

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO AO NÚCLEO FINANCEIRO DO CASO “MENSALÃO”: ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA.

Bruno Queiroz Oliveira*

Nestor Eduardo Araruna Santiago**

RESUMO

O presente artigo aborda os fundamentos da aplicação da Teoria do Domínio do Fato aos réus do denominado núcleo financeiro do caso “Mensalão”, que foram condenados pelos delitos de lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta nos autos da Ação Penal n. 470, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. O objetivo do escrito é analisar o entendimento firmado por este Tribunal para verificar sua adequação aos pressupostos de aplicação da Teoria do Domínio do Fato, tendo como parâmetro textos de Claus Roxin e outros autores que dissertaram acerca deste sistema. Analisa-se, também, a existência de eventual conflito entre a aplicação da teoria do domínio do fato e o princípio constitucional da presunção do estado de inocência. Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal não observou os requisitos para a correta aplicação da teoria do domínio do fato ao caso citado. Remate-se, ainda, que não existe incompatibilidade entre a Teoria do Domínio do Fato e o princípio da presunção do estado de inocência. No entanto, a aplicação equivocada da referida teoria pelo Supremo Tribunal Federal ocasionou um aparente conflito entre as duas vertentes, enfraquecendo o papel deste Tribunal no Estado Democrático de Direito como realizador do garantismo.

PALAVRAS-CHAVE: Domínio do Fato. Caso Mensalão. Núcleo Financeiro. Princípio da Presunção do Estado de Inocência. Estado democrático de direito. Garantismo.

THE APPLICATION OF THE THEORY OF MASTERY OF FACT TO FINANCIAL CORE CASE MENSALÃO: AN ANALYSIS ACCORDING TO THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE.

* Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Curso de Direito da Unichristus e do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Superior do Ministério Público no Ceará. Advogado e Presidente da Comissão de Acompanhamento da Reforma do Código Penal da OAB/CE. E-mail: brunoroz@bol.com.br

** Advogado criminalista. Doutor em Direito. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD), Graduação em Direito e Especialização em Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Líder do Grupo de Pesquisa “Tutela penal e processual penal dos direitos e garantias fundamentais” - Laboratório de Ciências Criminais (LACRIM) da Unifor. Professor do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: nestoreasantiago@gmail.com

ABSTRACT

This article covers the basics of application domain theory the fact the defendants named financial Core Case Mensalão, all members of the high dome of the Rural Bank, which were condemned by the crimes of money laundering and mismanagement, in the records of the criminal action n. 470, the Federal Supreme Court. The objective of this work is to analyze the content of some votes of Ministers of Brazil's Supreme Court, to verify its suitability to application assumptions of the theory of mastery of Fact, having as parameter texts of Claus Roxin and other authors who spoke about this theory. Also analyzes the existence of possible conflict between the application of the theory of mastery of Fact and the constitutional principle of presumption Innocence. Finally, it is concluded that the Supreme Court did not observe the requirements for the correct application of the theory of mastery of fact to the case cited. It is concluded that there is no incompatibility between the theory of mastery of fact and the presumption of innocence, however, misguided application of that theory by the Supreme Court caused an apparent conflict between the two strands, thus weakening the role of this Court in the democratic State of Law as a provider of the guaranteeism.

KEYWORDS: Domain of the Fact. “Mensalão” Case. Financial core. Presumption of innocence. Democratic state of law. Guaranteeism.

INTRODUÇÃO

Atualmente, um dos pontos mais complexos no Direito Penal consiste na elaboração de critérios para identificação de autores e partícipes nos denominados crimes empresariais, sobretudo quando praticados no âmbito de organizações do ramo financeiro. Isto porque, nos crimes desta natureza, a prova geralmente se dará por um conjunto de indícios da prática delituosa, diferentemente do que ocorre na criminalidade tradicional, como, por exemplo, no homicídio ou nas lesões corporais, situações em que o corpo de delito geralmente é expresso com maior evidência.

O recente julgamento da Ação Penal n. 470 (AP 470), do Supremo Tribunal Federal (STF), o famoso caso “Mensalão”, introduziu grande polêmica no ambiente jurídico-penal brasileiro em torno da correta aplicação da Teoria do Domínio do Fato, idealizada inicialmente pelo jurista e filósofo do Direito Hans Welzel, tendo sido posteriormente lapidada pelo penalista, também alemão, Claus Roxin. Além de ser utilizada em desfavor de José Dirceu, ex-Ministro da Casa Civil do Governo do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, mencionada teoria também fora utilizada como fundamento para a condenação dos antigos gestores do Banco Rural, Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane – pertencentes ao núcleo financeiro do caso “Mensalão” - que restaram condenados pelos

delitos gestão fraudulenta (*caput* do art. 4º da Lei n. 7.492/86) e lavagem de dinheiro (artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n. 9.613/1998, na redação anterior à Lei n. 12.683/2012).

Houve muitas críticas de parte da doutrina especializada relativamente à aplicação da citada teoria para legitimar a condenação do ex-Ministro e dos referidos gestores, especialmente se considerada a proibição de responsabilidade objetiva no Direito Penal e o princípio constitucional da presunção do estado de inocência, ou de não culpabilidade, decorrente da consagração dos direitos e garantias fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988 (CF).

De modo geral, a teoria do domínio do fato é expressa de maneira simplista na doutrina penal brasileira, uma vez que poucos autores a abordam com maior profundidade e, quando o fazem, poucas vezes recorrem às obras de Claus Roxin, seu principal elaborador teórico na área criminal, o que enseja pouca credibilidade em torno da sua correta compreensão e consequente aplicação (STRECK, 2012).

De tal modo, com base na doutrina especializada e em estudo de caso, este trabalho tem por objetivo analisar os pressupostos de aplicação da referida teoria e se houve análise exauriente desses balizamentos no curso do julgamento da AP 470 pelos ministros do STF, especialmente na parte que trata dos fundamentos da condenação dos integrantes do núcleo financeiro do esquema criminoso.

