

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HENRIQUE ABBUD TORRES XAVIER

**O “AUTOR DETRÁS DO AUTOR”:** UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A AUTORIA  
MEDIATA EM VIRTUDE DO DOMÍNIO DE APARATOS DE PODER

CURITIBA

2018

HENRIQUE ABBUD TORRES XAVIER

**O “AUTOR DETRÁS DO AUTOR”: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A AUTORIA  
MEDIATA EM VIRTUDE DO DOMÍNIO DE APARATOS DE PODER**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA

2018

*Aos meus pais. Ao meu irmão. Aos meus avós.*

## AGRADECIMENTOS

Nesse momento, ousou fazer uso de algumas palavras para sinceros agradecimentos. É, de fato, uma ousadia. Afinal, algumas monografias parecem que seriam necessárias para tentar falar sobre todas as histórias, todas as pessoas...

Antes de tudo, agradeço Àquele que é a razão primeira de eu aqui estar e que me dá a energia para seguir adiante. Agradeço a Deus.

Agradeço, imensamente, aos meus pais, José Henrique e Tamara, “simplesmente” por tudo. Vocês sempre estão ao meu lado, sempre me levantam e me motivam – principalmente pelos exemplos que são – a nunca desistir. Se hoje cá estou, é por causa de vocês.

Agradeço ao meu irmão, Ricardo, por ser uma motivação e uma energia a mais em minha vida. Seja pelas diversões, pelas brincadeiras ou apenas pelas palavras trocadas.

Agradeço às minhas avós, Rosita e Valquíria, por todo o carinho e amor, expressado em cada abraço, em cada gesto, em cada olhar. Agradeço igualmente ao meu avô Tito (*in memoriam*) por tudo o que com ele pude aprender e viver.

Também não poderia deixar de agradecer às minhas tias, tios, primos e primas. Todos fazem parte do quebra-cabeça que sou e, estejam mais próximos ou distantes, tiveram sem dúvida alguma grande papel para eu aqui chegar.

Agradeço, igualmente, aos meus amigos, sejam os de longa data ou os de alguns meses. Há alguns com os quais desde o início de minha vida tive o prazer de cruzar, em especial em Campo Largo. E embora a vida, por vezes, ponha-nos limitações no contato, sei que nossas grandes amizades perduram. Também agradeço aos grandes amigos do “grupo de afinidade”. São aqueles que, principalmente, comigo partilharam a jornada que culmina no presente momento. Foram tantas batalhas, tantas histórias e tanto suporte que vocês marcaram minha vida e, por grandes que são, tenho certeza que vão longe. Agradeço ainda a todos os demais amigos e colegas que, na vida, e, em especial, durante a Faculdade de Direito, foram alegria em meu caminho. Gostaria sinceramente de nomear a todos, afinal, ainda que por vezes momentaneamente, foram importantes sobremaneira para mim.

Não poderia deixar de agradecer aos meus colegas do Tribunal de Justiça. Aliás, mais do que “chefes” ou colegas de trabalho, tornaram-se verdadeiros amigos. Grandiosos exemplos do que é ser um verdadeiro servidor público. Sem toda a

compreensão de vocês, chegar onde cheguei, seja com a Faculdade em geral, seja com o presente trabalho, não teria sido possível, nem imaginável.

Agradeço, finalmente, a todos os meus mestres. Eles que, ao longo da vida e da Faculdade, mostraram os caminhos, deram as chaves, abriram as portas, apresentaram os atalhos e, sobretudo, revelaram a importância da crítica e de não nos contentarmos com o que está posto. Aqui, coloco meu especial agradecimento ao Professor Paulo César Busato, com quem tive o prazer de aprender praticamente “todo” o Direito Penal, das primeiras doutrinas da parte geral aos últimos artigos da parte especial. Tudo culmina, então, com o presente estudo nessa área tão fascinante.

Agradeço, portanto, a todos que fizeram e fazem parte de minha existência. Sei que cada um a quem dirijo essas palavras esteve ao meu lado em importantes momentos. E tenho ainda mais certeza que comigo estará no porvir.

*“Foi como se naqueles últimos minutos estivesse resumindo a lição que este longo curso de maldade humana nos ensinou – a lição da temível banalidade do mal, que desafia as palavras e os pensamentos.”*

*Hannah Arendt (1999)*

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é desenvolver um aprofundado estudo sobre a figura construída por Roxin da autoria mediata em virtude do domínio de aparatos de poder organizados, denominada também de “teoria do domínio da organização”. O estudo será desenvolvido a partir de revisão doutrinária e de alguns casos jurisprudenciais. Objetiva-se trazer, como ponto de partida, as teorias que se preocupam com os critérios para se determinar quem pode ser autor de um fato delitivo, dando-se enfoque para a teoria do domínio do fato. Nessa senda, será examinado o sistema de autoria adotado pelo Código penal brasileiro, concluindo-se pela compatibilidade daquela teoria com o sistema jurídico nacional. Com base na teoria do domínio do fato, são apresentadas três formas de autoria a partir dela extraídas. Ao lado delas, será também tratada da contribuição para um fato delitivo na forma de participação. Então, passa-se ao foco do presente trabalho, desenvolvendo a fórmula de autoria que se verifica quando do controle de estruturas de poder. Inicialmente, é apresentado um caso que serviu de substrato teórico à tese de Roxin e, então, alguns dos principais julgamentos em que a teoria foi aplicada. A partir desse pano de fundo, são apresentados os pressupostos desenvolvidos por Roxin como necessários para que se possa verificar essa forma de autoria mediata. Posteriormente, são apresentadas as teorias que rechaçam essa construção dogmática e as alternativas a ela propostas. Quanto a isso, a conclusão que se tira é pela autonomia da teoria de Roxin e pela possibilidade de emprego das alternativas apenas para análise da distribuição de responsabilidades em estruturas hierarquizadas. Até esse momento do trabalho, realiza-se uma apresentação descritiva do objeto sob estudo. Após, a análise passa a ter caráter eminentemente prescritivo. Pretende-se examinar criticamente cada um dos pressupostos aventados para constituição da autoria mediata pelo domínio de organizações, concluindo-se pelos distintos modos que podem se configurar a estrutura hierárquica, o poder de mando, a fungibilidade e a elevada disposição do executor ao fato. Quanto ao elemento da desvinculação do direito pelo aparato de poder, conclui-se pela dificuldade de considerá-lo como pressuposto da teoria. Ademais, adiciona-se nesse ponto uma contribuição acerca de quais as possibilidades para distribuição de responsabilidade em estruturas hierarquizadas. Ao fim, busca-se examinar o alcance da teoria do domínio da organização e as particularidades de sua aplicação em cada esfera tocada. Para além da análise do seu emprego no Direito Penal Internacional, são apresentadas as controvérsias que envolvem a transposição da teoria para a criminalidade empresarial, concluindo-se pela possibilidade do seu uso em ambos os campos. Finalizando o trabalho, será analisada a problemática aplicação da teoria pelos tribunais brasileiros.

**Palavras-chave:** Domínio do fato. Autoria mediata. Domínio da organização. Aparatos de poder. Estruturas hierárquicas.

## ABSTRACT

The goal of this essay is to develop a deep study about the gear built by Roxin regarding to the indirect authorship due to de domination of organized power structures, also named as “control over the organization theory”. The study is going to be developed from doctrinal revision and some jurisprudential cases. The goal is to bring, as a departure point, the theories concerned with the criteria to determine who can be the author of a criminal act, focusing on the theory of the “domination over the fact”. In this path, it is going to be examined the system of authorship adopted by the Brazilian Criminal code, deducing by the compatibility of that theory with the national legal system. Based on the theory of the control over the fact, there are presented three forms of authorship that can be extracted from it. Alongside to it, it is also going to be treated about the contribution to a criminal act in the form of participation. Then, entering in the focus of the present essay, it is developed the formula of authorship verified when there is control over power structures. Primarily, it is presented a case that served as a theoretical substratum to the Roxin’s thesis and, then, some of the main cases in which the theory was applied. From this background, there are presented the requisites developed by Roxin as necessities to be possible to verify this kind of indirect authorship. Subsequently, there are going to be presented the theories that reject this dogmatic construction and the alternatives proposed. Regarding that, the conclusion extracted is about the autonomy of the Roxin’s theory and the possibility of employment of the alternatives only in the analysis of responsibility distribution in hierarchical structures. So far, it is sought a descriptive presentation of the object under study. Later, the analysis begins to have an eminently prescriptive character. It is intended, therefore, to examine each one of the requirements suggested to the constitution of the indirect authorship through the command of organizations, concluding by the distinct ways in which can be configured the hierarchy structure, the power of command, the fungibility and the high disposition of the perpetrator to the commission of the fact. Regarding the element of the dissociation from the Law by the power apparatus, the conclusion is about the difficulty to consider it as a requisite of the theory. Besides that, it is added in this point a contribution about the possibilities of distribution of responsibility in hierarchical structures. Ultimately, it is sought to examine the range of the organization’s control theory and the particularities of its application in each touched sphere. Besides the analysis of its employment in International Criminal Law, there are shown the controversies that involve the transposition of the theory to the criminality in enterprises, concluding by the possibility of its use in both fields. Finishing the essay, it is going to be analyzed the problematic application of the theory by the Brazilian courts.

