

DA INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO DE AUTORIA NO CONTEXTO DAS MILÍCIAS, A LUZ DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

Daniel Chaves Segrillo

Graduado pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (Unilasalle/RJ). Advogado.

Resumo – o presente trabalho realiza a abordagem acerca do fenômeno do surgimento das milícias, precipuamente no Rio de Janeiro, buscando no direito penal discutir soluções para combater o aumento exponencial da criminalidade. Nesse sentido, busca-se na autoria mediata pelo domínio da organização a adequada imputação dos integrantes do crime organizado, especialmente em relação as figuras detentoras do controle da organização. A luz da teoria supracitada, os integrantes do alto escalão da criminalidade não são considerados meros partícipes dos crimes praticados pelos soldados da máquina criminosa, de modo que responderão conjuntamente com seus instrumentos na posição de autores pelos crimes praticados. Inicialmente, será feita uma breve contextualização da ascensão das milícias. Em seguida, faz-se um estudo sobre o concurso de pessoas, bem como, sobre autoria e participação. Em um terceiro momento, analisa-se a teoria do domínio do fato e suas principais espécies. Por fim, concluiu-se que a punição mais rigorosa promovida exclusivamente em face dos executores fungíveis do crime organizado não se mostra suficiente para a repreensão da criminalidade, de modo que os detentores do poder nas milícias devem responder conjuntamente pelo ilícito praticado, aplicando-se no caso concreto a teoria do domínio da organização.

Palavras-chave – Milícias. Concurso de Pessoas. Domínio da Organização.

Sumário – Introdução. 1. Da ascensões das milícias: origem, surgimento, expansão 2. O concurso de pessoas: quem é autor no direito penal 3. Da aplicação da Teoria do Domínio da Organização no contexto das milícias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se insere em um contexto de expansão da criminalidade, sobretudo, no Rio de Janeiro, de modo que as Milícias emergem como um problema central no debate da segurança pública. A partir disso, busca-se refletir sobre quais meios são aptos a desestruturar o comando das facções, adequando o direito penal clássico a essas estruturas criminosas contemporâneas que assolam a sociedade brasileira.

Ressalta-se que o surgimento das milícias remonta ao abandono estatal e ao fracasso nas políticas públicas, de modo que surgem inicialmente para garantir a segurança pública de zonas periféricas. Com efeito, se projetam como um modelo alternativo ao tráfico de drogas



passando a ocupar espaços inabitados pelo Estado, exercendo o monopólio da força na região controlada, disputando diariamente o controle territorial dessas regiões, além de usufruir da exclusividade na prestação serviços essenciais como água, energia, internet e gás.

Observa-se que as milícias se projetam como um modelo inovador frente as organizações criminosas erigidas para o tráfico de drogas, na medida que buscaram um modelo de negócios calcado na inserção na própria estrutura do Estado, mediante a eleição de representantes para cargos políticos e alocação de membros em posições estratégicas dentro das forças policiais.

Salienta-se que a luz da imputação clássica do direito penal, os verdadeiros mandantes do crime organizado, chefes dessas organizações, incorrerão nos tipos penais como meros partícipes, sendo punidos de forma acessória, ainda que comandem diretamente e possuam o domínio final dos instrumentos da máquina criminosa.

Dessa forma, deve-se questionar quem é verdadeiramente o autor nesses crimes, devendo o direito penal se voltar em face dos “homens de trás”, sobre as figuras que detém o domínio organizacional das máquinas de poder, nos quais emitem ordens precípua ao funcionamento da instituição, organizam planejam e dirigem a atividade dos demais.

A doutrina ciente da insuficiência do conceito clássico de autoria estabelecido no Código Penal busca novas formas de se pensar quem é verdadeiramente o autor desses crimes, trazendo a baila teorias como do Domínio do Fato pelo Domínio da Organização. Nesse sentido, surgem as seguintes reflexões: como essas organizações se estruturam? É possível a compatibilização da teoria do domínio final do fato com o direito penal clássico? Afere-se como possível o enquadramento dessas estruturas como aparatos capazes de atrair a aplicação da teoria do domínio final do fato pelo domínio da organização de Roxin?

Para elucidar o tema, objetiva-se entender o funcionamento dessas instituições, com o propósito de punir efetivamente os mentores do crime, desconstituindo essas facções, a partir da modernização do direito penal pela aplicação da teoria do domínio da organização.

No primeiro capítulo, busca-se analisar o modelo organizacional das milícias, debruçando-se sobre sua estrutura e funcionamento, observando as inovações desse modelo criminoso e a necessidade de novos meios de punição.

O debate sobre a premência da modernização de institutos clássicos do direito penal, dentre eles a autoria, será objeto do segundo capítulo, evidenciando a incapacidade da legislação brasileira em garantir a punição justa dos verdadeiros mentores do domínio organizacional.



