, por sua configuração diferenciada, cria uma espécie de presunção de dolo, que só pode ser afastado pela defesa, a quem passa a pertencer o ônus da prova.

Em suma, não há qualquer óbice para incorporar a teoria do domínio do fato ao ordenamento jurídico pátrio e nem tampouco na imediata prática forense, inclusive acompanhada dos avanços de política criminal supra-expostos. É desejável, todavia, que mudança legislativa traga maior segurança jurídica, tal qual se deu com o instituto da colaboração premiada.

4.1. FLEXIBILIZAÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E VEDAÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE

Inexorável que a criminalidade organizada não pode ser tratada como a criminalidade comum, sob pena de incorrer em um invariável anacronismo, reservando soluções antigas para problemas novos.

O distanciamento do Direito Penal clássico de inspiração iluminista, não raras vezes, significa a adoção de certas medidas de política criminal que caracterizam um Direito Penal de inimigos ou uma terceira velocidade do Direito Penal, com a flexibilização de garantias, inclusive constitucionais, até mesmo nas penas privativas de liberdade.

Nenhum direito ou garantia é sabidamente absoluto.

Assim, como as garantias individuais fundamentais se prestam, no Estado Democrático a limitar os excessos do Estado, restringindo o arbítrio; os direitos sociais, dentre eles a segurança, configuram um norte para a relativização de direitos no contexto de uma criminalidade que atenta contra a própria ideia de Estado de Direito.

Larenz, por exemplo, aduz que esses conflitos devem ser enfrentados “mediante uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que ela confere ao bem na respectiva situação. Mas ‘ponderar’ e ‘sopesar’ é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis” (LARENZ, p. 575-576).

Como se vê, não é o caso de afirmação de uma verdade, o que torna impossível matematizar a questão. O próprio Larenz, aliás, salienta que o recurso a uma “ponderação de bens no caso concreto” decorre, na verdade, da inexistência de uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que se possa ler o resultado como numa tabela (LARENZ, p. 575-576).

Em casos excepcionais, aliás, Dworkin justifica como se deve dar o aproveitamento de uma regra em detrimento temporário de outra:

Quando dois princípios entram em colisão, tendo um que ceder em face do outro, isto não significa que o princípio afastado será declarado inválido. Esta relação de precedência ressalta o aspecto de que, diante de determinadas situações, o princípio A preceder o princípio B e, ao revés, sendo observadas outras situações, passa o princípio B a preceder o princípio A. (DWORKIN, 271-272)

Dworkin, sob o mesmo prisma, acentua que “conflitos de regras se levam a cabo

na dimensão da validade; a colisão de princípios – como somente podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar além da dimensão de validade, na dimensão do peso” (DWORKIN, 439; ALEXY, 2004; BARROS, p. 204).

Como se vê, não basta neste contexto de modernidade, que propugna por fórmulas racionais para enfrentar a criminalidade organizada e o terrorismo, uma simples afirmação ou construção de um modelo de princípios constitucionais para que a anunciada verdade alcance consenso. Aliás, o consenso já não é natural no mundo acadêmico, quanto mais na opinião pública (MORAES, 2008, p. 298).

Bobbio recorda uma polêmica similar sobre o grande contraste histórico que dividiu os seguidores das duas ideologias dominantes há mais de um século - liberalismo e socialismo: “nenhum dos dois ideais pode ser realizado em suas extremas conseqüências sem alguma limitação às possibilidades de realização do outro” (BOBBIO, p. 112-113).

Há, todavia, uma tendência global no sentido de flexibilizar garantias constitucionais, ou melhor dizendo, de conciliá-las ou balanceá-las com outras garantias fundamentais ou sociais (vida, integridade física, segurança etc.) quando se trata de crimes que atentam, de forma difusa, contra interesses sociais.

Não se pretende justificar, aprioristicamente, uma política combativa a inimigos marcada por flexibilizações de garantias, até porque a construção de Jakobs foi concebida como uma política criminal de exceção.

Fato é que a realidade, por suas características únicas, exige um tratamento diferenciado na forma de investigação e combate, no processo penal e na execução da pena, perpetrando o princípio da isonomia e assegurando a proteção penal suficiente dos bens jurídicos.

O crime organizado transnacional e violento, assim como o terrorismo são, sem dúvida, fenômenos criminosos excepcionais.