No momento inicial, serão analisados a origem e os pressupostos de aplicação da teoria do domínio do fato, inclusive seu reconhecimento no âmbito internacional. Na sequência, examinar-se-á o entendimento firmado pelo STF na parte que trata do núcleo financeiro e a aplicação da teoria do domínio do fato. Ao final, cuidar-se-á da compatibilidade de aplicação dessa teoria à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em especial, ao lume do princípio da presunção do estado de inocência e consequente derivação para o garantismo penal.

1 LINEAMENTOS ACERCA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A Teoria do Domínio do Fato¹ foi constituída com melhor arcabouço dogmático por Claus Roxin no ano de 1963, com o objetivo de oferecer resposta adequada aos problemas de

¹Em verdade, a ideia de domínio do fato fora tratada anteriormente por Welzel, na década de 1930, numa fase de superação filosófica do Neokantismo. Para Welzel, os conceitos jurídicos se devem formular não atendendo ao fim da norma, tampouco ao juízo de valor, mas por estruturas ontológicas, ou seja, por formações prévias ao ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, a diferença fundamental entre autoria e participação não reside em preceitos do Direito Positivo, mas sim em manifestações da atuação final dentro do mundo social. Para esse jurista alemão, a característica principal do autor do delito consiste justamente na ideia de este ter o domínio final da situação fática (TOSTÉ, 2003, p. 21)

delimitação entre os sujeitos intervenientes do delito, ou seja, entre autores e partícipes (ROXIN, 2000, p. 20).

Toda elaboração acerca do domínio do fato parte, inicialmente, do sistema teórico sobre a autoria no Direito Penal, na perspectiva de que autor é aquele atuante no domínio do fato, ou seja, é a figura central do acontecer típico, enquanto o partícipe é aquele que contribui para o fato criminoso de modo secundário. Portanto, de acordo com a citada teoria, domínio do fato consiste na direção do curso causal de modo ostensivo para sua realização e de maneira a controlar o já mencionado acontecer típico.²

Com suporte na ideia inicial, para Roxin, o conceito de autor adquire conteúdo ante a matéria jurídica atinente a três categorias de delitos, ou seja, de domínio, de infração de um dever e de mão própria. Desse modo, em cada um desses ilícitos, a figura central do agir concreto da ação possui variação.³ Nos delitos de domínio, a figura central de todos os questionamentos reside naquele que detém o poder de dominar o acontecer típico, de modo que esta hegemonia poderá ocorrer pelo domínio da ação ou pelo domínio da vontade. Nos delitos de infração de dever, por sua vez, o que se protege é a não violação de um dever normativo. Nesse caso, não é o domínio do fato que fundamenta a autoria, mas sim a infração de um dever extrapenal. Já os delitos de mão própria dizem respeito a infrações nas quais a conduta principal somente poderá se efetivar de maneira direta e personalíssima (TOSTÉ, 2003, p. 23).

No grupo dos delitos de domínio, Roxin estabelece uma subdivisão entre o domínio sobre a própria ação, vale dizer, domínio do agente que realiza pessoalmente todos os elementos do tipo penal, e, por isso, deve ser denominado de autor mediato; e o chamado domínio da vontade de um terceiro, que por motivo de erro ou coação se transforma em mero instrumento de realização da conduta delitiva.⁴ No segundo grupo dos delitos de domínio, Roxin propõe o reconhecimento da possibilidade de domínio por uma estrutura organizada de poder. Desse modo, a pessoa que se utiliza de uma organização estruturalmente hierarquizada e dissociada da ordem jurídica e emite ordens cujo cumprimento deve ser efetivado por

²O Código Penal Brasileiro estabelece, no seu artigo 29, a regra segundo a qual, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade. O diploma penal brasileiro não se preocupou em definir os conceitos de autor, cúmplice ou instigador, pois apenas estabeleceu parâmetros e fixação de penas para os envolvidos. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004, p.633)

³Conforme esclarecem Greco e Leite (2011, p. 90), a teoria do domínio do fato não se aplica a todas as espécies de delitos, não sendo aplicável aos de dever, de mão própria e culposos.

⁴ Ao exculpar o homem da frente, nos casos de coação, a ideia desta teoria reside em responsabilizar pelos atos do primeiro o *homem de trás*, com base no princípio da responsabilidade. O mesmo raciocínio se aplica aos casos de erro provocado por terceiro, pois, nessas hipóteses, o homem da frente funciona como uma marionete.

autores fungíveis, os quais funcionam como meras engrenagens da estrutura de poder, não deve ser enquadrada na teoria do concurso de pessoas como mero partícipe, mas como autor do crime (GRECO; LEITE, 2011, p. 102).

A terceira modalidade de autoria mediata, denominada por Roxin de autoria mediata por domínio de vontade em aparatos de poder organizado, surgiu como formulação teórica que visava a apontar uma solução dogmática para os problemas de autoria surgidos acerca da vinculação penal que deveria ser objeto de imputação aos órgãos centrais e entes estratégicos do crime organizado. Tais órgãos não intervinham diretamente na execução dos delitos praticados por essas estruturas de poder organizado, mas, por outro lado, participavam decididamente das atividades de decisão, programação e planificação das atividades ilícitas (ROXIN, 2009, p. 80).

Inicialmente, a teoria do domínio do fato fora aplicada para os crimes de Estado, uma vez que tais figuras delitivas decorriam da prática de delitos por parte de funcionários públicos com excesso total no exercício de suas funções. Desse modo, não há apenas uma conexão com o exercício da função, mas uma implementação desse ofício para o propósito criminoso. Nos crimes de Estado, a característica comum é haver um plano que envolve diversos elementos do setor público, segundo cada caso, ou seja, corpos de segurança, serviços secretos, serviços de inteligência, bem como cabeças de líderes do Poder Público. Nesse sentido, o plano criminoso não só se desenvolve, mas, ao mesmo tempo, tem seus vestígios ou provas apagados como forma de encobrir a prática delituosa (CHORRES, 2010, p. 95).

2 APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Em razão da grande dificuldade de delimitação da responsabilidade criminal no âmbito das organizações criminosas, especialmente em relação aos delitos praticados com a participação de funcionários públicos, a Teoria do Domínio do Fato recebeu grande acolhida nos tribunais de diversos países, a exemplo de Argentina, Alemanha e Peru. A teoria fora aplicada, inicialmente, para o julgamento dos crimes praticados pelo nazistas contra os judeus, durante a Segunda Guerra Mundial e teve como julgamento-paradigma, o caso conhecido como “Eichmann” (DUTRA, 2012, p. 123).