Por fim, o terceiro capítulo irá defender aplicação da teoria do domínio final do fato como mecanismo adequado a imputação dos integrantes do crime organizado principalmente quanto as figuras detentoras do domínio da máquina de poder.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será a pesquisa exploratória, utilizando-se da pesquisa bibliográfica, a fim de auxiliar o aprimoramento de ideias e a descoberta de intuições. Nessa perspectiva, tal modelo apresenta-se como fundamental, sendo capaz de proporcionar o reencontro aos anais do submundo criminoso a partir de obras já elaboradas.

1. A ASCENSÃO DAS MILÍCIAS COMO MÁQUINAS DE PODER HIERQUICAMENTE ESTRUTURADA

As milícias surgem em um contexto de omissão estatal e de institucionalização da violência como medida de segurança pública remontando-se aos anos 60.

Este cenário tem início no processo periferização realizado por imigrantes e migrantes, nos quais, em razão da ausência de recursos passaram a se apoderar de espaços considerados menos valiosos, a luz do mercado imobiliário.

Nesse contexto, a desocupação desordenada do espaço urbano, somada a omissão estatal em garantir o mínimo existencial, contribuiu demasiadamente para o processo de miserabilização, em que os habitantes dessa região passaram a ocupar empregos informais, mal remunerados, carecendo de acesso a saúde, seguridade social, segurança, educação e alimentação.

A ausência do Estado era premente, e o incremento da criminalidade era exponencial. Nesse ínterim, conforme aponta Manso¹ iniciou-se o processo de insitucionalização da justiça paralela como forma de solução dos conflitos, através da união entre policiais e vigilantes, refletindo no aumento das taxas de homicídio nessas localidades.

Tal cenário ensejou o aparecimento dos grupos de extermínio, bem como, dos

¹ MANSO, Bruno Paes. *A República das Milícias: Dos Esquadrões da morte a era Bolsonaro*. São Paulo: Todavia, 2020, p. 10.



justiçeiros, nos quais em razão da ausência de um Estado garantidor, buscavam combater a violência com o emprego de violência, sob a justificativa de atuarem na proteção dos habitantes, mantendo a ordem.

Nesse contexto de cultura à violência e ao extermínio, surgiu o embrião das atuais milícias, atuando nos espaços inabitados pelo Estado e se tornando a esperança dos moradores dessas regiões, na medida em que passam a escolher entre o modelo emergente ou o tráfico de drogas.

A partir disso, diante da obtenção do monopólio no exercício da força, somada a baixa remuneração e as precárias condições de trabalho dos policiais no Rio de Janeiro, com o fim do regime ditatorial, as milícias se reinventaram passando a atuar em um novo modelo de negócios, buscando fontes alternativas de receitas.

Inicialmente foi adotada a cobrança de valores dos detentores do comando do tráfico nessas regiões periféricas, denominado “arrego”, de forma a se autorizar a exploração do tráfico de drogas, realizando a regulamentação informal do varejo de drogas.

Paralelamente as extorsões dos membros do alto escalão do tráfico, as milícias surgiam como modelo alternativo mais estável e menos arriscado para obtenção de dinheiro, de modo a oferecerem a substituição do intenso conflito com o crime organizado pelo relacionamento com a população e a economia local.

Nesse diapasão, os integrantes das forças policiais perceberam que poderiam auferir dinheiro pela exploração do território, sem a utilização de intermediários, através da exploração de serviços de segurança, sinal de TV, internet, venda de gás e cobrança de taxas do transporte alternativo.

Esse modelo passou a ser inicialmente tolerado pelos cidadãos dessas regiões, pelos próprios policiais, na medida que se projetavam como alternativa ao tráfico de drogas, até mesmo pelos políticos, que vislumbravam a terceirização da segurança pública como medida eficiente e barata no combate ao crime organizado.

Salienta-se que esse projeto de organização criminosa tem início em dois núcleos. O primeiro em Jacarapaguá, no qual se consolidou através de policiais na associação de moradores da Comunidade de Rio das pedras. O segundo em Campo Grande e Santa Cruz, inicialmente com a presença de policiais no setor de transporte clandestino, posteriormente denominada Liga da Justiça.

A construção das milícias é erigida na presença de policiais fortemente armados e dispostos a empregar violência para prevalecer a ordem na localidade, por meio de parcerias



com as associações de moradores locais responsáveis pelo relacionamento com a Câmara Municipal e pelo apoio dos batalhões de polícia locais, nos quais toleravam os crimes cometidos ou participavam deles.