**Keywords:** Control over the fact. Indirect authorship. Domination of the organization. Power apparatus. Hierarchical structures.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 FUNDAMENTOS DA AUTORIA NO DIREITO PENAL E FORMAS DE PARTICIPAÇÃO</b> .....	13
2.1 CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DE AUTORIA.....	13
2.1.1 As teorias destinadas à delimitação da autoria .....	15
2.1.2 O sistema jurídico-penal brasileiro .....	21
2.2 FORMAS DE AUTORIA .....	24
2.2.1 Autoria direta .....	24
2.2.2 Autoria mediata .....	25
2.2.3 Coautoria.....	29
2.3 FORMAS DE PARTICIPAÇÃO .....	33
2.3.1 Participação “moral”: induzimento e instigação .....	34
2.3.2 Participação “material”: cumplicidade ou auxílio .....	36
2.3.3 Outros modos de ocorrência da participação .....	37
<b>3 A AUTORIA MEDIATA EM VIRTUDE DO DOMÍNIO DE APARATOS DE PODER ORGANIZADOS</b> .....	39
3.1 A CASUÍSTICA RELACIONADA À TEORIA .....	40
3.1.1 O caso Eichmann .....	41
3.1.2 O caso das Juntas Militares Argentinas .....	44
3.1.3 O caso dos atiradores do muro de Berlim .....	48
3.1.4 O caso Fujimori .....	50
3.2 OS REQUISITOS PARA A AUTORIA MEDIATA EM VIRTUDE DO DOMÍNIO DE APARATOS DE PODER ORGANIZADOS A PARTIR DE ROXIN .....	53
3.2.1 A estrutura organizativa hierárquica e o poder de mando do autor mediato ....	53
3.2.2 A desvinculação do ordenamento jurídico pelo aparato de poder .....	58
3.2.3 A fungibilidade do executor .....	63
3.2.4 A consideravelmente elevada disposição do executor ao fato .....	65
3.3 A AUTONOMIA DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO.....	69
3.3.1 A vertente da coautoria .....	70
3.3.2 A vertente da participação “moral” .....	75
3.3.3 Outras alternativas ao domínio da organização .....	78

3.3.4 Breve consideração a respeito da distinção entre influência e domínio .....	79
<b>4 APROXIMAÇÃO CRÍTICA AOS PRESSUPOSTOS DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E A HIERARQUIA DO AUTOR MEDIATO .....</b>	<b>81</b>
4.1 A CONFIGURAÇÃO DA ESTRUTURA HIERÁRQUICA .....	81
4.2 DISTRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM ESTRUTURAS HIERARQUIZADAS: O NÍVEL HIERÁRQUICO DO AUTOR MEDIATO .....	88
4.3 A QUESTÃO DA FUNGIBILIDADE DO EXECUTOR.....	97
4.4 A DISPOSIÇÃO DO EXECUTOR À PRÁTICA DO FATO.....	104
4.5 UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O PRESSUPOSTO DA DESVINCULAÇÃO DO DIREITO PELO APARATO DE PODER .....	109
<b>5 O ALCANCE DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO .....</b>	<b>122</b>
5.1 A TEORIA E O DIREITO PENAL INTERNACIONAL .....	122
5.2 A TRANSPOSIÇÃO DA TEORIA À CRIMINALIDADE EMPRESARIAL.....	129
5.3 O DIREITO BRASILEIRO E A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL .....	138
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>142</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>147</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A fórmula do “autor detrás do autor” possui sua mais interessante e controvertida manifestação na autoria mediata configurada a partir do domínio de aparatos de poder organizados. Embora na autoria mediata pela coação ou pelo erro também se admita a existência de um autor atrás de outro autor, é naquela teoria que a problemática e a controvérsia se acentuam.

A partir da denominada “teoria do domínio da organização”, a figura da autoria mediata em virtude do domínio de aparatos organizados de poder despontou, com as teorizações de Roxin, como uma forma autônoma de autoria no Direito Penal. Todavia, ela não está isenta de críticas. Muitos negam a sua existência, alegando que tais situações deveriam ser tratadas como, por exemplo, coautoria ou participação “moral” (por induzimento/instigação).

Assim, para que se possa desenvolver de maneira adequada esse tema, deve-se entender, inicialmente, o paradigma teórico em que tal desenvolvimento doutrinário se insere – isto é, a teoria do domínio do fato –, assim como quais as demais formas de autoria e participação que podem a partir dele serem extraídas. Nesse contexto, importante aferir quais as possibilidades de aplicação da teoria do domínio do fato – e, por consequência, da teoria do domínio da organização – no sistema jurídico-penal brasileiro, em especial a partir do que dispõe o art. 29, do Código Penal. E, no que tange às espécies de autoria que podem ser identificadas a partir da teoria do domínio do fato, são três: a autoria direta, a coautoria e a autoria mediata. Com relação a esta última, é possível diferenciá-la em subespécies, dentre as quais está aquela que se configura em virtude do domínio de aparatos de poder. Entretanto, tendo em vista a polêmica estabelecida no sentido de que os “supostos” de autoria mediata pelo domínio da organização seriam, para alguns autores, casos de participação na modalidade de indução/instigação, bem como a necessidade de se diferenciar, em estruturas hierarquizadas, os distintos modos de contribuição para um delito, é importante perpassar pelas características da participação e suas espécies, para além de alguns modos peculiares de sua configuração. Com esse substrato teórico, pensa-se que se terá um melhor aporte para o estudo da teoria do domínio da organização.

No que tange à teoria em si, há casos judiciais clássicos que serviram de base a essa construção dogmática (como o caso Eichmann) e que dela se utilizaram para

a atribuição de responsabilidades penais em situações concretas (como o caso das Juntas Militares argentinas, o caso dos atiradores do muro de Berlim e o caso Fujimori). Com a visão dessa realidade judicial, é possível examinar mais adequadamente os pressupostos e aspectos compreendidos por Roxin como necessários para a constituição da autoria mediata pelo domínio de estruturas de poder: estrutura hierárquica de poder, poder de mando, fungibilidade dos executores, elevada disposição ao fato por parte dos autores diretos e dissociação do Direito pelo aparato de poder.

Porém, não apenas em mares tranquilos navegou a obra de Roxin. Seu naufrágio buscaram distintas vertentes doutrinárias, sob o argumento de que os “suportes fáticos” tratados sob a figura da teoria do domínio da organização constituiriam, em verdade, situação de coautoria, participação moral, autoria acessória ou mesmo cumplicidade/cooperação necessária. Ainda assim, parece que os ventos sopraram a seu favor, passando a teoria, ainda que não completamente ilesa, por esta turbulência. Sobre toda essa polêmica discorrer-se-á no presente estudo. Afinal, a partir dela, percebe-se como a figura estruturada por Roxin goza de autonomia. E fato é que conseguiu sobreviver, de modo que cruzou o Atlântico e retumbou em algumas das principais Cortes latino-americanas.

Muito embora tenha sobrevivido às turbulências, é necessário que a teoria seja dissecada, em seus pressupostos, de maneira crítica. Nesse âmbito de crítica à teoria, têm lugar posições que, não obstante aceitem a concepção de uma autoria a partir do domínio da organização, estruturam-na de forma matizada em relação à tese original. Com tal empreendimento busca-se, utopicamente, alcançar um aprimoramento da teoria e, no mínimo, tentar propor uma reflexão crítica e sistematizada a partir do que alguns autores já desenvolveram sobre o tema.

Por derradeiro, para além de ter cruzado o Atlântico, a teoria do domínio da organização atingiu outras áreas do campo jurídico, ocupando espaço e desbancando outras figuras no âmbito do Direito Penal Internacional e, quebrando os grilhões que lhe impôs seu criador, atingindo a área da criminalidade empresarial. Por isso, a aplicação da teoria nesses dois âmbitos e sua comparação com demais figuras típicas das respectivas áreas assume relevância. Além disso, é possível discutir sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, em especial devido ao modo como foi adotada e aplicada pelos Tribunais nacionais, com destaque para os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (como no caso do “Mensalão”). Afinal, neste simbólico

julgado, a teoria teve uma aplicação distorcida, o que representa apenas um excerto da sua contraditória passagem pela *práxis* judicial brasileira.

A teoria do domínio da organização é um terreno de estudo fértil, do qual se podem extrair vários frutos e possibilidades para a dogmática do Direito penal. Ao menos pelas suas controvérsias, merece um detido estudo.

## **2 FUNDAMENTOS DA AUTORIA NO DIREITO PENAL E FORMAS DE PARTICIPAÇÃO**

Para se tratar de uma específica forma de autoria no Direito penal (que é o objetivo nuclear que se pretende atingir neste estudo) é interessante passar, ainda que brevemente, pelos fundamentos teóricos mais basilares que a alicerçam. Por essa razão, o ponto de partida do estudo será uma análise das principais teorias desenvolvidas para a definição de autores e, por consequência, de partícipes de fatos delitivos. A partir delas, tem-se a possibilidade de analisar as distintas formas de configuração da autoria de um crime e os modos pelos quais pode se dar a participação. Nessa direção, portanto, serão apresentados os requisitos das principais formas pelas quais pode se dar a contribuição para um fato delitivo: autoria direta, autoria mediata, coautoria, participação por induzimento, por instigação e por cumplicidade ou auxílio. A diferenciação entre as formas de autoria é importante para que se possa compreender adequadamente, em um momento posterior, aquela espécie de autoria que se verifica quando o indivíduo domina aparatos de poder organizados. Tanto a autoria direta quanto a coautoria estão vinculadas ao debate doutrinário e jurisprudencial em torno dessa específica forma de autoria mediata. Por outro lado, a importância do estudo das modalidades de participação reside no fato de que, para alguns autores, a autoria mediata em virtude do domínio de aparatos de poder seria, em verdade, um tipo de participação moral. Assim, a apresentação dos modos de participação trará o embasamento necessário para que se possam notar as diferenças entre o “suporte fático” das formas de participação e o “suporte” dos casos compreendidos como autoria mediata pelo domínio de organizações. Além de que, a partir disso, será possível um melhor entendimento sobre as possibilidades de distribuição de responsabilidade em estruturas hierárquicas, tema sobre o qual se discorrerá no penúltimo capítulo deste estudo.