Adolf Eichmann exercera cargo intermediário no período da Alemanha Nazista, e, sob o comando de Adolf Hitler, embarcou milhares de homens, mulheres e crianças para a morte, mandando-as para os campos de concentração nazistas, com grande cuidado na execução das ordens do *Führer*. Logo após a queda de Hitler, fugira, mas, no ano de 1960, foi

capturado na Argentina e, posteriormente, submetido à Corte Distrital de Jerusalém. Em sua defesa, alegou, em suma, ter sido obediente às normas do Estado Alemão, uma vez que cumpria, com obediência, as ordens do *Führer*, que tinham força de lei, na fase do Terceiro Reich. Desse modo, suas condutas estariam abergadas pelo princípio da legalidade. Durante o julgamento, Eichmann alegou em sua defesa, outrossim, que jamais tinha matado qualquer pessoa com as próprias mãos, tampouco teria pego em armas, e que, ante tal asserção, em caso de condenação, somente poderia ser enquadrado como partícipe, e não como autor dos delitos (CHORRES, 2010, p. 98). As teses levantadas, por seu turno, não foram acatadas pelo Corte de Jerusalém, o que resultou na condenação do réu, no ano de 1962, à pena de morte, em razão do massacre de seis milhões de judeus, crimes de guerra e contra a humanidade.⁵

Outro caso paradigmático de aplicação da Teoria do Domínio do Fato diz respeito ao julgamento do agente Staschynskij, o qual fora condenado no ano de 1962, pelo Superior Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*), enquadrado na qualidade de cúmplice do assassinato praticado contra dois ex-políticos da República Federal, sob ordens de um serviço secreto estrangeiro. Nesse caso, firmou-se o entedimento de que o citado agente não agiu por impulso próprio, pois cometera os crimes no interesse dos mandantes (CHORRES, 2010, p. 98).

Na América do Sul, merece destaque a aplicação da citada teoria no âmbito da Câmara Nacional de Apelações da Argentina, em razão do julgamento dos delitos praticados pela Junta Militar, instalada com o golpe de Estado datado de 24 de março de 1976. Na ocasião do julgamento, no ano de 1985, foram condenados cinco comandantes das Forças Armadas Argentinas, por terem ordenado a prática de diversos crimes, como sequestro, tortura e homicídio, tendo como vítimas adversários políticos. No ano de 2007, os condenados foram beneficiados por indulto concedido mediante decreto assinado pelo ex-Presidente Carlos Menem, que, posteriormente, fora considerado inconstitucional por decisão da Câmara Nacional de Apelações, em razão da imprescritibilidade dos delitos praticados contra a humanidade (DUTRA, 2012, p. 106).

No Peru, a primeira ocasião em que restou aplicado o conceito de autoria mediata por aparatos de poder organizado ocorreu em 13.10.2006, em decisão pronunciada pela Sala

⁵O Tribunal Distrital de Jerusalém considerou que, em crimes de grande monta e complexos, como o caso dos nazistas, nos quais participam várias pessoas, em distintos níveis e diversas maneiras, não há muita razão para utilizar os conceitos comuns em relação à participação no delito, mormente em relação aos planejadores da ação delituosa. A Corte considerou, ainda, que os crimes foram cometidos em massa, não somente em relação ao número das vítimas, mas também no que se refere ao número daqueles que executavam os crimes. Além disso, para esta Corte, a maior ou menor distância entre cada um dos criminosos e o assassinato das vítimas em nada afastaria o grau de responsabilidade dos envolvidos. (ARENDDT, 1983, p. 41)

Penal Nacional, posteriormente confirmada pela Sala Penal da Corte Suprema Peruana, no processo instaurado contra Abimael Guzman, fundador e líder da organização guerrilheira Sendero Luminoso, responsável pelo massacre de 69 camponeses, dentre os quais crianças, mulheres e idosos, na cidade de Lucanamarca, no ano de 1983 (CONDE, 2011, p. 82). Houve também a condenação do ex-Presidente Alberto Fujimori, em razão dos assassinatos praticados pelo serviço secreto daquele País contra os oponentes do governo. No caso, a Corte Suprema Peruana condenou o ex-presidente pelas práticas de sequestro, homicídio e lesão corporal contra um grupo de 29 pessoas. Nesse julgamento, houve minuciosa análise da teoria do domínio do fato, inclusive com indicação dos seus requisitos para aplicação no caso concreto, ou seja, mando do superior, a desvinculação da organização em relação ao ordenamento jurídico, a fungibilidade do executor direto e a elevada disponibilidade do executor para a execução do ato (SCHROEDER, 2010, p. 7).

A Corte Penal Internacional imputou crimes por domínio funcional do fato no caso que resultou na condenação de Abdallah Banda Abakaer e Jerbo de Mohammed Saleh. Para esta Corte, o primeiro elemento para reconhecimento da Teoria do Domínio do Fato será a coautoria baseada na existência de um plano comum, de modo que se os patrocinadores estão cientes da ocorrência do risco de realização de determinados delitos, a perfectibilização destes implicará na aceitação dos resultados. Além disso, a Corte reconheceu que somente quem ocupa posição fundamental e dispõe de poder para frustrar a execução de delito poderá ser enquadrado como autor, de acordo com o domínio do fato (GIL, 2013, p. 123)

4 A NATUREZA JURÍDICA DO DOMÍNIO DO FATO POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Em matéria penal, em princípio, só deve ser punido quem executa o núcleo do tipo penal ou de qualquer modo concorre para a execução do delito (ver art. 29, *caput*, do Código Penal brasileiro - CP). Embora, sob esta perspectiva, pareça que autor é quem aparece como o padrão natural de infrator, ainda restam muitas dúvidas acerca das situações em que alguém possa ser enquadrado como tal, especialmente naquelas hipóteses em que a realização dos eventos descritivos da norma penal consistem no resultado do trabalho conjunto de várias pessoas.