Guimarães² aponta que as milícias passaram a exercer o controle e domínio sobre territórios, ocupando espaços dentro das instituições do Estado, na segurança pública ou mesmo cargos dotados de poder político. Nesse contexto, sua atuação não se limitava a exploração de mercados ilegais pelo fornecimento de serviços clandestinos, mas de se estruturam dentro do Estado, destoando das organizações criminosas comuns.

Dentro do seu projeto expansionista, passaram a atuar no mercado imobiliário, de modo a promoverem a construção de lajes e prédios, instalaram cancelas nas ruas e se aliaram posteriormente aos bicheiros e ao tráfico, promovendo uma rede integrada e extremamente lucrativa.

A estrutura de comando desse grupos foi inicialmente composta por sargentos e policiais integrantes dos batalhões das regiões controladas, sendo responsáveis pela emissão de ordens precípua ao funcionamento da milícia, de modo a atuarem nos bastidores da organização, direcionando as condutas dos instrumentos fungíveis que operam a máquina criminosa.

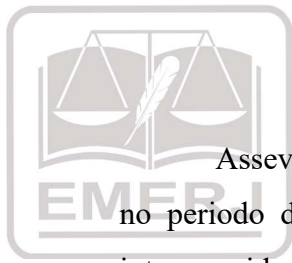
Os agentes que detinham o comando da organização miliciana não exerciam diretamente o controle territorial, na medida que contratavam “soldados” para realizar os serviços de cobranças, comércio, de internet e telefonia.

Não obstante a isso, buscando ampliar os lucros obtidos, traficantes e milicianos de diversas regiões passaram a formar alianças, atuando conjuntamente nas regiões controladas, ocasionando o surgindo das chamadas “narcomilícias”, de modo que o tráfico de drogas passou a integrar o comércio nas regiões de influência.

Posteriormente esse modelo considerado extremamente lucrativo foi replicado para outras regiões, principalmente pela zona oeste, em um processo de expansão das operações que envolveu o aumento exponencial de mortes, sobretudo, frente aos conflitos que eram instaurado contra o tráfico que não aceitavam a presença da milícia nas regiões controladas.

Nesse diapasão, a violência brutal empregada no processo de expansão foi realizada de modo a atingir não só os integrantes de grupos rivais, mas os cidadãos que residem nesses locais e nos seus arredores, os próprios policiais e políticos como a vereadora Mariele Franco.

² GUIMARÃES, André Grandis. *Ensaio sobre o milicianismo*. 2021. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro 2021. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/60460/60460.PDF>. Acesso em: 08 set. 2022



Assevera-se que esse movimento de expansão foi marcado por um crescimento inicial no período de 2006 e 2010, em que a área dominada por esses grupos triplicou, sendo interrompido em um primeiro momento pela CPI das Milícias, que resultou no indiciamento de 225 pessoas, dentre elas policiais, políticos, agentes penitenciários, bombeiros e civis.

Ocorre que a partir de 2016 as milícias voltaram novamente a crescer, precipuamente em razão da crise que assolou o Rio de Janeiro³, de modo que passaram a ocupar metade do território controlado pela criminalidade, de modo que atualmente 4,4 milhões de pessoas residem em áreas controladas.

Salienta-se que a conforme aponta Nucci⁴, essas organizações são estruturadas em organismo preestabelecido, em que há a clara divisão de tarefas, visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre seus integrantes.

No contexto das milícias, é possível se observar a existência de líderes do grupo criminoso, detentores do controle de toda a atividade ilícita exercida em seu território, em que provem a nomeação de seus representantes nas localidades, servindo como verdadeiros instrumentos, soldados de guerra, responsáveis não só pelas extorções dos moradores como também pelo projeto de expansão.

Com efeito, diversos crimes são cometidos diariamente nessas áreas, extorsão de moradores, homicídios, lesões corporais, tráfico de drogas, todos realizados em estrita obediência ao comando hierarquicamente estruturado pelo comando da organização criminosa.

Observa-se que as milícias refletem aparatos organizados de maneira hierarquizada, extremamente violentos e com alta capacidade de subversão da ordem jurídica e do próprio regime democrático, na medida em que passam a se inserir nas instituições, destoando do modelo clássico do tráfico de drogas.

Dessa forma, se faz mister a promoção da correta imputação dos crimes aos verdadeiros mandantes do crime organizado, de forma a manifestar a repreensão estatal de forma incisiva, em face do alto escalão, punindo de forma significativa os dirigentes das milícias.

Assim, inicia-se a análise do concurso de pessoas, abordando suas principais características, bem como, as teorias da autoria e participação, buscando definir quem é autor para o direito penal brasileiro, trazendo a baila teorias como do Domínio do Fato pelo Domínio da Organização

³ MELLO, Igor. *Milícia cresce 387% e ocupa metade do território do crime no RJ*. Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2022, UOL, Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/09/13/milicia-cresce-161-e-ocupa-metade-do-territorio-do-crime-no-rj-diz-estudo.htm>. Acesso em: 08 set. 2022.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 13-14.