Inicie-se, então, pelas teorias e respectivos critérios construídos para a definição da autoria no Direito Penal.

### **2.1 CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DE AUTORIA**

Preliminarmente, deve-se destacar que, ao se tratar da necessidade de diferenciação entre as distintas contribuições para um fato delitivo, o sistema

diferenciador<sup>1</sup> de autores e partícipes assume destaque, pois tal sistema pauta-se pela possibilidade de se estabelecer uma distinção entre aquelas classes de contribuição para um fato delitivo<sup>2</sup>. Aqui, as distintas contribuições fáticas são entendidas a partir de seu peso material, com atenção especial ao desvalor de conduta<sup>3</sup>. A responsabilidade, portanto, é distribuída de maneira desigual entre os concorrentes<sup>4</sup>. A adequação de um tal sistema justifica-se por ele coadunar com o princípio da culpabilidade, o qual obriga à diferenciação pessoal entre os sujeitos envolvidos em um delito<sup>5</sup>. Isso possui particular relevância quando se trata da análise dos casos de *concurso eventual* de pessoas, isto é, quando aqueles delitos que são possíveis de serem praticados por uma só pessoa (*unissubjetivos*) são praticados por várias<sup>6</sup>.

Ligadas principalmente com um sistema que permite a diferenciação entre autores e partícipes, no entender de Paulo César Busato, foram construídas teorias como possíveis critérios a serem utilizados para essa separação<sup>7</sup>. Seriam, portanto, teorias diferenciadoras que permitem a identificação do autor de um fato delitivo<sup>8</sup>. São elas as teorias subjetiva, objetivo-formal e objetivo-material (a qual, para alguns, se confunde com a teoria do domínio do fato e, para outros, não, como se verá adiante). O enfoque aqui, no entanto, será dado à teoria do domínio do fato, por referir-se à lente teórica a partir da qual foi desenvolvida a teorização que permite a estipulação daquela forma de autoria que se dá pelo domínio de uma organização.

Com relação ao campo do Direito Penal brasileiro, cumpre aferir a possibilidade de emprego, nele, da teoria do domínio do fato. Para tal análise, será

---

<sup>1</sup> Em contraposição ao sistema diferenciador há o *sistema unitário*, no qual a responsabilidade é repartida de forma igualitária pelos concorrentes (BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 701). Ligado ao sistema unitário haveria a *teoria monista* ou *unitária*, de acordo com a qual o crime praticado por pessoas distintas permanece uno e, assim, autores e partícipes respondem pelo mesmo delito (BUSATO, Paulo César. *Ibidem*. p. 702). Não há, portanto, diferenciação “entre autor, partícipe, instigador, cúmplice etc., sendo todos *coautores* do crime” (BUSATO, Paulo César. *Loc. cit.*, itálico do autor). Para um estudo mais aprofundado sobre os distintos sistemas unitários, cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 57-59. E para uma análise extensa e específica dos temas expostos no presente estudo, especialmente ligados ao âmbito empresarial, cf. SCHEIDWEILER, Lucas Gabriel. **A aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito empresarial**. 2017. 128 p. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito.

<sup>2</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. cit.* p. 60.

<sup>3</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Loc. cit.*

<sup>4</sup> BUSATO, Paulo César. *Op. cit.* p. 701.

<sup>5</sup> BUSATO, Paulo César. *Loc. cit.*

<sup>6</sup> BUSATO, Paulo César. *Loc. cit.* Em contraposição ao concurso eventual, tem-se o *concurso necessário de pessoas*, aplicável para os crimes *plurissubjetivos*, isto é, aqueles que só são possíveis de serem praticados por dois ou mais indivíduos (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 481).

<sup>7</sup> BUSATO, Paulo César. *Op. cit.* p. 704.

<sup>8</sup> BUSATO, Paulo César. *Loc. cit.*

apresentada, inicialmente, a discussão doutrinária acerca de qual o sistema que teria sido adotado pelo Código Penal brasileiro (se um sistema unitário ou diferenciador). A partir disso, será possível compreender quais as possibilidades para a teoria do domínio do fato no terreno jurídico nacional e, conseqüentemente, qual a viabilidade de transposição da teoria do domínio da organização para essa realidade.

É necessário, portanto, que se compreendam, inicialmente, os desenvolvimentos gerais das teorias estruturadas para a caracterização da autoria no Direito penal.

### 2.1.1 As teorias destinadas à delimitação da autoria

A teoria do domínio do fato não foi a única, e nem a primeira, que se preocupou com a demarcação dos distintos aportes para um fato delitivo. Previamente à sua construção, houve outras teorizações que buscaram definir de que modo se podem diferenciar as contribuições para um acontecimento criminoso. Dentre elas, tem-se a teoria subjetiva, a teoria objetivo-formal e a teoria objetivo-material (embora, com relação a esta última, haja divergência se seria ou não um equivalente da teoria do domínio do fato<sup>9</sup>).

A *teoria subjetiva* rejeita a diferenciação entre autores e partícipes a partir da conduta típica (como preceitua a *teoria objetivo-formal*) e a partir do “grau de perigosidade orientado pela causalidade” (conforme estabelecido pela *teoria objetivo-material*)<sup>10</sup>. A teoria subjetiva, portanto, define o autor como

aquele que, com vontade de autor (“*animus auctoris*”), produz uma contribuição objetiva para a realização do tipo e quer o fato como próprio (*por interesse no resultado*), ao passo que, partícipe é aquele que age com a vontade de participar (“*animus socii*”) e quer o fato como resultado alheio, constituindo, assim, a famosa *fórmula do animus*.<sup>11</sup>

Todavia, pela impossibilidade de acesso às pretensões da mente do autor, o critério utilizado por essa teoria acaba sendo, definitivamente, inseguro<sup>12</sup>.

As *teorias objetivas*, a seu turno, tomam como critério determinante para delimitação da autoria o aspecto “meramente objetivo do fato punível, tendo em vista

<sup>9</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 71.

<sup>10</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Ibidem. p. 73-74.

<sup>11</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Ibidem. p. 74, grifo do autor.

<sup>12</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 705.



a descrição da conduta típica”<sup>13</sup>. Subdividem-se em teorias objetivo-formal e objetivo-material.

A *teoria objetivo-formal* possui dois aspectos fundantes: é *objetiva*, pois a vontade ou interesse do sujeito não possui relevância, mas, ao contrário, a delimitação se verifica com base no que foi produzido; é *formal*, pois, com o fim de estabelecer essa delimitação objetiva, volta-se “aos tipos penais da parte especial do respectivo Código Penal”<sup>14</sup>. A partir disso, “autor é quem realiza por si mesmo, total ou parcialmente, a conduta típica, e partícipe é quem contribui com a realização do tipo tão só por meio de *atos preparatórios e de apoio*”<sup>15</sup>. O autor realizará o verbo descrito no tipo e, o partícipe, não, embora realize ações que contribuem para o resultado<sup>16</sup>. Porém, essa concepção de autor com base na teoria objetivo-formal não resolve um dos principais problemas do conceito restritivo: a impossibilidade de se falar em autoria mediata, na medida em que, a partir dessa concepção restritiva, é autor quem realiza, por si só, o tipo<sup>17</sup>. O autor mediato, nessa teoria, seria tido como partícipe, ainda que em grande parte das situações seja ele quem determine de que forma se dará a ocorrência do crime<sup>18</sup>.

A *teoria objetivo-material*, a seu turno, é objeto de divergência na doutrina, devido à sua definição<sup>19</sup>: para alguns<sup>20</sup>, é um equivalente da teoria do domínio do fato (ou esta seria um equivalente daquela) e, antes, era chamada de *teoria objetivo-final*; para outros<sup>21</sup>, é uma “subespécie da teoria objetiva diversa da *teoria do domínio do fato*”<sup>22</sup>. Pablo Alflen adota como mais apropriada esta última posição<sup>23</sup>.

A teoria objetivo-material desponta como uma complementação à teoria objetivo-formal e, com o fim de completar as lacunas desta, parte da análise da

<sup>13</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 69.

<sup>14</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Ibidem. p. 70.

<sup>15</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit., grifo do autor.

<sup>16</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 706.

<sup>17</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 70-71.

<sup>18</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 706.

<sup>19</sup> Para uma explanação sobre a divergência existente na doutrina se a teoria objetivo-material de autoria seria um equivalente da teoria do domínio do fato – ou esta uma equivalente daquela –, cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 71.

<sup>20</sup> Como Stratenwerth, Kuhlen, Renzikowski, Wessels, Beulke e Bacigualupo (ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 71). Em BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 707, Paulo Busato trata a “ideia de *domínio do fato*” como equivalente da teoria objetiva-material ou “*teoria objetivo-subjetiva*” (nomenclatura esta não trazida por Pablo Alflen, na sua obra anteriormente citada).

<sup>21</sup> A exemplo de Jescheck, Schroeder, Baumann, Gropp, Kindhäuser e Otto (ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 72).

<sup>22</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 71.

<sup>23</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Ibidem. p. 72.

“perigosidade”, ao invés da “execução da ação típica”, para a caracterização da “contribuição para o fato por parte do autor em face do partícipe”<sup>24</sup>. A partir desse critério, tal teoria admite tanto a autoria mediata quanto a coautoria do sujeito que não pratica, por si mesmo, a conduta típica<sup>25</sup>.

Embora haja divergência doutrinária sobre onde se encaixaria a *teoria do domínio do fato*<sup>26</sup> nesse complexo de sistemas de definição de autoria (por exemplo, se seria ou não um equivalente da teoria objetivo-material), fato é que teve grande acolhida na doutrina como marco teórico<sup>27</sup> e constitui importante lente para estudo do concurso de pessoas. Tal teoria, assim, revela-se como a mais apropriada forma para delimitação da autoria em um acontecer delitivo.