Na doutrina tradicional, a intervenção penal, em princípio, deve ser excluída se o agente não ultrapassar a fase da cogitação, ou seja, existe uma rejeição ao Direito Penal orientado com base na atitude interna do autor, de modo que se torna necessária a existência de um fato como o conteúdo central do tipo penal, dentro do critério de caracterização do princípio da ofensividade ou lesividade. A diferenciação de critérios entre autor e partícipe consiste

precisamente no domínio do fato, uma vez que, sob este conceito, o autor deverá ser o indivíduo que domina a realização do crime, objetiva e subjetivamente, à medida que a infração não poderia ter sido praticada sem a sua intervenção e decisão de cometê-la. O partícipe, por outro lado, é apenas, como o nome indica, alguém que favorece, ajuda, induz ou coopera na prática de algum crime, cuja realização, no entanto, depende da vontade de outra pessoa, sem realizar diretamente o conteúdo cristalizado no verbo tipificado na norma penal incriminadora (HIDALGO, 2007, p. 221).⁶

Outros autores, a exemplo de Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 806), defendem a ideia de que o “homem de trás”, em verdade, deverá ser enquadrado como instigador, uma vez que o primeiro não possui domínio pleno sobre a conduta do “homem de frente”, com exceção dos casos de erro ou coação. Nesta senda, o executor do ato poderia agir de maneira diversa da pré-estabelecida pelo aparato criminoso, de modo a praticar o seu ato de acordo com o princípio da responsabilidade. Consoante esse entendimento, o executor do ato final somente praticará tal conduta porque possui livre decisão e consciência dos seus atos.

Roxin (2000, p. 272) critica a possibilidade de enquadramento do “homem de trás”, na forma de instigação, uma vez que nas estruturas das organizações criminosas existe uma relação intimidativa de hierarquia e poder, vale dizer, há uma expressão de domínio bastante característica destes aparatos de poder, o que afastaria a figura da mera instigação. Não se trata de simples estímulo para que o executor pratique o ato desejado, mas sim de um verdadeiro *domínio* sobre a vontade do homem de execução. Além disso, o instigador deve repassar a decisão sobre a realização do fato para o autor, circunstância que dificilmente ocorre nas estruturas de crime organizado. Além disso, o instigador precisa buscar um autor individualmente determinável, algo desnecessário no interior de uma organização delitiva, uma vez que é possível deixar que o fato se realize praticamente de forma automática. O instigador funciona como figura lateral de realização do fato, enquanto o condutor de uma organização aparece como figura central do acontecimento. Para Roxin, o instigador nunca estará no centro do poder decisório. Em verdade, aquele que instiga poderá até despertar a tomada de decisão, mas deve abandonar o posterior desenvolvimento do acontecer típico (ROXIN, 2011, p. 16).

A figura da coautoria também chegou a ser cogitada, na medida que haveria uma divisão de tarefas entre o dirigente do aparato de poder e o “homem da frente” (DUTRA, 2012, p. 72). Para Roxin, no entanto, não existe uma decisão comum para a prática do fato

⁶Segundo Busato (2013, p. 711), apesar de não ter sido adotada explicitamente, a Teoria do Domínio do Fato resulta perfeitamente compatível com o Código Penal Brasileiro, tudo recomendando a sua utilização.

delituoso, na medida em que o cumprimento de uma ordem é, na verdade, exatamente o contrário da tomada de uma decisão comum. Além disso, a coautoria possui como fundamento o fato de os concorrentes se encontrarem em posição de paridade, numa estrutura em forma horizontal. No domínio do fato por organização criminosa, ao revés, existe uma estrutura verticalizada, na qual o emissor da ordem e o executor, na maioria dos casos, sequer se conhecem. Demais disso, falta também a execução conjunta do fato para a caracterização da coautoria, porquanto, aquele que emite a ordem, geralmente, não concorre com o seu executor, pelo menos numa forma de contribuição fática (ROXIN, 2009, p. 72).

No caso do domínio do fato por organização criminosa, o próprio Roxin classificou tal hipótese como *terceira forma de modalidade de autoria mediata*, para além das já consagradas hipóteses de coação e erro. Para Roxin, a circunstância de que o aparato da criminalidade organizada assegura, com modo próprio, o resultado criminoso, de maneira que para isso não dependa fundamentalmente do agente que de forma ocasional executa o último ato, de per si, já caracteriza a autoria mediata, porquanto, o verdadeiro instrumento para a execução delitiva é o próprio aparato.⁷ Desse modo, o executor, analisado de forma individual, não perpetra qualquer papel decisivo para organização, uma vez que esta dispõe de muitos agentes para realizar o comando delitivo (ROXIN, 2009, p. 78).⁸

5 REQUISITOS CARACTERIZADORES DO DOMÍNIO DO FATO NOS APARATOS DE PODER ORGANIZADO

Após reconhecer o domínio da vontade por aparatos de poder organizado como forma de autoria mediata, Roxin estabelece requisitos para o enquadramento do agente nessa modalidade de autoria. Para o autor, são quatro os pressupostos para o reconhecimento desse mecanismo de criminalidade: a) poder de mando; b) desvinculação do direito pelo aparato de poder; c) fungibilidade do executor direto e d) disposição essencialmente elevada dos executores para o fato (2009, p. 67).

O *poder de mando* é a capacidade de nível superior estratégica, com vistas a dar ordens ou atribuir funções para parte da organização. Esta capacidade pode ser concedida a algum dirigente, em resposta a uma posição de autoridade, liderança ou ascendência derivada

⁷Roxin (2011, p. 16) rebate a crítica elaborada por alguns autores em relação ao enquadramento do domínio da vontade por aparato de poder como forma de autoria mediata. A crítica consiste na ideia de que o autor imediato domina o fato de forma a ele imputável e esse mesmo domínio do fato não poderia ser atribuído ao homem de trás. Roxin refuta o raciocínio, ao acentuar que existem várias formas de domínio do fato, as quais podem coexistir sem nenhuma objeção. Assim, o domínio exercido pelo autor imediato que executa o fato com as suas próprias mãos não exclui o domínio do fato por aquele que controla a organização.