2. O CONCURSO DE PESSOAS: QUEM É AUTOR NO DIREITO PENAL?

Inicialmente, salienta-se que diversas teorias buscam definir quem é autor no direito penal, suscitando o debate acerca de qual seria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. A vista disso, três principais teorias buscam fornecer o conceito de autor, diferenciando por conseguinte a figura do partícipe.

A teoria ampla ou extensiva de autoria, conforme aponta Estefam⁵, considera como autor todo aquele que concorre para o crime, sendo suficiente a relevância causal e o vínculo psicológico, não havendo distinção entre autor e partícipe.

A teoria restritiva⁶ apregoa que, autor é aquele que realiza a conduta descrita no tipo penal, ou seja, executa a ação descrita no verbo núcleo do tipo. Por outro lado, o partícipe é aquele que coopera com o delito, induzindo, instigando ou auxiliando materialmente o autor.

Com efeito, consoante entendimento majoritário na doutrina⁷, a teoria restritiva é a adotada pelo Código Penal, sendo assim, autor é quem pratica o verbo nuclear; coautor, os que cooperam na execução do delito, por fim os partícipes são aqueles que prestam auxílio moral ou material.

Assevera-se que, apesar de ser a teoria adotada pela Código Penal, a doutrina critica frontalmente, dado que falha em não punir de forma justa os autores mediatos, conforme aponta Capez a seguir.

[...]Seria admissível considerar meros participantes, porque não realizaram nenhuma fração de condutas típicas, o chefe de uma quadrilha de traficantes de drogas, ou o líder de uma organização mafiosa que atribui a seus comandados a tarefa de eliminar o dirigente de uma gangue rival [...]⁸.

Portanto, adotando esta teoria, o agente que contribui na causação do resultado sem cometer uma conduta típica não será autor, mas mero partícipe, ainda que planeje toda a empreitada criminosa.

Nesse passo, diversas hipóteses não seriam punidas, dentre elas o agente que se valesse de um inimputável para prática do crime, ou ainda nos casos em que o homem de trás provoca uma pessoa agir em erro de tipo, como nos casos do médico que se valendo da enfermeira pratica o crime de homicídio.

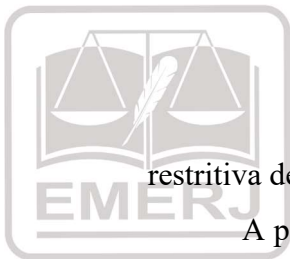
Além desses, situações de coação moral irresistível e obediência hierárquica excluíam o crime do instrumento, mas não puniam o autor mediato, em razão de não se adequar na teoria

⁵ ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 319.

⁶ *Ibid.*, p. 320.

⁷ MASSON, *op. cit.*, p. 545.

⁸ CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 336.



restritiva de autoria.

A partir disso, a doutrina⁹ importou a teoria do domínio do fato, passando a considerar como autor aquele que possui o domínio do fato e como partícipe aquele que concorre de qualquer modo para o crime, sem possuir o controle final do fato.

O coautor, por sua vez, seria aquele que possui domínio do fato em um contexto de divisão de tarefas, em que cada agente desempenha uma conduta decisiva para a configuração do delito, devendo para tanto preencher também os requisitos inerentes a autoria.

A adoção da teoria do domínio do fato, buscou sedimentar uma posição intermediária entre as teorias objetiva e subjetiva, ampliando o conceito de autor levando em conta quem possui o controle final do fato, ainda que não realize o núcleo do tipo penal.

O ordenamento jurídico passa a contemplar a figura do autor intelectual, sendo aquele que planeja mentalmente a empreitada criminosa, controlando a prática do fato punível, como nos casos dos líderes de organização criminosa que no interior do presídio determinam a prática de um crime por seus seguidores.

Urge observar sua aplicação não se confunde com a responsabilidade objetiva, sendo imprescindível a individualização da conduta de todos envolvidos na empreitada criminosa, demonstrando-se o dolo de cada um dos agentes.

Nesse sentido, os tribunais acabam muitas vezes por deturpar a abrangência da aludida teoria, determinando a responsabilidade por mera posição na escala hierárquica, não existindo no caso concreto qualquer suporte probatório quanto a sua participação na empreitada criminosa.

Portanto, sua adoção deve ser complementar a teoria restritiva, sendo empregada quando a teoria ordinária não for suficiente para disciplinar o caso concreto, como nos casos do homem de trás se valendo de um instrumento, ou nas hipóteses em que não há a correta adequação da concorrência do agente quanto ao crime.