Foi em virtude dos déficits demonstrados em relação ao paradigma causalista, em relação aos conceitos extensivo e restritivo de autor, assim como acerca das teorias objetivas e subjetiva de autoria, que a doutrina vinculada à vertente finalista definiu como via para construção da concepção de autoria a “teoria do domínio final do fato”<sup>28</sup>.

Os termos “domínio do fato” e “domínio sobre o fato” foram utilizados, primeiramente, por Hegler, em 1915 e, mais tarde, também foram empregados por outros autores<sup>29</sup>. Todavia, foi com o finalista Welzel que foi elaborada uma “teoria propriamente dita do domínio do fato”, com a definição de critérios nítidos para o desenvolvimento da teoria da autoria e da participação<sup>30</sup>.

Foi em 1939 que surgiu o conceito de domínio do fato de Welzel, o qual ligava, pela primeira vez, a noção de domínio do fato à “doutrina da ação”<sup>31</sup>. Assim, a sua concepção de domínio do fato está vinculada ao seu conceito de ação final<sup>32</sup>. Nesse sentido, sinteticamente, pode-se dizer que para a teoria do domínio final do fato no

<sup>24</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 72.

<sup>25</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit.

<sup>26</sup> A expressão “teoria” encontra-se no singular devido ao uso dessa expressão, dessa forma, nas obras bibliográficas citadas nesse texto até o momento. Porém, cabe o registro de que existe mais de uma teoria que usa a expressão “domínio do fato” e, com base na sua concepção, busca definir a autoria e diferenciá-la da participação. Assim, ao utilizar a nomenclatura “teoria do domínio do fato” de forma descontextualizada em relação a algum autor ou posicionamento teórico específico, significa que se estará usando-a como referência genérica às teorias predominantes que se aproximam ao tratar sobre o assunto.

<sup>27</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 707.

<sup>28</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 82.

<sup>29</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*. p. 82-86. No mesmo sentido, cf. ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 81.

<sup>30</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 86-87.

<sup>31</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 85, tradução nossa.

<sup>32</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 87.

sistema finalista, representado aqui por Welzel, “o autor é o *senhor sobre a decisão e a execução da vontade final de realizar o fato*”<sup>33</sup>. Deve-se destacar, porém, que, para este jurista, o domínio do fato não era “critério suficiente” para determinação da autoria, mas, era um pressuposto fático, “ao lado dos pressupostos pessoais (objetivos e subjetivos)”<sup>34</sup>.

Não obstante tal construção, foi com o alemão Roxin que a ideia de domínio do fato como “critério para delimitação da autoria” foi intensamente desenvolvida<sup>35</sup>, aperfeiçoando o que em Welzel era somente um “rascunho”<sup>36</sup>. Tal aperfeiçoamento deu-se a partir de sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>37</sup>.

Para Roxin, a concepção mais adequada para um conceito de domínio do fato é como um “conceito aberto”<sup>38</sup>. Afinal, entende que se devia achar um procedimento pelo qual se pudesse complementar o conceito de domínio do fato no seu conteúdo, de modo que, por um lado, fosse possível lidar com os volúveis acontecimentos da vida e, por outro, fosse possível atingir um grande grau de “determinação”<sup>39</sup>. Ademais, assenta o autor alemão que esse conceito deve ser normativo<sup>40</sup>.

A partir de suas teorizações, Roxin traz importante critério, dentro da concepção de domínio do fato, para que se defina o autor de um fato delituoso: “figura central”<sup>41</sup>. Para o jurista alemão, “o autor é a figura central do acontecer em forma de ação”<sup>42</sup>. Com relação a isso, seria possível definir a figura central de um acontecimento típico a partir do que estabelece o legislador e a partir de uma “noção geral pré-jurídica”<sup>43</sup>. Assim, além de analisar quem pode ser autor ou partícipe de um fato, com fulcro no que definiu o legislador alemão, Roxin afirma, acerca da noção de “conceitos pré-jurídicos”, que a concepção de “figura central” está relacionada a uma ideia que habita o pensamento comum: enquanto o autor, o coautor e o autor mediato são as principais figuras do “sucesso”, o “indutor e o cúmplice” encontram-se na

<sup>33</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 103, grifo do autor.

<sup>34</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*. p. 184.

<sup>35</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*. p. 104

<sup>36</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 708.

<sup>37</sup> BUSATO, Paulo César. *Loc. cit.*

<sup>38</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 146.

<sup>39</sup> ROXIN, Claus. *Loc. cit.*

<sup>40</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 108.

<sup>41</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*. p. 110.

<sup>42</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 44, tradução nossa.

<sup>43</sup> ROXIN, Claus. *Ibidem*. p. 45.

periferia<sup>44</sup>. Desse modo, a “essência” da figura do partícipe estaria no fato de que se apoia na “figura central do autor”<sup>45</sup>.

Ainda nas teorizações sobre o domínio do fato, especificamente com relação à ideia de “domínio”, entende-se que somente pode ser compreendida a partir da análise dos “tipos penais em espécie”, porque o “domínio do fato somente pode caracterizar a figura central do acontecimento delitivo, quando a conduta analisada pelo legislador como digna de pena é dominável”<sup>46</sup>.

Embora o grande desenvolvimento de Roxin da teoria do domínio do fato tenha tido acolhida majoritária na doutrina mundial do Direito penal, alguns autores o criticam e buscaram outras alternativas acerca da temática.

O jurista brasileiro Pablo Alflen, por exemplo, tenta cunhar uma teoria própria para delimitação da autoria, com base em uma concepção original sua de domínio do fato<sup>47</sup>. Para sua construção, traz como bases um *paradigma ontológico-relacional* (no sentido de que entende o ordenamento jurídico como dotado de um “caráter relacional” e o homem como sendo um ser social), o *sistema unitário funcional de autor a partir do Código Penal brasileiro* (para ele, esse Código, pelo art. 29, adotou um sistema unitário de autor, embora matizado, possibilitando a diferenciação entre modalidades de autoria) e a *ideia de domínio do fato presente na jurisprudência brasileira*<sup>48</sup>. Define, então, o

domínio do fato como a possibilidade de controlar, em razão do poder de condução, a realização típica – com todas as suas circunstâncias, no momento e na forma mais apropriada – e o respectivo resultado delitivo,

sendo que essa realização típica é representada pela “ofensa ao bem-jurídico penal”<sup>49</sup>. Além disso, defende Pablo Alflen, na mesma esteira de Roxin, que a ideia de domínio do fato aplica-se somente aos crimes comissivos e omissivos dolosos, pois, o resultado que ocorre nos crimes culposos decorre de um “*déficit de domínio do fato em relação ao resultado*”<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 45, tradução nossa.

<sup>45</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>46</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 111.

<sup>47</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*.

<sup>48</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*. p. 159-183.

<sup>49</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*. p. 192, 193, 225.

<sup>50</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*. p. 193, grifo do autor.

Em resumo do tema, poder-se-ia afirmar que a concepção geral da “teoria do domínio do fato”, portanto, é aquela “de que o autor só pode ser identificado através do critério do domínio do fato” – e domina o fato quem possui “o poder de determinação sobre o crime”<sup>51</sup>.

Como contraponto aos autores acima apresentados, seria possível alocar Jakobs. Isso se justifica por ele defender como critério para a delimitação do autor de um fato delituoso uma “atribuição normativa” e não a ideia de um “domínio”<sup>52</sup>. Um “domínio do fato” poderia apenas determinar a “quantidade de uma intervenção delitiva”; porém, seria a partir de um processo de “atribuição normativa” que se determinaria o autor de um fato delitivo<sup>53</sup>. Ademais, de acordo com o jurista, “o domínio do fato pode ser dissolvido num conceito normativo, precisamente no de competência (...)”, de modo que “o conceito central é o da competência”, ao passo que o “domínio só se refere a questões quantitativas”<sup>54</sup>.

Jakobs<sup>55</sup>, em sua obra, porém, não traz uma definição clara sobre o que seria a “competência” que permite definir a autoria em um caso concreto. Quanto ao domínio do fato, por sua vez, teria função preponderante na determinação da pena do sujeito – ou seja, após já se ter definido que ele é autor do delito. Desse modo, não tem como função ser critério de delimitação de autoria.

A partir do exposto, é possível concluir que Jakobs rejeita a teorização de domínio do fato proposta, principalmente, por Roxin enquanto critério de definição de autoria, colocando-a em segundo plano no quesito “definição de autor de fato delitivo”.

Não obstante as críticas formuladas à teoria do domínio do fato – em especial ao modelo proposto por Roxin – percebe-se que sua teorização resulta, ainda, bastante adequada para solução dos problemas penais atuais, desde que, ressalve-se, combinada com uma “teoria de violação de dever específica para os crimes omissivos e os crimes próprios ou especiais”<sup>56</sup>. Percebe-se tal adequação do critério do *domínio do fato* para solução dos problemas, pois, além de a proposta ser compatível com o Código Penal brasileiro, como se verá a seguir, é quase impossível

<sup>51</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 708.

<sup>52</sup> JAKOBS, Günther. Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização de conceitos jurídicos). Tradução de: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. **Coleção estudos de direito penal**. v. 9. São Paulo: Manole, 2003. p. 4.

<sup>53</sup> JAKOBS, Günther. *Ibidem*.

<sup>54</sup> JAKOBS, Günther. *Ibidem*. p. 44.

<sup>55</sup> JAKOBS, Günther. *Ibidem*.

<sup>56</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 710.

estabelecer a autoria nos aparatos organizados – em especial, na criminalidade empresarial – sem se recorrer a tal critério<sup>57</sup>.