Para sintetizar a questão, antes de adentrar nos pormenores, vale lembrar as valiosas lições de Ponte:

Atualmente, o combate a determinadas práticas criminosas, como o narcotráfico; a criminalidade organizada; a lavagem de dinheiro; os crimes que atentam contra bens difusos e coletivos; os crimes eleitorais, dentre outros, exige uma nova leitura do Direito Penal que permite, por vezes, a flexibilização de algumas garantias constitucionais em busca de um valor maior, representado pela Justiça Social. Caso todos os direitos e garantias individuais previstos em nosso texto constitucional fossem considerados de forma absoluta, certamente não existiriam meios eficazes de combate às formas de criminalidade indicadas. Medidas excepcionais e, por vezes,

necessárias, como a quebra de sigilo fiscal, telefônico e telemático seriam consideradas práticas ilegais; o mesmo acontecendo com a infiltração de agentes em organizações criminosas; a delação premiada que resultasse em perdão judicial, etc. (PONTE, p. 164)

Nesse diapasão, a leitura dos preceitos do garantismo penal edificados por Ferrajoli – construídos no contexto de contra-golpe da política de combates às máfias italianas (FERRAJOLI, 2006) - revelam uma insuficiência normativa para as demandas da pós-modernidade.

O garantismo penal não pode se apegar a uma visão unidimensional, de maneira que somente observe os direitos fundamentais em sua acepção negativa, como ferramentas que buscam limitar o poder estatal (FELDENS, p. 55-56). Adotar essa leitura para o crime organizado feriria o princípio da proporcionalidade, que pendula em duas extremidades: a limitação do poder estatal e a necessidade de proteção penal suficiente mediante ações do Estado.

Uma proteção insuficiente culminaria na perda da crença na efetividade da ideia de Estado de Direito e, por conseguinte, incitaria a justiça privada e surgimento de entes paraestatais, concorrentes contra o Estado, em outras palavras, o crime organizado. O Estado ficaria em segundo plano e a anomia fortaleceria o Estado paralelo comandado pelo crime organizado.

É daí que surge a necessidade de adotar um garantismo integral, que pese nas duas grandes acepções da proporcionalidade, máxime para resguardar os direitos fundamentais de forma suficiente, violados ou ameaçados de lesão por essas graves formas de criminalidade como terrorismo e crimes perpetrados por organizações criminosas.

Vedada é a proteção penal insuficiente.

Assim, nas palavras de Turessi, “(...) a colheita da prova no âmbito da criminalidade organizada e, por corolário, sua valoração, devem receber um olhar diferenciado daquele lançado para a análise dos elementos de convicção produzidos no âmbito da criminalidade comum” (TURESSI, p. 242).

Para o combate ao crime organizado, uma releitura é imprescindível, principalmente no que diz respeito aos tradicionais dogmas do concurso de pessoas, solução encontrada na teoria do domínio do fato.

Nosso ordenamento já comporta certas flexibilizações. A Lei de Organizações Criminosas é repleta delas, como quebra de sigilo bancário, quebra de sigilo telefônico, infiltração de agentes e os institutos da colaboração e delação premiada, todas essenciais

para o combate do crime organizado.

A construção de estratégias de combate à criminalidade organizada, pautadas no uso dos instrumentos de direito material, investigativos e processuais previstos, são indispensáveis, mormente com o protagonismo do Ministério Público. Nas palavras de Lemos Júnior:

Embora a questão seja inquietante e geradora de polêmica - no Brasil a presença do Promotor de Justiça na investigação criminal ainda incomode muita gente, especialmente a maioria dos Advogados Criminalistas e alguns Delegados de Polícia - , não há mais como resistir quanto a necessidade do representante do Ministério Público estar à frente da investigação de organizações criminosas. Destacamos, sobretudo, que, neste tema, esse é o maior anseio da sofrida sociedade brasileira. (LEMOS JÚNIOR, 2001, p. 75-76)

Está se tornando evidente que as garantias e os princípios utilizados pela doutrina quase como uma cartilha - necessidade, proporcionalidade, exclusiva proteção de bens jurídicos, legalidade, taxatividade, anterioridade, ofensividade, fragmentariedade e subsidiariedade – (GOMES, p. 32-33), soam como mero discurso acadêmico inócuo frente a dimensão da criminalidade contemporânea (MORAES, 2008. 296).