⁸Roxin (200, p. 273) esclarece que o executor deve responder como autor culpável, embora funcione como uma engrenagem no aparato de poder organizado. A circunstância de o executor possuir responsabilidade penal também em nada modifica a responsabilidade do homem de trás.

de fatores políticos, ideológicos, sociais, religiosos, culturais, econômicos ou de natureza similar. O poder de controle do autor mediato por via da emissão de ordens garante a constituição funcional do aparato organizado (CHORRES, 2010, p.103). Roxin (2009, p. 80), por sua vez, esclarece que muitos autores mediatos podem se organizar uns atrás dos outros, por meio de diferentes níveis de hierarquia. A ordem deve ser entendida como um mandato, que prevê a realização de um evento ou missão e que há de ser cumprida pelo subordinado em atenção ao posto e hierarquia funcional do dirigente que a emitiu, verbalmente, por escrito ou por intermédio de gestos.

Outrossim, o *domínio da vontade por aparatos de poder organizado* depende de que essas organizações funcionem de forma clandestina, que atuem à margem da legislação. O desvio ou desvinculação do direito significa que a organização é estruturada, opera e permanece fora do sistema legal, nacional e internacional. Nestes casos, e consoante o posicionamento mais atual de Roxin (2009, p. 81), a configuração do domínio da organização se configura mesmo que somente parcela do aparelho estatal atue em desconformidade ao direito, permitindo a reiteração de práticas delituosas. Portanto, um estado totalitário, por exemplo, pode atuar como um todo fora do âmbito do sistema jurídico, ou somente em parte. Além disso, ultrapassando o estado totalitário, e como segundo grupo de casos, podem ser mencionadas as organizações clandestinas, secretas e associações semelhantes, que colidem com as normas internas do Estado, como, por exemplo, os grupos terroristas.

Na sequência, aponta-se a *fungibilidade do executor da ordem* como característica para reconhecimento do domínio do fato nas organizações criminosas. Nesta perspectiva, a fungibilidade deve ser entendida como a característica do executor do delito no sentido de ser ele substituído, a qualquer momento, pelo nível estratégico do aparato de poder. A fungibilidade pode ser dividida em duas classes: fungibilidade negativa e positiva. A primeira corresponde ao conceito tradicional que se lhe outorga, ou seja, o executor do delito não se apresenta como pessoa livre e autônoma, mas como indivíduo substituível. Esta fungibilidade negativa significa que uma possível abstenção do indivíduo designado para a execução delitiva não impedirá que o resultado desejado pelo aparato de poder se materialize (CHORRES, 2010, p. 103).

A fungibilidade positiva decorre da existência de uma pluralidade de executores em potencial dentro do aparato de poder. Assim, resta garantido o cumprimento da ordem do “homem de trás”, em razão das necessidades particulares exigidas pela execução da demanda,

uma vez que aquele poderá designar diferentes executores para a prática delitiva, de acordo com as capacidades e habilidades necessárias para o atingimento do objetivo.⁹

Roxin elenca ainda, na categoria de requisito para a caracterização do domínio do fato por aparato de poder, a *disposição essencialmente elevada dos executores para o fato*. O autor parte da ideia de que, num aparato organizado de poder, o indivíduo que pratica o último ato de execução difere em essência do autor de um delito isolado, pois o primeiro está sujeito a numerosas influências específicas da organização, que não excluem a sua responsabilidade, mas que o tornam especialmente mais inclinado para a prática do fato do que outro indivíduo qualquer, que esteja fora da organização. Este critério somente fora incluído nos últimos trabalhos de Roxin sobre o tema. O próprio Roxin (2011, p. 18) reconhece que, em verdade, não se trata de pressuposto autônomo, mas sim de critério deduzido das outras exigências do domínio da organização. É fenômeno influenciado pelos outros três pilares do domínio da organização e fortalece a ideia de um domínio do fato pelo “homem de trás”.

O funcionamento de uma organização criminosa provoca natural adaptação dos seus membros, de modo que, muitas vezes, fatores como a ambição na carreira, o deslumbramento ideológico, ostentação ou outros impulsos criminosos propiciam a mencionada propensão dos executores para a perpetração do delito. São fatores eminentemente subjetivos e que podem transformar milhares de pessoas em potenciais colaboradores da organização criminosa. Tais circunstâncias, por sua vez, não excluem a culpabilidade do executor do ato e tampouco a reduzem, em virtude das características há pouco mencionadas (ROXIN, 2009, p. 85).

6 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO VERSUS PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

A CF legitimou importantes direitos individuais do processo penal, que revelaram a opção ideológica do legislador constituinte pela adoção do autêntico sistema acusatório.¹⁰ Assim, valores como a garantia do juiz competente, a afirmação da presunção do estado de inocência, a vedação dos tribunais de exceção, a explicitação da cláusula do devido processo legal, a motivação das decisões, a explicitação dos direitos do preso, hodiernamente,

⁹Roxin (2009, p. 82) rebate a crítica no sentido de que especialistas imprescindíveis como executores não são substituíveis, ou seja, se um serviço secreto necessita recrutar um especialista para executar um determinado delito, nesse caso, a organização não detém o modo específico de atuação, de modo que há neste caso apenas uma instigação. Ele ressalta que nem todos os delitos praticados por uma organização criminosa se fundamentam numa autoria mediata do causador, portanto, a assertiva não afasta o requisito da fungibilidade na teoria do domínio do fato.

¹⁰Luigi Ferrajoli (2006, p. 52) esclarece que, dentre todos os elementos constitutivos do sistema acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente, é a separação entre as funções de julgar e acusar.

constituem parâmetros para legítima atuação do legislador e do próprio intérprete da norma jurídica.

A cláusula da presunção do estado de inocência consiste na certificação, ao acusado, imputado ou investigado, do direito de não ser considerado culpado até que a sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado (TUCCI, 2009, p. 313). Referido princípio constitucional decorre da consagração dos ideais liberais que amenizaram o sistema repressivo no século XVIII, tendo recebido consagração no artigo 9.º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.¹¹ Amilton Bueno de Carvalho sintetiza o princípio da presunção do estado de inocência ao acentuar que tal postulado não precisa estar positivado em qualquer norma, uma vez que se trata de pressuposto da própria condição humana (2001, p. 51).