### 2.1.2 O sistema jurídico-penal brasileiro

Uma busca construtiva da compreensão do sistema de autoria e participação adotado pelo Código Penal brasileiro e da sua compatibilidade com a teoria da autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder se faz extremamente relevante. Afinal, é controvertida a questão sobre o sistema de autoria desenhado pelo Código Penal pátrio, ao dispor sobre o concurso de pessoas. Ferve na doutrina a discussão se a legislação teria arquitetado um sistema unitário ou diferenciador. O debate estrutura-se a partir do previsto no art. 29 e parágrafos, da legislação mencionada<sup>58</sup>. A análise de tal aspecto reveste-se de grande importância, pois tem consequência necessária na possibilidade ou não de aplicação, no sistema brasileiro, da teoria do domínio do fato e, assim, da teoria do domínio da organização concebida por Roxin.

René Ariel Dotti argumenta que o disposto no art. 29 do Código Penal não se compatibiliza com a teoria do domínio do fato, pelas seguintes razões: a possibilidade de redução da pena decorrente de uma participação, como disposto no §1º do art. 29, não cumpre o requisito dogmático relativo a que a participação detenha “uma tipicidade autônoma”; ademais, o art. 29 adotaria um sistema unitário, ao passo que a concepção do domínio do fato estaria pautada em um sistema diferenciador<sup>59</sup>.

Pablo Alflen, de forma mais contida, argumenta que, embora, a partir do art. 29, do Código Penal, o legislador tenha adotado um sistema unitário, ele buscou esclarecer que o sistema unitário não se configura incompatível com a diferenciação entre as formas de autoria e participação e que, não obstante a legislação penal brasileira não defina conceitos de autoria e participação, trouxe alguns parâmetros que podem orientar a doutrina nesse trabalho de conceituação e diferenciação<sup>60</sup>. Assim, o legislador teria adotado um “sistema unitário temperado” de autoria e

<sup>57</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit., p. 711.

<sup>58</sup> “**Art. 29** - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

<sup>59</sup> DOTTI, René Ariel. Apresentação. In: ALAOR LEITE, **Domínio do fato ou domínio da posição?: autoria e participação no direito penal brasileiro**. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016. 82 p. Inclui referências. ISBN 9788593570001. p. 9-25. p. 17.

<sup>60</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 167.

participação<sup>61</sup>. E acerca dos vários critérios entabulados para aquela tarefa de distinção, deve-se mencionar, inicialmente, que o art. 29, do Código Penal, refere-se a “na medida de sua culpabilidade”, o que significa que as penas deverão ser diferentes de acordo com a contribuição para o fato<sup>62</sup>. O art. 62, I, do Código Penal, refere-se ao que “dirige a atividade dos demais agentes”, de modo que se percebe, aqui, a hipótese de autoria mediata, a qual é reforçada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, quando trata de “mandantes”<sup>63</sup>. O art. 62, IV, do Código Penal, refere-se ao que “executa o crime”, sendo possível identificar aqui a autoria direta<sup>64</sup>. Por sua vez, na Lei 8.137/90 (art. 16) e na Lei 7.492/86 (art. 25), mencionam-se os delitos praticados em “coautoria”, além de que na Lei 9.605/98 (art. 3º, parágrafo único), mencionam-se as pessoas “coautoras”, de modo que é possível identificar em tais pontos a modalidade da coautoria<sup>65</sup>. Já as espécies de participação (“indução, instigação e auxílio”) podem ser identificadas nos artigos 31, 62, II e III e 122, todos do Código Penal, com as respectivas redações de “a determinação, a instigação e o auxílio”, “induz outrem”, “instiga ou determina”, “induzir, instigar e auxiliar”<sup>66</sup>. Por fim, no art. 31, do Código Penal, o legislador definiu a “acessoriedade da participação”, ao dispor que “não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”<sup>67</sup>. Portanto, é possível dizer que o legislador brasileiro teria reconhecido três formas de autoria (direta, mediata e coautoria)<sup>68</sup>, para além das distintas modalidades de participação.

A partir disso, Pablo Alflen tira a conclusão de que o legislador nacional arquitetou um “sistema unitário funcional”, eis que aceita a possibilidade de distinção entre as espécies de autoria e não estabelece a “acessoriedade do autor mediato”; em outras palavras, não condiciona esta possibilidade “à conduta dolosa e antijurídica do autor imediato”, pois, o legislador reconhece a “autoria mediata” pelo uso de “instrumento tanto punível quanto impunível”<sup>69</sup>.

Destarte, Pablo Alflen não rechaça uma concepção de domínio do fato para aplicação no Direito brasileiro, mas afirma que não deve ser transposta a teoria de

<sup>61</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 168.

<sup>62</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit.

<sup>63</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit.

<sup>64</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit.

<sup>65</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit.

<sup>66</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit.

<sup>67</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Ibidem. p. 169.

<sup>68</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Ibidem. p. 195.

<sup>69</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Ibidem. p. 169.

Roxin para aplicação na realidade nacional, devido à sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e com a escolha do legislador por um “sistema unitário funcional” de autor no Código Penal<sup>70</sup>. Nessa senda, necessária seria a estruturação de uma noção de domínio do fato que se encaixe com o sistema unitário funcional de autor adotado nacionalmente<sup>71</sup>. Nesse sentido que Pablo Alflen cunhou sua própria teoria, como apresentada no subcapítulo anterior.

Para outro setor da doutrina, todavia, os dispositivos posteriores ao art. 29, *caput*, do Código Penal, “não enfeixam um sistema coerente de autoria e participação”<sup>72</sup>. Assim, não obstante a

inclinação ao sistema unitário indicada pelo art. 29 *caput* CP, a conclusão, por contundente que pareça, é a de que o Código Penal brasileiro simplesmente *não adotou um sistema uno e coerente de autoria e participação*. Não há, assim, decisão convicta do legislador em favor do sistema unitário.<sup>73</sup>

De modo semelhante, como afirma Paulo César Busato, o Código Penal brasileiro – a partir da redação do seu art. 29 – fez a opção por um “princípio unitário” quanto à diferenciação entre autores e partícipes, reconhecendo, porém, a necessidade de tal diferenciação<sup>74</sup>. Acaba por adotar, portanto, uma teoria diferenciadora, em sentido dualista<sup>75</sup>.

Nessa esteira, Alaor Leite, argumentando que o desafio que se coloca frente ao Código Penal brasileiro é o de arquitetar um sistema coerente e uno de autoria e participação, afirma que, se existirem bons motivos para a adoção da teoria do domínio do fato, utilizada dentro de um “sistema diferenciador e de um conceito restritivo de autor”, sua recepção de *lege lata* seria conciliável com o Código Penal pátrio<sup>76</sup>. Afinal, a teoria do domínio do fato tem como ponto de partida um “sistema diferenciador” e um “conceito restritivo de autor”<sup>77</sup>. Outrossim, o que reforça a necessidade dessa missão de se interpretar o sistema jurídico-penal brasileiro pelas lentes da teoria do domínio do fato é que utilizar essa construção teórica seria a

<sup>70</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 169-170.

<sup>71</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*. p. 170.

<sup>72</sup> LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição?:** autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016. 82 p. Inclui referências. ISBN 9788593570001. p. 42.

<sup>73</sup> LEITE, Alaor. *Loc. cit.*, grifo do autor.

<sup>74</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. Op. cit. p. 703.

<sup>75</sup> BUSATO, Paulo César. *Loc. cit.*

<sup>76</sup> LEITE, Alaor. Op. cit. p. 42.

<sup>77</sup> LEITE, Alaor. *Loc. cit.*



própria realização de uma “*interpretação construtiva limitadora da punibilidade*, o que não violaria, portanto, a proibição de analogia que deriva do princípio da legalidade.”<sup>78</sup>. Afinal, é forçoso cogitar um sistema que trate de autoria e participação que seja mais dilatado do aquele extraído a partir da “leitura tradicional do art. 29 *caput* CP”<sup>79</sup>.

Desse modo, a partir do que teoriza parte da doutrina<sup>80</sup>, parece viável a diferenciação entre autores e partícipes a partir do Código Penal brasileiro e a consequente possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato de Roxin ao nosso ordenamento, ainda que Pablo Alflen defenda a construção de uma concepção ajustada à realidade nacional. Afinal, parece possível enquadrar e ajustar a própria teoria de Roxin ao nosso sistema. Como decorrência, tem-se a possibilidade de aplicação, no Brasil, da teoria da autoria mediata pelo domínio de aparatos de poder organizados.

Com essa aferição acerca do sistema de autoria e participação adotado pelo Código Penal pátrio e exposta a base que orienta a diferenciação dos autores frente aos partícipes na prática de um fato delitivo, impera proceder à delimitação das distintas formas de autoria que podem ser verificadas na realidade, assim como à identificação de seus respectivos requisitos.

## 2.2 FORMAS DE AUTORIA

Tendo por base a teoria do domínio do fato, são três as principais formas de autoria que podem ser verificadas na realidade, cada qual com suas características e requisitos para identificação. Desse modo, a seguir, serão tratadas, a partir de uma classificação tradicional da doutrina que se pauta pela teoria do domínio do fato, das seguintes formas de autoria: autoria direta, autoria mediata e coautoria. A primeira é regida por uma noção de “domínio da ação”, a segunda, pela ideia de um “domínio da vontade” e, a terceira, pela concepção de “domínio funcional do fato”.

### 2.2.1 Autoria direta

<sup>78</sup> LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição?**... Op. cit. p. 43, grifo do autor.

<sup>79</sup> LEITE, Alaor. Loc. cit.

<sup>80</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit.; LEITE, Alaor. Op. cit.