Não bastasse isto, boa parte da doutrina parece olvidar, quando trata do tema, que a própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente disciplina em seu art. 29 que:

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes à supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

O tão festejado Asúa, por sua vez, também ressalta que:

se a liberdade fosse um valor por si somente, admitiria a maximização: quanto mais liberdade, maiores bens. E basta fazer mentalmente o ensaio, para convencer-se de que a liberdade levada a tais extremos cairia em libertinagem. (...) Não se deve esquecer isto quando se constrói o Direito Penal do futuro. Durante o tempo que, e posto que a liberdade não é um valor em si, senão que persegue um fim, teremos que proclamar que não há liberdade contra a liberdade, e que o Estado tem

direito de defender-se. (ASÚA, p. 73)

O próprio Supremo Tribunal Federal, aliás, ilustra o quão difícil é o trato do tema e que, a rigor, nenhum direito é absoluto. Embora tenha entendido que “no Estado de Direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos”,⁷ esse Tribunal já decidiu que para o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade “em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável”.⁸

Como leciona Bacigalupo, o princípio da proporcionalidade tem transcendência na medida em que o Direito Penal constitui uma limitação de direitos fundamentais: “entre las condiciones bajo las cuales es legítima la limitación de un derecho fundamental se encuentra también la proporcionalidad que debe existir entre la limitación y la importancia del derecho afectado” (BACIGALUPO, p. 94).

Assim, sentencia Moraes Jr., questionando: “Devemos renunciar à faculdade de distinguir entre cidadãos honestos e facínoras, ou sequer devemos cogitar dessa ignominiosa, que a todos nos atiraria à vala comum da amoralidade opaca?” (DIP; MORAES JÚNIOR, p. 44-45).

CONCLUSÕES

1. O concurso de pessoas é o instituo de Direito Penal que se presta a estudar as diversas formas de contribuição no ilícito quando duas ou mais pessoas se unem para a prática de crimes, sendo certo que, com o decorrer dos avanços dogmáticos, foram se consolidando diversas teorias e sistemas, valendo ressaltar os sistemas unitário e diferenciador, bem como os conceitos restritivo e extensivo de autoria.
2. Os conceitos restritivos diferenciam as figuras de o autor e partícipe: autor seria aquele que realiza a conduta nuclear descrita no tipo penal, enquanto o partícipe atua de forma acessória, contribuindo para o delito do principal.
3. A prática forense brasileira tem se socorrido a teorias mais progressistas no que tange o concurso de pessoas, dentre elas, a teoria do domínio do fato. Ela pode ser mapeada como produto de uma expansão razoável do Direito Penal no desiderato de oferecer uma proteção efetiva dos bens jurídicos tutelados. Busca responder quem é autor e quem é partícipe no plano do injusto e se revela como a construção teórica que trouxe as soluções mais satisfatórias no que tange ao problema da autoria mediata, mormente no

7 STF, HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04.

8 STF, HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/03.

que diz respeito a organizações criminosas, estatais e paraestatais.

4. A teoria, na concepção de Claus Roxin, observa o autor como a figura central do acontecer típico e trata o conceito de autoria como um conceito aberto, em constante expansão de acordo com a evolução do concurso de pessoas no plano do ôntico. A teoria, ademais, seria dividida em três critérios norteadoras: (i) o domínio da ação; (ii) o domínio funcional do fato; e (iii) o domínio da vontade. Este último, por sua vez, teria três subespécies: (iii.1) o domínio por coação; (iii.2) o domínio por erro; e (iii.3) o domínio da organização.

5. O domínio da organização é, sem dúvida, o aporte mais rico de Roxin à dogmática penal. Enquanto a dogmática jurídica sobre o concurso de pessoas, historicamente, foi construída sob a ótica da criminalidade comum, como o crime de roubo e homicídio, não foi arquitetada tendo em vista a natureza diferenciada do crime organizado, que demanda um tratamento específico para seu combate. Nesse esteio, de acordo com a teoria da organização, aquele que ocupa uma posição de comando, em uma estrutura de crime organizado, estatal ou paraestatal, dotada de executores fungíveis e dissociada da ordem jurídica, não é mero partícipe do delito praticado por seu subordinado no contexto da organização, senão verdadeiro autor mediado.

6. A teoria do domínio do fato é plenamente compatível com o direito positivo brasileiro, em consonância com a legislação constitucional e infraconstitucional, sendo certo que o sistema jurídico já possui um leque de institutos e dispositivos que guardam inexorável semelhança deôntica com a teoria.

7. Se compreende que seria prescindível a prova do dolo na hipótese de domínio de organizações criminosas constituídas tão somente para a prática de crimes, desde que haja prova irrefutável: (i) da existência da organização; (ii) do efetivo comando do investigado ou processado e, pois, de seu caráter não fungível nos quadros da estrutura, ao contrário de outros membros subordinados; e (iii) prova suficiente da prática de um crime qualquer no contexto da organização criminosa, cabendo, na hipótese, somente a inversão do ônus da prova em hipótese em que algum subordinado tenha agido à revelia do chefe da organização.