Revela-se que Pierangeli e Zaffaroni¹⁰, trazem a lume duas modalidades de autoria, sendo a primeira delas a de determinação, sendo aplicada nos crimes de mão própria ou em crimes próprios, nos quais o homem de trás, determinador não preenche os requisitos exigidos pelo tipo penal nos crimes próprios e de mão própria.

A luz do exposto pelos autores, tem-se como exemplo os casos do autor mediato que se valendo de um funcionário público para a prática do crime de peculato, ou mesmo nos casos do

⁹ MASSON, *op. cit.*, p. 545.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PEIRANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 601.



crime de falso testemunho, em que o agente utiliza uma pessoa como instrumento para o cometimento do crime.

Além dessa modalidade de autoria mediata Pierangeli e Zaffaroni¹¹ abordam a autoria de escritório, em que consideram como autor tanto quem determina quanto o determinado. Nesse sentido, o homem de trás é autor mediato de escritório, enquanto que o instrumento é autor imediato, pois realiza um injusto culpável.

Assevera-se que, os literatos apontam como requisitos a existência de uma máquina de poder, a existência de um aparato com poder hierarquizado e a fungibilidade dos membros, se aplicando conforme cita Estefam¹² nos casos das máfias ou do PCC.

Oportuno se mostra dizer que, com base na teoria de escritório, desenvolvida por Zaffaroni, Claus Roxin¹³ apresentou a teoria do domínio da organização, tratando-se também de uma modalidade de autoria mediata, na qual busca disciplinar as questões inerentes ao concurso de pessoas nas estruturas organizadas de poder.

Com efeito, sua incidência é premente nos casos em detentores do comando, situados no ápice da pirâmide hierárquica, não executam diretamente os verbos nucleares, mas se valem de instrumentos fungíveis.

A vista disso, Masson¹⁴ aponta que com base na teoria do domínio do fato, o autor amplia o alcance da autoria mediata, legitimando a responsabilização do autor direto do crime, bem como, de seu mandante, devendo para tanto existir uma relação de subordinação entre eles, no âmbito de uma estrutura organizada de poder ilícito, situada as margens do Estado.

A doutrina¹⁵ aponta que o art. 29 do CP, acolheu a teoria restritiva, devendo ser considerado autor aquele que executa o verbo nuclear, contudo, devendo ser realizada uma complementação pela teoria da Autoria mediata para fins da correta imputação dos concorrentes do crime.

Argumenta-se ainda que, essa teoria ganhou força com a edição da Lei n. 12.850/2013 – Lei do Crime Organizado¹⁶, já que o art. 2º § 3º prevê uma majorante para quem exerce o comando individual ou coletivo da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente os atos da execução.

Assevera-se ainda que, a adoção da teoria restritiva, na qual sustenta que, autor é quem

¹¹ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 601.

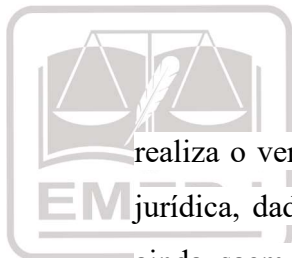
¹² ESTEFAM, *op. cit.*, p. 331.

¹³ MASSON, *op. cit.*, p. 554.

¹⁴ *Ibid.*, p. 441.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 21 fev. 2023.



realiza o verbo núcleo do tipo penal, é ineficaz frente as organizações dissociadas da ordem jurídica, dado que os mandantes são muitas vezes considerados como meros partícipes, ou ainda, saem impunes em decorrência de não realizarem condutas típicas.

Somado a isso, os tipos dolosos exigem um vínculo subjetivo doloso para seu aperfeiçoamento, no qual em grande parte dos casos acaba por ocasionar dificuldades para a comprovação do dolo, bem como, da coautoria, restando ao indivíduo a imputação como partícipe.

Definido quem é autor no Direito Penal, Damásio afirma que “Dá-se a participação propriamente dita quando o sujeito, não praticando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para a sua realização”¹⁷.

Assim, considera-se como partícipe aquele que não pratica a conduta nuclear do tipo, mas de alguma forma coopera com a empreitada criminosa, podendo ser prestada moralmente ou mediante auxílio material.

Portanto, a participação, pode ser entendida como uma atividade acessória a conduta principal, em que o sujeito contribui com a prática do delito. Desta forma, a participação somente adquire eficácia penal, quando o autor inicia a execução do crime, nos termos do art. 31 do Código Penal¹⁸.

Com efeito, conforme aponta Masson¹⁹ surgem diversas teorias, nos quais discutem o nível de acessoriedade necessário para sua configuração. A primeira teoria é a da acessoriedade mínima, em que a conduta praticada pelo autor deve ser pelo menos típica.