Sob a perspectiva do julgador, isto significa que o juiz deve adotar atitude negativa em relação ao acusado, não o considerando culpado, e, por consequência, tratando-o como efetivamente inocente. Desse modo, a CF, ao consagrar o princípio da presunção do estado de inocência, impede o legislador ordinário de criar qualquer norma que inverta o ônus da prova, de modo a exigir que acusado prove sua inocência. Como ressalta Carvalho (2006, p. 166), se a CF presume que uma das partes é inocente, o encargo probatório é atribuído à outra, pois seria incoerente se “a parte constitucionalmente declarada presumidamente inocente tivesse que demonstrar o que a Constituição proclama com todas as letras”, subvertendo, também, o próprio regime democrático.

Jardim (2005, p. 210) lembra que a acusação penal tem o ônus de alegar e provar o fato típico, tanto no seu aspecto objetivo quanto subjetivo, pois quem alega fatos no processo penal, como regra geral, é o Estado, por intermédio do representante do Ministério Público. Sendo a jurisdição atividade necessária para obtenção de prova de que determinado indivíduo praticou algum delito, nenhum delito poderá ser considerado cometido, assim como nenhum sujeito poderá ser havido como culpado, tampouco submetido a qualquer tipo de penalidade. A presunção de inocência, portanto, é um corolário lógico do fim racional consignado ao processo e também o primeiro e fundamental direito que o procedimento assegura a todo e qualquer cidadão. Desse modo, a culpa, e não a inocência, deverá ser demonstrada pelo titular da ação penal, seja pública, seja de iniciativa privada, pois o juízo de probabilidade presente na petição inicial acusatória, que, muita vez, baseia-se em elementos de informação colhidos sem a presença do contraditório, depende do exercício do próprio contraditório e da ampla

¹¹“Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei”.

defesa, numa atividade dialética, para que se constitua como elemento de convicção para o juiz natural proferir uma sentença de mérito.

Ferrajoli (2006) esclarece que o referido princípio de civilidade representa o fruto de uma opção garantista em benefício da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. Disso decorre que a presunção de inocência não é expressa apenas como uma garantia de liberdade, mas também como uma garantia de segurança e de defesa social, com vistas a funcionar como instrumento de proteção contra o arbítrio do Estado.¹² Assim, a premissa fundamental, no processo penal brasileiro, é de que não pode haver presunções em desfavor do acusado, ou seja, todo fato alegado contra o réu deverá ser devidamente provado durante qualquer julgamento. Como ressalta Carvalho (2006, p. 157), “trata-se de regra-chave do processo penal, verdadeira diretriz que concretiza a ponderação dos bens segurança social e direito à liberdade”.

Sendo assim, a aplicação dos critérios de imputação decorrentes da teoria do domínio do fato não pressupõe a faculdade de afastar a necessária prova da participação do “homem de trás” no processo de elaboração e condução do plano criminoso, ou seja, o reconhecimento desta teoria, por parte dos tribunais brasileiros, não poderá ser interpretado como uma espécie de *responsabilização objetiva* dos dirigentes de determinadas estruturas de poder.

É bem verdade que as figuras clássicas da autoria e da participação, como formas de fundamentação da responsabilidade criminal nos aparatos de poder, não oferecem resposta adequada, quando se procura aplicá-las às estruturas hierarquicamente organizadas. As respostas às questões sobre autoria e participação, em primeiro lugar, conduzem à necessidade de se resolver o problema com origem no fato de saber quais critérios de imputação devem ser utilizados, mas sempre partindo da perspectiva de que esses critérios devem respeitar integralmente o princípio da culpabilidade e rejeitar terminantemente qualquer forma de responsabilidade objetiva que macule o princípio da presunção do estado de inocência, pois não se pode aceitar que o sujeito seja considerado responsável por um delito apenas porque ocupe uma determinada função dentro da hierarquia de uma organização (GONÇALVES, 2009, p. 153), sob pena de se criminalizar uma conduta tida como lícita pelo próprio direito.

Dessa perspectiva, o próprio Roxin (2009, p. 81) esclarece que “autor mediato somente pode ser quem tem um poder de mando dentro de uma organização conduzida rigorosamente

¹²Nesse sentido, Ferrajoli define o Garantismo Penal como modelo normativo de Direito, cujo escopo, sob a perspectiva epistemológica, se caracteriza como sistema cognitivo ou de poder mínimo e, sob o prisma político, é caracterizado como técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade. No plano jurídico, tal modelo funciona como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado, em garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2006, 786).

e o exerce para produzir realizações típicas”. Assim, também, Greco e Leite (2013, p. 88) esclarecem que o erro mais comum em torno da teoria do domínio do fato consiste em fundamentar o *status* de alguém como autor em razão do comando de um grupo ou posição de destaque em alguma organização, uma vez que exercer o posto de comando em algum aparato, por si, não torna o indivíduo autor do crime. O próprio artigo 29 do CP não permite tal conclusão e a teoria do domínio do fato, ante os critérios necessários para o reconhecimento, é, no geral, mais restritiva em relação ao conceito de autor, de modo que somente se poderá reconhecer autoria se o chefe de um grupo concretamente emite ordens dentro de uma estrutura que atenda aos requisitos do domínio por organização.

Desse modo, o reconhecimento da teoria do domínio do fato não implica qualquer presunção de culpabilidade em relação às pessoas que detenham o poder de mando. Aliás, referida teoria diz respeito à existência de critérios para definição de autoria e participação no Direito Penal, portanto, não possui dinâmica processual de modo a permitir qualquer tipo de presunção que possa mitigar a presunção do estado de inocência, paradigma chancelado pelo Estado Democrático de Direito e que, ao menos no contexto de um processo de caráter sancionador, pode ser tido como princípio inflexível, ou seja, que não está sujeito a qualquer exceção em sua aplicação por meio de presunções probatórias.