8. Em relação à questão constitucional, a teoria do domínio da organização traz uma tutela mais efetiva aos direitos fundamentais, revelando-se legítima e constitucional, mesmo com aplicação excepcional, segundo uma ótica de garantismo integral e de proteção jurídica suficiente de bens jurídicos. Isso porque a responsabilização efetiva e apropriada dos líderes de organizações criminosas como verdadeiros autores é medida imprescindível para atingir uma proteção penal suficiente dos bens jurídicos ameaçados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. 2ª ed. Madri: Gedisa, 2004.
- AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valoração crítica e ulteriores contribuições**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 10, jan/mar de 2002, p. 43-72.
- _____. **Sobre la “organización” en el dominio de la organización**. Barcelona: Revista Indret, 07/ 2011.
- ARENDT, **Hannah. Eichmann em Jerusalém**. Editora Companhia das Letras, Trad. Jose Rubens Siqueira, 1999.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, 1990.
- BACIGALUPO, Enrique. **Justicia Penal y Derechos Fundamentales**. Barcelona: Marcial Pons, Monografias Jurídicas, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda – razões e significados de uma distinção política**. São Paulo: Editora Unesp. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 1995.
- CIA, Michele. **O Direito Penal de Emergência. In Direito Penal Avançado: Homenagem ao Professor Dirceu de Mello**. Curitiba: Juruá, 2015.
- COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Autoria e participação no domínio da criminalidade organizada: alguns problemas**. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 355-371.
- DIP, Ricardo; MORAES Jr.; Volney Corrêa Leite de. **Crime e Castigo: Reflexões Politicamente Incorretas**. Campinas: Millennium, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, Trad. Nelson Boeira, 2002.
- ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal**. 2ª ed.

Editora Livraria do Advogado, 2012.

_____, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. 2ª ed. Editora Livraria do Advogado, 2012.

FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva. **Constituye la “fungibilidad” del ejecutor inmediato un presupuesto estructural imprescindible de la autoría mediata en aparatos organizados de poder?** Buenos Aires: Revista de Derecho Penal, nº 1, 2005, p. 337-391.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **O Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais do Século XXI, v. 6, 2002.

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

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEMOIS JÚNIOR, Arthur Pinto de. **Crime Organizado: Uma Visão Dogmática do Concurso de Pessoas**. 1ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

_____, Arthur Pinto de. **Caderno Jurídico - ESMP**, Vol. 3, 2001, p. 57-117.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Caderno Jurídico da ESMP**, São Paulo, Vol. 1, abr. 2001, p. 169-178.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 1979.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**. 6ª ed. Noções e Críticas. Editora Livraria do Advogado, 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Política Criminal pós-88: O Ministério Público e a Dualidade entre Garantismos Positivo e Negativo**. In “Ministério Público – Vinte e cinco anos do novo perfil constitucional”, Ed. Malheiros, Coordenação: Walter Paulo Sabella, Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e José Emmanuel Burle Filho, 2013, p.750-779.

_____. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **A teoria dos Mandados de Criminalização e a Corrupção**. Revista Jurídica da ESMP, vol. 5, 2014, p. 43-68.

_____. **O Direito Penal de Emergência**. In **Direito Penal Avançado: Homenagem ao Professor Dirceu de Mello**, Curitiba: Juruá, 2015, Coordenadores: Alexandre Rocha Almeida de Moraes e Luciano de Freitas Santoro, Organização: Alessandra Greco.

_____. **Direito Penal Racional: Propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

- PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida. Os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer.** Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 2011.
- PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal brasileiro - Parte Geral.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais.** São Paulo: Saraiva, 2008.
- TURESSI, Flávio Eduardo. **Breves apontamentos sobre crime organizado, delação premiada e proibição da proteção penal insuficiente.** Revista Jurídica da ESMP, vol. 3, 2013, p. 229-249.
- ROXIN, Claus. **Autoria y Domínio del Hecho en Derecho Penal.** 7ª ed. Editora Marcial Pons, 2000.
- _____. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata.** Trad. Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Panóptica, vol. 4, nº 3, 2009, p. 69-94.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral.** 3ª ed. Curitiba: Conceito Editorial, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal.** 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____, Jesús-María. **Delitos de Organización.** 1ª. ed. Editora B de f, 2008.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial - A Omissão do Empresário Como Crim.** 1ª ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016.
- WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal.** 4ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ZIEGLER, Jean. **Senhores do Crime. As novas máfias contra a democracia.** Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.