A segunda, teoria da acessoriedade limitada, apregoa que o autor deve praticar um fato típico e ilícito. A terceira, da acessoriedade máxima, entende que a punição do partícipe, está condicionada a existência de um fato típico, ilícito e culpável.

Por fim, a teoria da hiperacessoriedade, reclama que para punir o partícipe, é necessário que o autor, culpável, pratique um fato típico e ilícito, e seja efetivamente punido, no caso em questão.

Ressalta-se que, a doutrina²⁰ aponta a existência de um pensamento dominante na doutrina nacional, adotando a teoria da acessoriedade limitada, ainda que não contemple a autoria mediata.

¹⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. V. 3. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 528.

¹⁸ BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2023.

¹⁹ MASSON, *op. cit.*, p. 557.

²⁰ *Ibid.*, p. 559.

Dito isso, torna-se basilar a análise da Teoria do Domínio do Fato, perpassando os anais de sua criação, através de seus maiores idealizadores, bem como, sua adoção pelo ordenamento jurídico pátrio.

3. DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO NO CONTEXTO DAS MILÍCIAS

Inicialmente cumpre ressaltar que a Teoria do Domínio do fato pelo Domínio da Organização, conforme aponta Greco²¹, foi originalmente utilizada por Hegler, em 1915 atrelada a uma noção de culpabilidade do agente.

Posteriormente, aponta o autor que a primeira formulação da teoria do domínio do fato como critério de delimitação da autoria, foi empregada por Lobe 1933, todavia, ganhando projeção apenas nos estudos de Welzel em 1939.

Não muito tempo depois, em 1963 Claus Roxin publica seu estudos monográficos apresentando novos contornos a teoria, buscando distinguir o autor e partícipe, colocando o primeiro como figura central do acontecer típico.

Nas formluções de Claus Roxin conforme aponta Alflen²² considera-se autor o agente que detêm o domínio do fato em um papel decisivo na realização do tipo, figurando como sujeito central na realização do delito, de forma a influenciar significativamente o acontecimento.

Por outro lado, partícipe é o agente que contribui para um fato típico em caráter meramente secundário, tratando-se de uma figura marginal, lateral no acontecer típico. Nesse sentido, a participação é classificada como causa de extensão da punibilidade, incidindo apenas quando o agente não é imputado como autor.

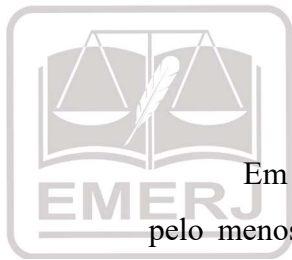
Nessa conjectura a autoria com base na teoria do domínio do fato pode ser manifestar, na forma de domínio da ação (*Handlungsherrshcaft*), domínio funcional do fato (*funktionale Tatherrschaft*) e domínio da vontade (*Willensherrschaft*).

Em primeiro lugar, Greco²³ aponta que o domínio da ação acarreta a autoria imediata, sendo conceituada como “é o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo, isto é do autor imediato”.

²¹ GRECO, Luís *et al.* *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21.

²² ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014., p. 140

²³ GRECO, *op. cit.*, p. 25.



Em segundo lugar, o domínio funcional do fato, ocorre em uma atuação coordenada de pelo menos mais de uma pessoa, marcada pela divisão de tarefas, através da participação ajustada ao fato. Por conseguinte, produz-se a chamada imputação recíproca, respondendo os indivíduos pelo mesmo delito.

Nesse sentido, conforme aponta Alflen²⁴, surge a figura do coautor, exigindo-se três requisitos para configuração da coautoria, o planejamento conjunto do fato, execução conjunta e a prática de contribuição essencial na execução.

Em último lugar, o domínio da vontade, conforme Greco²⁵, ocorre quando um terceiro é reduzido a um mero instrumento, por meio do homem de trás, cometendo um fato por meio de outrem. Nesse contexto, surgem três modalidades próprias da autoria mediata para Roxin, dentre elas a coação exercida sobre o homem da frente, o erro e domínio por meio de um aparato organizado de poder.

A despeito da coação exercida sobre o homem da frente, Roxin propõe que com base no princípio da responsabilidade (*Verantwortungsprinzip*), a imputação do crime apenas ao homem de trás, exculpando assim, o executor do delito, que serviu como mero instrumento.

A segunda modalidade da autoria mediata pelo domínio da vontade está na autoria mediata mediante erro, contemplando desde o erro de tipo até o erro de proibição evitável. A vista disso, segundo Roxin, o homem de trás, controla, domina o homem da frente como se esse fosse uma marionete, sendo estes considerados como autores.

A terceira modalidade, é o domínio por meio de um aparato organizado de poder, em que um agente inserido em uma organização verticalmente estruturada, se utiliza de um instrumento plenamente responsável e fungível para cometer crimes.