Roxin delimita a autoria direta, ou individual, a partir da noção de “*domínio da ação*”<sup>81</sup>. Assim, autor é “quem, não coagido e sem ser dependente de modo superior ao socialmente normal, realiza todos os elementos do tipo de própria mão” – e entende-se que se pode chamar tal critério de delimitação da autoria como objetivo, pois, do ponto de vista subjetivo do dolo, não seria possível estabelecer necessariamente uma autoria, dado que o partícipe também atuaria de forma dolosa<sup>82</sup>.

Pablo Alflen define a autoria direta a partir do que o legislador brasileiro estabeleceu no art. 62, IV, do Código Penal e à luz de sua própria concepção de domínio do fato<sup>83</sup>. Assim, a autoria direta corresponderia ao “domínio do resultado”, podendo-se conceituar o autor direto como sendo

aquele que possui, por si mesmo, de forma direta, o poder de condução sobre a realização, interrupção, impedimento ou continuidade do fato típico direcionado à produção da ofensa ao bem jurídico [(isto é, bem jurídico-penal)].<sup>84</sup>

Segundo o próprio Pablo Alflen, diferentemente de Welzel e Roxin, esse conceito não se baseia nos “tipos penais da parte especial” do Código Penal, mas, indo além, é utilizável em relação a “qualquer tipo penal incriminador”<sup>85</sup>.

Em suma, pode-se dizer que o autor direto ou imediato é o responsável direto pela conduta, é aquele que pratica o fato por si próprio, detendo exclusivamente o domínio do fato<sup>86</sup>.

De modo um tanto quanto oposto ao autor direto, há o autor mediato, o qual se caracteriza por não intervir diretamente na ação delitiva e que constitui a segunda modalidade de autoria verificada com fulcro na teoria do domínio do fato.

### 2.2.2 Autoria mediata

Roxin concebe a autoria mediata a partir do “*domínio da vontade*”. Afinal, mancando uma “ação executiva” por parte do “sujeito de trás”, o domínio do fato somente pode se basear no “poder da vontade reitora” deste sujeito<sup>87</sup>. Aqui, por

<sup>81</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 112.

<sup>82</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 151, 155.

<sup>83</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 195.

<sup>84</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*. p. 196.

<sup>85</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Loc. cit.*

<sup>86</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 711.

<sup>87</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 166, tradução nossa.

exemplo, uma coação ou o uso de alguém em situação de erro torna o “sujeito de trás” a figura central do sucesso delitivo<sup>88</sup>.

No sentido exposto, o autor mediato é aquele que busca a realização delitiva por meio de “interposta pessoa”, possuindo um “domínio da vontade” de quem pratica o evento<sup>89</sup>. Assim, há a utilização de um “agente imediato” (instrumento) que está subordinado ao autor mediato, cuja vontade domina a realização da prática delitiva – ou seja, é a sua vontade que se verifica na realização do delito<sup>90</sup>.

Pablo Alflen, a seu turno, afirma que a autoria mediata não se pauta por um “domínio da vontade”, como preconizado por Roxin, mas por um “domínio social”<sup>91</sup>. Na sua acepção, autor mediato é quem possui

o controle – em razão de seu poder de condução – da produção do resultado, enquanto ofensa ao bem jurídico, a qual é realizada por meio de um instrumento punível ou impunível, em suas relações fático-sociais.<sup>92</sup>

Embora a partir de uma perspectiva distinta, pode-se dizer que a conclusão a que chega Pablo Alflen acerca da conceituação do autor mediato é próxima da proposta por Roxin.

Conclui-se, ademais, que a concepção de “instrumento” possui papel decisivo para caracterização da autoria mediata<sup>93</sup>. Para Welzel, o instrumento poderia atuar de forma consciente ou inconsciente, ser punível ou impunível, mas, nunca poderia deter pleno domínio do fato, pois, nesse caso, o sujeito de trás seria apenas um indutor ou instigador<sup>94</sup>. Para Roxin, inicialmente, o instrumento não atuaria de forma livre<sup>95</sup>. Mas, ao desenvolver a teoria do domínio da organização, passou a admitir a hipótese de um executor punível<sup>96</sup>. E, para Pablo Alflen, o instrumento poderá ser um sujeito tanto punível quanto impunível<sup>97</sup>. A partir do Código Penal brasileiro, Pablo Alflen

<sup>88</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 166.

<sup>89</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 711.

<sup>90</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit.

<sup>91</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 211.

<sup>92</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Ibidem. p. 212-213.

<sup>93</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Ibidem. p. 211.

<sup>94</sup> WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. In: **Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie**, Berlin: Walter De Gruyter, 1975. p. 161-193. p. 165 apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 212.

<sup>95</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 212. Os posicionamentos de Roxin que embasam a conclusão de Alflen podem ser conferidos em ROXIN, Claus. Op. cit. p. 154, 269, 280.

<sup>96</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 212. No mesmo sentido da nota anterior, cf. ROXIN, Claus. Op. cit. p. 154, 269, 280.

<sup>97</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 213.

estabelece uma distinção entre autoria mediata com o uso de instrumento *impunível* (hipótese subdividida em três situações: casos em que o instrumento atua de forma atípica, lícita ou inculpável) ou *punível* (responsável)<sup>98</sup>.

Além disso, Pablo Alflen define alguns requisitos do “homem de trás” para que se configure a autoria mediata: a) deve ser um sujeito capaz; b) detém um controle “mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico”; c) não realiza atos executórios (isto é, “atos materiais direcionados ao resultado”); d) utiliza-se de outro sujeito como instrumento para a realização da afronta ao bem jurídico; e) tem ciência da “disposição condicionada do instrumento em realizar o fato”<sup>99</sup>. Esses pressupostos são relevantes também para que se possa distinguir entre autoria mediata e coautoria<sup>100</sup>.

Conforme Roxin, o domínio do fato a partir do domínio da vontade que possui o homem de trás se manifestaria nos seguintes grupos de casos: domínio por coação, domínio por erro, domínio pelo uso de menores ou enfermos mentais, domínio em virtude de aparatos organizados de poder e, ainda, analisa a possibilidade de domínio com o uso de “instrumento doloso”<sup>101</sup>. Ligadas a essas modalidades, haveria possibilidade de instrumentalização nas situações de “coação moral irresistível” e no “cumprimento de ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico” – ambas previstas como permissões fracas, no art. 22, do Código Penal brasileiro<sup>102</sup>.

A partir dos delineamentos da doutrina, com ênfase à proposta de Roxin, podem-se definir, portanto, algumas principais formas de autoria mediata, sobre as quais será feita explicação a seguir.

Uma das principais situações em que se pode dizer que existe autoria mediata é quando existe o domínio da vontade pela coação. Primeiramente, pode-se falar sobre o (i) “estado de necessidade coativo”, em que o “domínio da vontade sobre o titular do domínio da ação fundamenta o domínio do fato”<sup>103</sup>. Ademais, deve-se destacar que tanto o indivíduo que coage quanto o que é coagido, a partir de uma visão do tipo praticado, está no centro do acontecer delitivo, ainda que por bases de imputação distintas: um, pelo que de fato realiza; outro, pelo poder “impulsor e

<sup>98</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 215-216.

<sup>99</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*. p. 214.

<sup>100</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Loc. cit.*

<sup>101</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 166.

<sup>102</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 712.

<sup>103</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 167, tradução nossa.

configurador” da sua vontade sobre o agir do executor direto<sup>104</sup>. Desse modo, é possível perceber que é factível a ideia de existir um autor detrás de outro autor, embora aquele que atue diretamente e preencha os elementos do tipo possa ser eximido de responsabilidade penal<sup>105</sup>. Ainda, adicionam-se as possibilidades de haver autoria mediata em determinadas situações de: (ii) estado de necessidade simples, (iii) estado de necessidade exculpante supralegal, (iv) situações análogas ao estado de necessidade e (v) uma ordem vinculante antijurídica<sup>106</sup>.

Outra possibilidade de autoria mediata é quando um agente tem o domínio da vontade em virtude de erro do autor direto. Nessa situação, o autor mediato se utiliza de um “instrumento” que está em erro para praticar um crime<sup>107</sup>. Roxin analisa as seguintes hipóteses com o fim de verificar se existe, nelas, uma autoria mediata por parte do homem de trás: (i) o executor direto em erro atua de forma não dolosa e não culpavelmente ou (ii) com imprudência inconsciente; (iii) o executor atua com dolo, mas sem possuir “consciência da antijuridicidade”; (iv) o executor atua com dolo, mas “com suposição errônea de um fato que exclui a culpabilidade”; (v) aquele que erra atua, não obstante seu erro, de forma típica, antijurídica e culpável; (vi) o executor pratica um fato que, em seu pensar, é atípico ou ilícito<sup>108</sup>.

Uma terceira possibilidade é quando se utilizam menores ou outros inimputáveis para a prática de delitos, embora, aqui, a maioria dos casos traga muitas controvérsias na doutrina<sup>109</sup>.

Por fim, outra situação de autoria mediata é aquela que se dá em virtude do domínio de aparatos de poder organizados. Na teoria de Roxin, tal situação se verifica quando um sujeito exerce um poder de mando sobre um aparato de poder que realiza ações desvinculadas do Direito<sup>110</sup>. Nesse aparato, o indivíduo de trás conta com executores “fungíveis”, plenamente responsáveis, e que possuem elevada disposição para a prática de fatos delitivos. E, aqui, o que fundamenta o domínio da vontade dos executores diretos, por parte do homem de trás, é, principalmente, a fungibilidade

<sup>104</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 167, tradução nossa.

<sup>105</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>106</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 173, 174, 177, 179.

<sup>107</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 194.

<sup>108</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>109</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 259.

<sup>110</sup> ROXIN, Claus. Op. cit.; ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. **REJ – Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 7, p. 11-22, 2006. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q67DDP>>. Acesso em: 08 out. 2017.

deles, na visão de Roxin<sup>111</sup>. Não será realizado maior aprofundamento do tema neste momento, pois a tal forma de autoria destinam-se posteriores capítulos deste trabalho, dado ser o principal objeto de estudo.