7 APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO AO NÚCLEO FINANCEIRO DO “MENSALÃO”

O procurador-geral da República apontou na denúncia referente à AP 470, ajuizada perante o STF, a existência de uma sofisticada organização criminosa, dividida em setores de atuação – denominados pelo ministro Joaquim Barbosa, relator da ação, como *núcleos* - que se estruturou profissionalmente para a prática de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude. Segundo a acusação, todos os delitos imputados aos denunciados ao longo da AP 470 têm início com a vitória eleitoral do Partido dos Trabalhadores (PT) no plano nacional no ano de 2002 e tiveram por objetivo principal garantir a continuidade do projeto de poder do PT, mediante a compra de suporte de outros partidos políticos e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas campanhas eleitorais, tendo como principais figuras do núcleo político José Dirceu, Delúbio Soares, Sílvio Pereira e José Genoíno (AP 470, fls. 51787).

Consta ainda na denúncia que teria sido necessário contar com os réus Kátia Rabello, José Roberto Salgado, Vinícius Samarane e Ayanna Tenório, os quais, no comando das atividades do Banco Rural, teriam criado as condições necessárias para a circulação

clandestina de recursos financeiros entre o núcleo político e o núcleo publicitário, por via de mecanismos de lavagem de dinheiro, que permitiriam a tais réus o pagamento de propina, sem que o dinheiro transitasse por suas contas. Assim, os acusados do núcleo financeiro teriam se utilizado de suas posições no Banco Rural para praticar inúmeras fraudes caracterizadoras de crimes de gestão fraudulenta de instituição financeira, dentre as quais a classificação irregular do risco de empréstimos (inclusive daqueles concedidos ao Partido dos Trabalhadores e a empresas dos réus do núcleo publicitário), com o fim de aumentar os lucros do banco e obter vantagens do Governo Federal, especialmente com a redução ou ausência de fiscalização do Banco Central; renovações sucessivas de empréstimos sem as garantias exigidas para a preservação do equilíbrio do Sistema Financeiro Nacional; disponibilização de agências do Banco Rural para prática de crimes de lavagem de dinheiro; dentre outras (AP 470, fls. 51788).

Importante é consignar menção à teoria do domínio do fato no voto da ministra Rosa Weber, citada como forma de fundamentar o enquadramento dos acusados no citado esquema:

Quando há vários concorrentes, tem-se de esclarecer qual a carga de aporte de cada um deles para a cadeia causal do crime imputado. Caso contrário, será impossível aplicar a teoria monista contida no artigo 29 do Código Penal. Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa. Mal comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os generais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais. Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que pode evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. (AP 470, fls. 52776)

No citado voto, a ministra Rosa Weber ainda ressalta que “nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes”. Conclui que dessa presunção resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que

aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção *juris tantum* de autoria (AP 470, fls. 52776).¹³

Como se vê, houve claro equívoco da ministra Rosa Weber ao dimensionar a teoria do domínio do fato como indicativo de presunção da responsabilidade criminal dos dirigentes de instituição financeiras, pois, como já explicitado, o reconhecimento da teoria do domínio do fato por aparatos de poder depende do reconhecimento de circunstâncias concretas que possam comprovar a qualidade do *sujeito-senhor-do-fato*. Disso decorre a conclusão de que não existe qualquer incompatibilidade entre a referida teoria e a presunção de inocência. O erro de interpretação da teoria do domínio do fato, no entanto, produz uma série de falsos entendimentos sobre a teoria, amplamente divulgados pela imprensa nacional.¹⁴

O Ministro Luiz Fux, aos estabelecer as premissas teóricas referentes aos crimes contra o sistema financeiro nacional, também cita o domínio do fato ao acentuar que a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que “os coautores seriam aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação *importante e necessária* ao cometimento do ilícito penal” (AP 470, fls. 54309). Nessa passagem a teoria do domínio do fato é mencionada de forma genérica, já que o ministro não contextualizou na aplicação da teoria a modalidade referente aos aparatos de poder como fator de enquadramento penal.¹⁵

Ainda sobre a teoria do domínio do fato, o ministro Carlos Aires Brito, parafraseando Claus Roxin, assinala que no delito de gestão fraudulenta, assim como nos demais crimes econômicos, está imbricada a ideia de funcionamento da pessoa jurídica ou ao funcionamento de um “aparato organizado de poder”. Para o Ministro, esse traço marcante dos delitos econômicos impulsionou as mais diversas reflexões teóricas sobre as noções de autor, partícipe e culpabilidade, porquanto a tradicional afirmação do Direito Penal, decorrente da doutrina alemã do século passado, especialmente a doutrina finalista de Hans Welzel, não raras vezes, se acha distante das figuras penais relacionadas às atividades empresariais, cujo

¹³ Ainda citando a dinâmica do domínio do fato, a ministra Rosa Weber assevera que, sendo a vontade do homem de trás a própria ação final da ação delituosa, o que se há de descrever na denúncia é justamente como a referida empresa desenvolveu suas ações. Desse modo, a autoria presumida do ato é de seus dirigentes (AP 470, fls. 52777).

¹⁴ Caso a teoria do domínio do fato realmente tivesse alguma contradição com o princípio da presunção do estado de inocência, jamais as suas consequências poderiam ter reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre tal asserção, o importante estudo sobre a metódica constitucional de Friedrich Müller permite a conclusão de que o elemento doutrinário, denominado por ele de aspectos teóricos e dogmático-constitutivos, exerce, na interpretação da norma, aspecto auxiliar, não devendo suplantar outros aspectos elementos de concretização, como o elemento sistemático e gramatical. O próprio Müller esclarece que a metódica por ele desenvolvida primordialmente para a interpretação de normas constitucionais também se aplica aos demais ramos do Direito, observadas algumas peculiaridades (MÜLLER, 2005, p. 86).

¹⁵ Conforme já explicitado neste estudo, o próprio Roxin refuta o enquadramento do domínio do fato por aparatos de poder como forma de coautoria. Para ele, tal modalidade caracteriza autoria mediata (2009, p. 70).

bem jurídico possui natureza difusa e coletiva (AP 470, fls. 54502). Apesar de citar o funcionamento do aparato organizado de poder, o ministro Carlos Aires Brito, assim como os seus pares, não adentrou o mérito acerca dos pressupostos de aplicação do domínio do fato neste particular, especialmente a desvinculação do direito pelo aparato de poder, a fungibilidade do executor direto e a disposição essencialmente elevada dos executores para o fato. Tal omissão revela uma análise bastante perfunctória da doutrina referente ao domínio do fato, ante um julgamento tão relevante para a história da mais alta corte judiciária do Brasil.