Segundo Greco:

[...] Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados [...]²⁶.

Nesse sentido, Greco²⁷ elenca como hipóteses de aplicação da teoria do domínio da organização quando indivíduos que gozam posições de comando em governos totalitários, ou em organizações criminosas, terroristas emitem ordens que desafiam o ordenamento jurídico

²⁴ ALFLEN, *op. cit.*, p. 170.

²⁵ GRECO, *op. cit.*, p. 26.

²⁶ *Ibid.*, p.27.

²⁷ *Ibid.*, p.28.

para seus executores cumprirem.

Em síntese, tal modalidade permite uma considerável extensão da autoria, desde que preenchidos os seus três requisitos, quais sejam, ordem oriunda de organização verticalmente estruturada, organização ilícita e executores fungíveis.

O primeiro requisito, ordem oriunda de organização verticalmente estruturada, Roxin entende que “consiste em uma diversidade de pessoas que estão inseridas em estruturas pré-estabelecidas, que atuam conjuntamente em diferentes funções condicionadas pela organização e cuja totalidade assegura ao homem de trás o domínio sobre o resultado”²⁸.

Destarte, não há que se falar em participação, dado que não se trata de mera instigação, neste caso, o homem de trás detém o domínio do fato, determinando o acontecimento típico, controlando a organização.

Revela-se que, a ordem recai sobre o aparato, em que o instrumento fungível não pode mudar nada de essencial no curso do acontecimento traçado pelo aparato, muito menos modificá-lo.

Faz-se mister assinalar que o autor direito é igualmente plenamente responsável, configurando autoria imediata, respondendo pelo crime de forma conjunta com o homem em posição superior na hierarquia do crime, sendo assim, o instrumento é mero aparato de poder da organização.

Nesse sentido Roxin afirma que “[...] O homem de trás possui, de acordo com isso, o domínio por organização, isto é, uma possibilidade de influência que lhe garante a produção do resultado por ordem do aparato de poder existente sem a execução do fato pelas próprias mãos [...]”²⁹.

O segundo requisito para configuração da teoria do domínio da organização, é a existência de uma organização ilícita, sendo aquelas conforme Greco³⁰ dissociadas, apartadas da ordem jurídica.

Ressalta ainda que, é inaplicável em empresas, dado que moldadas conforme a ordem jurídica, nos quais eventuais ordens ilícitas emitidas por superiores não seriam automaticamente cumpridas por terceiros autorresponsáveis.

Por fim, o terceiro requisito, executores fungíveis, são aqueles que compõem a máquina, os aparatos organizados de poder, funcionando de modo automático, sendo muitos deles

²⁸ ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. São Paulo: Panóptica, 2009, p. 78.

²⁹ *Ibid.*, p.79.

³⁰ GRECO, *op. cit.*, p.29.



anônimos, conforme cita Roxin, [...] O Cumprimento das ordens do homem de trás [...] é assegurado em grande parte justamente pelo fato de que muitos potenciais executores encontram-se à disposição, de modo que a recusa ou a perda de um indivíduo não pode impedir a realização do tipo [...] ³¹.

Nucci aponta que as organizações podem ser conceituadas como “organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre seus integrantes” ³².

Nessa conjectura, a doutrina ³³ passa a sustentar aplicação da teoria do fato pelo domínio da organização no contexto das Milícias, dado que se projetam como uma organização paralela ao Estado, no qual gozam do controle e domínio sobre territórios, ocupando espaços dentro das instituições do Estado, na segurança pública ou mesmo cargos dotados de poder político

Ademais, o *modus operandi* dessas instituições não se amoldam conforme o ordenamento jurídico pátrio, tratando-se de uma verdadeira organização ilícita, na qual praticam diversos crimes dentre eles compra de drogas, armas, extorção, jogo do bicho, dentre outros.

Assevera-se ainda que, observa-se manifesta hierarquia nas Milícias, em que as principais ordens são emanadas pelos detentores da cadeia de comando, ocupantes de posições de destaque na sociedade dentro da própria estrutura do Estado.

A despeito do requisito da presença de executores fungíveis, este passou a ser uma realidade após a divisão do território do Rio de Janeiro, na medida que os titulares de posições superiores provem a nomeação de seus representantes nas localidades, gozando de associados fungíveis para alcançar seus objetivos.

Com efeito, caso um dos associados não consiga cumprir a missão outorgada, outro membro fungível estará disposto a fazê-lo, portanto, os membros do alto escalão da facção não conhecem seus executores, inexistindo qualquer personalidade na maioria dos casos.

Sendo assim, o instrumento se confunde com o próprio aparato de poder, assegurando ao homem de trás, o domínio seguro sobre a produção do resultado. Roxin ³⁴, aponta ainda que é possível a existência de autores mediatos atrás de outros autores mediatos, atuando em diferentes níveis de comando.