Exposta, portanto, a segunda modalidade de autoria extraída a partir da teoria do domínio do fato, impera passar à análise da terceira e última espécie da principal forma de contribuição para um fato criminoso.

### 2.2.3 Coautoria

Roxin trata da coautoria a partir do “*domínio funcional*” do fato<sup>112</sup>. Essa modalidade existiria quando muitos indivíduos praticam um fato em conjunto, de modo que cada um será penalizado como autor (coautor)<sup>113</sup>. Todavia, o jurista alemão elucida que a coautoria é estruturalmente distinta da autoria direta e da autoria mediata<sup>114</sup>, pois consiste na detenção, por um indivíduo, do “domínio conjunto do fato” que decorre do seu papel no acontecer “global”<sup>115</sup>. Assim, cada indivíduo coautor possui uma função essencial, insubstituível, que lhe confere aquele domínio conjunto do fato, de modo que cada um pode fazer frustrar o crime projetado a partir da sua recusa em desempenhar sua parte<sup>116</sup>, além de que o plano pode apenas ser executado por todos em conjunto<sup>117</sup>. Nesse sentido, cada coautor possui, em suas mãos, o curso do acontecer<sup>118</sup>. Ou seja, mesmo sem possuir um domínio da ação ou da vontade, o indivíduo permanece sendo a “figura central” do êxito delitivo<sup>119</sup>. A partir de suas teorizações, então, Roxin extrai três pressupostos para constituição da coautoria: (a) planejamento conjunto (“acordo de vontades”); (b) execução conjunta; (c) realização de uma contribuição essencial à fase executória<sup>120</sup>.

No mesmo sentido de Roxin, pode-se afirmar que “*Coautores* são aqueles que partilham a conduta típica, baseando-se na divisão do trabalho por decisão

<sup>111</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit.; ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit.

<sup>112</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 310.

<sup>113</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoría do domínio do fato**. Op. cit. p. 119.

<sup>114</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit.

<sup>115</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 310.

<sup>116</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoría do domínio do fato**. Op. cit. p. 119; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 309.

<sup>117</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 309.

<sup>118</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>119</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>120</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 120.

comum”<sup>121</sup>. Para a identificação da coautoria, a partir da teoria do domínio do fato, faz-se referência ao “domínio funcional do fato”, pois os coautores dividem funções na prática do delito<sup>122</sup>, como mencionado anteriormente. Assim, possuem domínio sobre o fato final aqueles que desempenham uma função essencial para a realização do delito – isto é, aqueles que possuem um *domínio parcial* sobre o fato e que, se excluído hipoteticamente, afetaria obrigatoriamente o desenvolvimento do plano delitivo, podendo levá-lo ao fracasso<sup>123</sup>. Deve-se destacar, também, que uma das possibilidades de coautoria é para quando há repartição de tarefas entre a etapa de planejamento (“intelectual”) e a de execução (“material”)<sup>124</sup>.

Já Pablo Alflen trata da coautoria a partir de um “domínio operacional” do fato e a define como

a realização conjunta da ofensa ao bem jurídico, praticada por meio da operacionalização de contribuições baseadas em um acordo objetivo de condutas causalmente relevantes para a produção do resultado.<sup>125</sup>

A “operacionalização de contribuições” está relacionada, para o autor, com a definição de papéis a serem cumpridos por cada sujeito para a realização do resultado<sup>126</sup>. Ademais, destaca que é possível haver coautoria somente quando vários indivíduos concorrem para a realização do resultado<sup>127</sup>. Com relação aos pressupostos da coautoria, elenca: “**a**) acordo objetivo de condutas; **b**) a realização conjunta do fato ofensivo ao bem jurídico; e **c**) a relevância causal das contribuições para a causação da ofensa ao bem jurídico”<sup>128</sup>.

O “**a**) acordo objetivo de condutas” diz respeito à “divisão de tarefas”, à divisão fática da execução típica entre todos os indivíduos participantes, de modo a ressaltar

<sup>121</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 718, grifo do autor.

<sup>122</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit.

<sup>123</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit.

<sup>124</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit. De modo próximo a essa concepção, pode-se alocar a posição de Muñoz Conde, o qual defende a desnecessidade de uma “coexecução” para caracterização da coautoria, como se apresentará mais adiante (MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?. **Revista Penal**, [s.l.], n. 9, p. 59-98, 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2AC45Ej>>. Acesso em: 10 out. 2017).

<sup>125</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 201, 225.

<sup>126</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Ibidem. p. 201.

<sup>127</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit.

<sup>128</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit., grifo do autor.

que a “realização das contribuições”, em dado contexto social, revelam o “sentido de uma obra *coletiva*”<sup>129</sup>.

A “**b**) *realização conjunta*”, por sua vez, significa que os coautores precisam exercer o domínio do fato de modo conjunto e que a atuação de cada indivíduo deve prestar uma contribuição que seja parte da atividade do outro<sup>130</sup>.

A partir deste item “b”, Pablo Alflen elenca algumas questões que surgem e que podem auxiliar na caracterização da coautoria. Algumas conclusões suas interessam, especialmente pela possibilidade de tecer distinções entre essa forma de autoria e a autoria mediata<sup>131</sup>. Com relação à primeira questão (se a contribuição do coautor deve ser física ou se pode ser psíquica também), o autor argumenta que também a contribuição psíquica – ou intelectual – pode ter um “reflexo causal” e, principalmente, abranger um domínio sobre a realização do fato típico<sup>132</sup>. Destaca, porém, que

não se pode confundir tal aspecto com a autoria mediata, pois, diferentemente desta última, na coautoria há um acordo objetivo de condutas baseado na operacionalização das contribuições, na qual cada participante tem o domínio sobre sua parcela de contribuição, mas não possui o domínio pleno do fato de forma direta e individual.<sup>133</sup>

Quanto às demais questões, o jurista escreve que há divergência na doutrina e na jurisprudência se a contribuição do coautor deve restringir-se à fase de execução ou se pode dar-se também na fase preparatória (ele, porém, adere à posição de que tal contribuição pode ocorrer na fase de preparação também); ademais, argumenta pela possibilidade de que a contribuição do coautor seja atípica, desde que seja decisiva, isto é, causalmente relevante para a realização do resultado; ainda, quanto à quarta questão, escreve que é desnecessário que todos os coautores estejam presentes no momento e no local da execução do fato<sup>134</sup> (como defende também Muñoz Conde<sup>135</sup>).

Por fim, sobre “**c**) *a relevância causal das contribuições para a causação da ofensa ao bem jurídico*”, explica-se que a contribuição de cada coautor deve ser

<sup>129</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 203.

<sup>130</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*. p. 205.

<sup>131</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Loc. cit.*

<sup>132</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Loc. cit.*

<sup>133</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Loc. cit.*, grifo nosso.

<sup>134</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Ibidem*. p. 207-209.

<sup>135</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas de autoría y participación...* Op. cit. p. 66.



suficiente para que ocorra a ofensa ao bem jurídico, de tal modo que esta ofensa não se produza sem aquela contribuição<sup>136</sup>.

Muñoz Conde<sup>137</sup>, a seu turno, e distintamente de Roxin e Welzel, não reconhece a “coexecução” como um requisito para que se possa definir a coautoria. Defende o jurista que dentro da coautoria cabe tanto uma coautoria executiva (total ou parcial) como outras formas de “realização conjunta do delito” em que um ou mais coautores – às vezes os principais – “não estão presentes na sua execução”<sup>138</sup>. Sendo o fundamento da coautoria o “domínio funcional do fato”, a partir da teoria de Roxin, o importante não seria apenas a intervenção na execução do crime, mas, sim, o controle ou domínio do fato que um indivíduo possui para a realização dele, mesmo que não intervenha propriamente na sua execução<sup>139</sup>.

Além disso, Muñoz Conde argumenta que a noção de domínio funcional do fato de Roxin, a qual serve para fundamentar a coautoria, pode servir para “resolver muitos problemas de imputação” que aparecem no contexto da “criminalidade organizada”, tanto quando a “organização criminal” não possui um caráter “conjuntural” e não se assemelha aos aparatos estatais quanto quando há criminalidade cometida em grupos conjunturais, havendo uma organização mínima e uma divisão prévia de papéis<sup>140</sup>.

O professor da Universidad Pablo Olavide, em relação a outro ponto, admite a possibilidade de que um “domínio funcional do fato” possa se verificar também na etapa preparatória do delito, “quando *configura* a execução ou está tão intimamente vinculada com ela que deve valorar-se como um todo em uma consideração global do sucesso”<sup>141</sup>. Desse modo, acerca desse assunto em específico, pode-se dizer que Pablo Alflen adota a mesma posição de Muñoz Conde.

Além de todo o exposto, o que permite a Muñoz Conde não tomar como um dos requisitos da coautoria a coexecução é uma “consideração ampla do conceito de fase executiva do delito”<sup>142</sup>. Ademais, entende pela necessidade de substituição de tal requisito por uma “‘realização conjunta’ baseada em um ‘domínio funcional do fato’”<sup>143</sup>.

<sup>136</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 210.

<sup>137</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación... Op. cit. p. 66.

<sup>138</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>139</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Ibidem. p. 67.

<sup>140</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Ibidem. p. 71, tradução nossa.

<sup>141</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Ibidem. p. 82, tradução nossa, grifo do autor.

<sup>142</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Ibidem. p. 93, tradução nossa.

<sup>143</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Ibidem. p. 94, tradução nossa.

E tal requisito é válido para se aplicar em todos os tipos de crimes, e não só aos econômicos<sup>144</sup>.