Outro aspecto de suma relevância, no caso, olvidado pelo STF, consiste em que o próprio Claus Roxin manifestou opinião sobre a possibilidade de enquadramento das estruturas empresárias, como bancos, aos pressupostos do domínio do fato por aparatos de poder. Em relação às empresas, Roxin esclarece que, em regra, não atuam desvinculadas do Direito, principalmente se não tiverem envolvidas desde o princípio em atividades criminosas. Além disso, não resta caracterizada a disposição essencialmente elevada ao fato pelos integrantes da estrutura empresarial, uma vez que o cometimento de delitos econômicos e ambientais significa a ocorrência de grave risco de punibilidade e também o perigo de perder o emprego na empresa (ROXIN, 2009, p. 90). Tais circunstâncias, para Roxin, afastam a aplicabilidade do domínio do fato por aparatos de poder para as empresas. Nessas hipóteses, Roxin sugere o reconhecimento dos delitos de dever, o que significa outra perspectiva, bastante dissociada da teoria do domínio do fato. (ROXIN, 2009, p. 91).

Desse modo, no julgamento da AP 470, o Supremo Tribunal Federal, embora desconsiderando os pressupostos e requisitos necessários para a caracterização da teoria do domínio do fato, aplicou-o de forma genérica, presumida e indistinta aos acusados pertencentes ao núcleo financeiro do citado esquema, o que, certamente, causou um enfraquecimento do princípio da presunção do estado de inocência.

CONCLUSÃO

O julgamento da AP 470 ofereceu novos contornos no que se refere ao combate à corrupção e delitos financeiros, como a lavagem de dinheiro e a gestão fraudulenta. Houve, por parte dos ministros STF, a utilização da teoria do domínio do fato para fundamentar a condenação dos integrantes do núcleo financeiro do “Mensalão”. O reconhecimento da teoria do domínio do fato por aparato de poder, na forma preconizada por Roxin, depende da coexistência de vários requisitos, vale dizer, o poder de mando, a desvinculação do direito pelo aparato de poder, a fungibilidade do executor direto e a disposição essencialmente elevada dos executores para o fato.

A forma como alguns ministros invocaram a referida teoria causa interpretações equivocadas acerca do seu verdadeiro significado, numa adaptação nada desejável e, infelizmente, comum em *terrae brasilis*, que importa muitos institutos de direito e os aplica sem maiores aprofundamentos teóricos quanto às suas consequências.

A teoria do domínio do fato oferece mecanismos para, no âmbito do concurso de pessoas, enquadrar-se o participante de uma organização delitiva na qualidade de autor mediato de algum delito. Tal não significa, no entanto, que exista qualquer presunção de responsabilidade criminal em desfavor dos dirigentes das instituições de atuação econômica ou financeira. O princípio da presunção do estado de inocência, de matriz constitucional, garante ao cidadão acusado pela prática de qualquer delito a circunstância de não ser declarado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e, por sua vez, torna ilegítima, no ordenamento jurídico nacional, qualquer presunção de culpabilidade decorrente do poder de mando em alguma entidade ou aparato de poder, como parece ter sido o entendimento firmado, especialmente no voto da ministra Rosa Weber.

Conclui-se, portanto, que não existe contradição entre a teoria do domínio do fato e o princípio da presunção do estado de inocência, não obstante a abordagem equivocada encontrada nos votos de alguns ministros. Levando-se em consideração que o STF tem dentre uma de suas funções consolidar a aplicação do texto constitucional em território nacional, com efeitos nitidamente orientadores de formação decisória nos tribunais recursais e juízos singulares – algumas vezes por simples comodismo - tal equívoco poderá suscitar graves erros na adoção da teoria, com o consequente enfraquecimento do princípio da presunção do estado de inocência e do próprio direito penal, que passará a criminalizar o simples fato de alguém participar de uma estrutura organizada com viés empresarial. Por consequência, a própria ideia de garantismo, essencial em um Estado Democrático de Direito, também fica prejudicada.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de Sônia Orieta Heinrich. São Paulo: Diagrama & Texto, 1983.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Penal n. 470/MG**. Relator, Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 22.04.2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 05/10/2013.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo, Atlas, 2013.

- CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (coord.) **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CHORRES, Hesbert Benavente. **Crímenes de Estado: la autoria mediata por dominio de La voluntad en aparato de poder organizado**. **Revista Criminogenesis**, México, n. 07, set./2010, p. 95-105.
- CONDE, Francisco Muñoz. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzman, Alberto Fujimori y los líderes colombianos vinculados al paramilitarismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 19, n. 88, p. 63-93, jan./fev. 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. 2.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007.
- DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da organização**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- GIL, Alicia. Principales figuras de imputación a título de autor en derecho penal internacional: empresa criminal conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 109, I, Época II, mayo/2013, p. 109-145.
- GONÇALVES, Pedro Correia. **A responsabilidade por comissão por omissão dos administradores e gestores empresariais**. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, a. IX, n. 12, mar. 2009.
- GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 07, maio/ago. 2011, p. 97-123.
- 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**, São Paulo, a. 102, v. 933, jul. 2013, p. 61-92.
- HIDALGO, José Leovigildo Martínez. Autoría mediata del hombre detrás en el tipo penal de delincuencia organizada. **Revista Del Instituto de La Judicatura Federal**, Madrid, n. 23, 2007, p. 217-226.

- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. **O mensalão e o “domínio do fato: tipo ponderação.”** Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 22.10.2013.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. El salto del autor detrás del autor al otro lado del Atlántico. Cuaderno de Política Criminal. Segunda Época. Num. 101, set/2010, p. 130-155.
- ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles Murillo. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, S. A., 2000.
- ROXIN, Claus. **O Domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Panóptica**, n. 17, nov./2009, p. 69-94.
- ROXIN, Claus. Observações sobre a decisão da Corte Suprema Peruana no Caso Fujimori. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 19, n. 91, jul./ago. 2011, p. 12-19.
- TOSTÉ, Yan Vera. **El dominio del hecho: mirada critica**. **Revista Cubana de Derecho**, num. 22, dez/2003, p. 18-41.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.