Portanto, a teoria do domínio do fato pelo Domínio da Organização é plenamente

³¹ *Ibid.*, p.82.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa..* São Paulo Revista dos Tribunais, 2013, p. 13-14.

³³ GRECO, *op. cit.*, p.28.

³⁴ ROXIN, *op. cit.*, p. 81.

compatível os casos de crime organizado, especialmente no contexto das milícias, devendo os autores mediatos, ou seja, os mandantes do crime, responderem como autores, no lugar de meros partícipes.

A luz da modernização da compreensão do conceito de autoria, os diversos crimes praticados, a partir de ordens emanadas da cúpula das milícias, passam a ser atribuídos não somente ao executor fungível, mas ao coautor intelectual, revelando-se como uma construção fundamental no contexto do Direito Penal Moderno, em que o Direito Penal Clássico não consegue responder aos anseios de uma nova ameaça criada pelas organizações criminosas.

CONCLUSÃO

As milícias se projetam como uma ameaça não só a segurança pública, mas ao próprio Estado democrático de direito, ao exercerem controle e domínio sobre territórios, dentro das instituições do Estado, na área de segurança pública ou mesmo cargos dotados de poder político.

Nesse diapasão, sua ascensão demonstra uma evidente falha nas políticas de segurança pública, não sendo suficiente como política pública, o combate meramente físico dos agentes do Estado em face dos soldados das milícias. Sendo assim, somada a política de repressão, deve ser buscado outras formas de solucionar esse problema, dentre elas a importação de teorias como a do domínio da organização, garantindo uma punição adequada aos verdadeiros mentores da empreitada criminosa.

Ressalta-se que o Direito Penal não possui o papel de solucionar a criminalidade, sendo muitas vezes objeto de manobra política para a criação de legislações de emergência. Todavia, dada a situação excepcional e a expansão célere das milícias, se faz necessária a utilização de mecanismos distintos da repressão meramente física como forma de amenizar esse problema social.

Assevera-se que a política atual de segurança pública muitas vezes tolerara as milícias por serem supostamente menos nocivas que o tráfico organizado, produzindo como consequência um verdadeiro abandono a população local. Nesse sentido, ao deixar o monopólio do uso da força nas mãos dos criminosos, provoca-se um verdadeiro desmantelamento da instituição Estado Democrático de Direito.

A partir disso, o meio mais eficiente seria o investimento no mínimo existencial para os potenciais futuros associados da organização, aos integrantes das milícias, garantindo melhores salários para os bombeiros, policiais e demais agentes que a compõem. Além



disso, proporcionar segurança aos moradores das zonas de controle para evitar essa delegação ilegítima e ilegal das atribuições do Estado.

Contudo, paralelamente as medidas sociais, deve se discutir a punição justa dos mentores da atividade das milicianas, que utilizam dos seus instrumentos fungíveis disponíveis para práticas criminosas e violentas, produzindo reflexos por toda cidade do Rio de Janeiro.

Ressalta-se que a punição do mandante como autor mediato, é um tema atualmente muito controvertido e objeto de diversos debates e demandas, seja em âmbito nacional ou internacional. Nota-se que parte da doutrina entente pela adoção literal da teoria restritiva, considerando apenas como autor o agente que executa o verbo nuclear do tipo.

Nesse sentido, consoante fora explicitado autores como Zaffaroni e Roxin buscam novas formas de autoria, dentre elas a de escritório e domínio da organização para punir de forma justa e efetiva quem possui um papel mais relevante na empreitada criminosa.

Desse modo, resta claro que a punição severa sobre os executores fungíveis do crime organizado não se mostra suficiente para a repreensão da criminalidade, devendo os mandantes responder conjuntamente pelo ilícito praticado, aplicando-se no caso concreto a teoria do domínio da organização.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEMFICA, Thaís Vani. *Crimes Hediondos e Assemelhados: Questões Polêmicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 28 fev. 2023.

_____. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 28 fev. 2023.

CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIL, Antonio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002.

(Mestrado em Direito) - da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro 2021. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/60460/60460.PDF>. Acesso em: 25 fev. 2023.

GRECO, Luís *et al.* *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal Vol. 3*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MANSO, Bruno Paes. *A República das Milícias: Dos Esquadrões da morte a era Bolsonaro*. São Paulo: Todavia, 2020.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Método, 2020.

MELLO, Igor. *Milícia cresce 387% e ocupa metade do território do crime no RJ*. Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2022, UOL, Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/09/13/milicia-cresce-161-e-ocupa-metade-do-territorio-do-crime-no-rj-diz-estudo.htm> . Acesso em: 08 set. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*. São Paulo: Panóptica, 2009.

_____. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PEIRANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.