Embora haja distintas concepções de como se configura a coautoria, não se pretende afirmar aqui a existência de algum entendimento “correto”. Ao contrário, a intenção é demonstrar as diferentes acepções sobre essa modalidade de contribuição delitiva para que se possam compreender as discussões em torno da teoria do domínio da organização. E, com o apresentado, foram esgotadas as modalidades de contribuição para um fato criminoso na forma de autoria. Faz-se necessário, assim, passar ao estudo das modalidades pelas quais pode ocorrer a contribuição para um crime na forma de participação, sempre tendo em mente a relevância de tal embasamento teórico para o posterior aprofundamento da teoria do domínio da organização e para uma adequada compreensão dos debates que engendra.

### 2.3 FORMAS DE PARTICIPAÇÃO

Com relação às formas de participação, serão apresentadas tanto as de cunho moral (induzimento e instigação) quanto a de cunho material (cumplicidade ou auxílio). Destaque-se, porém, que são as participações de cunho moral as mais trazidas ao debate teórico acerca da autoria mediata pelo domínio de organizações – pois alguns autores rejeitam esta forma de autoria, propugnando pela existência de uma forma de participação moral do homem de trás que domina um aparato de poder.

Entende-se que o partícipe presta uma contribuição, colaboração ou auxílio para o “crime alheio”, não dando causa, propriamente, à realização do fato delitivo<sup>145</sup>. O núcleo da distinção entre participação e autoria está na subordinação do partícipe em relação ao autor; enquanto o autor detém domínio do fato, o partícipe é somente acessório, pois depende da decisão que parte do autor (por isso, existe uma “situação de dependência e acessoriedade da participação em face da autoria”)<sup>146</sup>. Nesse sentido, o partícipe não leva a cabo a conduta prevista no tipo penal e, assim, não realiza uma atividade executiva; ao contrário, desempenha “atividade secundária que contribui, estimula ou favorece” a execução do comportamento delitivo<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación... Op. cit. p. 94.

<sup>145</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 723.

<sup>146</sup> BUSATO, Paulo César. *Ibidem*. p. 724.

<sup>147</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. Op. cit. p. 491.

No total, pode-se identificar a existência de três espécies de participação, de acordo com o que dispõe boa parte da doutrina brasileira e como mencionadas anteriormente: induzimento, instigação e cumplicidade/auxílio<sup>148</sup>. As duas primeiras são duas formas de “participação moral” (interferem na conduta psíquica do agente) e a última é uma forma de “participação material” (há um auxílio material para a prática do delito)<sup>149</sup>.

Cezar Bitencourt estabelece dois requisitos para que se possa afirmar a existência de qualquer forma de participação, a saber, a “*eficácia causal*” e a “*consciência de participar na ação de outrem*”<sup>150</sup>. Assim, não é suficiente uma mera “manifestação da vontade de participar”, do mesmo modo como não tem relevância a atuação do partícipe se o crime não chegar, ao menos, a ser tentado; ademais, é necessário que esse partícipe tenha a consciência de que coopera na ação de outro indivíduo, participando dela e do resultado, mesmo que o autor desconheça essa cooperação ou até a rejeite<sup>151</sup>. E, além disso, a participação é, essencialmente, dolosa<sup>152</sup>.

Para além dessas noções gerais esposadas, é necessário analisar cada espécie de participação de maneira específica com o fim de se compreender suas nuances. As modalidades de “participação moral” possuem grande importância para o estudo aqui proposto e, com sua análise, serão abertas as alas para o exame desse tipo de contribuição delitativa acessória à autoria.

### 2.3.1 Participação “moral”: induzimento e instigação

No âmbito da teoria brasileira, postula Paulo Busato pela necessidade de se diferenciar entre instigação e induzimento, devido ao fato de o art. 31, do Código Penal brasileiro<sup>153</sup>, não adotar tais expressões como sinônimas e referir-se explicitamente à instigação e à determinação (a qual se traduz no induzimento)<sup>154</sup>.

<sup>148</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 725-726. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. Op. cit. p. 492-493.

<sup>149</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 725-726.

<sup>150</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 493, grifo do autor.

<sup>151</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*. p. 492-493.

<sup>152</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 727.

<sup>153</sup> “**Art. 31** - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.”

<sup>154</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. 726. Seguindo o posicionamento de Paulo Busato, estão sendo utilizadas no Trabalho as expressões “instigação” e “induzimento” como formas distintas de participação (BUSATO, Paulo César. Op. cit.). É interessante pontuar, porém, que é possível constatar

A *instigação* ocorre quando o sujeito incentiva a vontade pré-existente do autor na direção da prática delituosa<sup>155</sup>. Há uma influência psíquica sobre o autor, mas, não existe controle sobre a própria realização do fato<sup>156</sup>. Para se configurar a instigação, será preciso um influxo no processo de constituição da vontade do agente, englobando as dimensões volitiva e intelectual<sup>157</sup>. E insta ressaltar que o instigador irá apenas promover ou fortalecer o desígnio delituoso do autor, mas, sem tomar “parte nem na execução nem no domínio do fato”<sup>158</sup>.

O *induzimento*, por sua vez, se verifica quando o indutor faz nascer no autor a vontade da prática delitiva que previamente inexistia<sup>159</sup>. O indutor suscita uma ideia, leva ao nascimento, na mente do autor, de um pensamento até então inexistente<sup>160</sup>.

Há requisitos para que o induzimento e a instigação possam ser reconhecidos como modos de participação aptos a levarem a uma responsabilização penal: precisam ser “prévios ao fato criminoso praticado pelo autor e devem ser eficazes, ou seja, ter gerado efeitos no que tange à decisão quanto à realização do delito”<sup>161</sup>.

Em conclusão, com base no que foi acima exposto, poder-se-iam sintetizar alguns requisitos para a constituição de uma participação por induzimento ou instigação que mereça reprovação penal: deve ser antecedente ao fato delituoso; deve ter gerado efeitos acerca da decisão para a prática criminosa; o partícipe precisa ter consciência de sua contribuição, isto é, a participação precisa ser dolosa; o crime precisa ter sido, pelo menos, tentado.

Por fim, deve-se destacar que o Código Penal alemão “define a instigação como induzimento” e deixa claro, no dispositivo que trata do assunto, que é preciso “*determinar a realização do fato por terceiro para a configuração do que denomina instigação*” (isso acaba sendo motivo de confusão nas nomenclaturas utilizadas pela doutrina brasileira e na definição das espécies de participação)<sup>162</sup>. Ou seja, não haveria a possibilidade, na Alemanha, de diferenciação entre “instigação” e

---

distinção de nomenclaturas na doutrina brasileira; Nilo Batista, por exemplo, trata sob o termo “instigação” duas formas de participação: a determinação (que seria o induzimento, na forma como neste estudo será tratado) e a instigação propriamente dita (que seria a instigação como será estudada) (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas de autoria e participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 182).

<sup>155</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 726.

<sup>156</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit.

<sup>157</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. Op. cit. p. 492.

<sup>158</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Loc. cit.

<sup>159</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 726.

<sup>160</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 493.

<sup>161</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 726.

<sup>162</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit., grifo do autor.

“induzimento”, como o faz a doutrina brasileira. É necessário ter essa especificidade germânica em mente, pois, com frequência neste trabalho, serão referenciados autores alemães – ou mesmo de outras nacionalidades – que defendem que a hipótese tida como autoria mediata pelo domínio de aparatos de poder seria caso de “participação moral” (“induzimento”/“instigação”), sem diferenciá-la em espécies e fazendo uso indiscriminado dos termos. Assim, embora seja possível, no Brasil, a distinção entre aqueles modos de participação moral, devem ser entendidos como sinônimos quando mencionados relativamente às propostas de alternativas à teoria de Roxin, principalmente quando a menção estiver relacionada às citações de autores.

Tendo em vista que as espécies supra analisadas referem-se apenas à forma de contribuição intelectual para a prática criminosa, impende analisar a outra modalidade possível de participação delitiva “*stricto sensu*”, a qual se dá a partir de contribuições materiais para o fato.

### 2.3.2 Participação “material”: cumplicidade ou auxílio

A participação material em um crime é denominada cumplicidade e se manifesta “sob a forma de auxílio material para a prática delitiva”<sup>163</sup>. O “cúmplice”, portanto, colabora para o delito auxiliando “o autor ou partícipe”, mas, sem ter domínio do fato<sup>164</sup>. O “auxílio” pode dar-se com relação “aos meios ou aos modos de execução do delito”, como, por exemplo, pelo provimento de ferramentas, instrumentos, dentre outras formas de suporte material<sup>165</sup>. Todavia, também é admitida uma “contribuição intelectual” para caracterização do auxílio, o que significa que será cúmplice também o indivíduo que propor ideias para que o ilícito carreado por outrem seja melhor executado<sup>166</sup>. A colaboração sob essa forma de participação pode dar-se desde a fase preparatória do delito até a fase de execução<sup>167</sup>. É possível, ainda, que a cumplicidade seja realizada no modo de uma omissão, nos casos em que “o partícipe tem o dever genérico de agir”<sup>168</sup>. Além disso, a cumplicidade acelera, facilita ou garante a

<sup>163</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. p. 726.

<sup>164</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit.

<sup>165</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit.

<sup>166</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

<sup>167</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. Op. cit. p. 493.

<sup>168</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Loc. cit.

realização do crime por parte do autor, ou, ainda, intensifica a sua consequência na maneira como se podia antever<sup>169</sup>.

Nessa forma de participação, tem-se não apenas uma simples “contribuição causal”, “mas também normativa”<sup>170</sup>. Afinal, é necessário que se tenha, minimamente, um aumento “do risco” decorrente da colaboração do auxiliador<sup>171</sup>. Assim, condutas que, *a priori*, poderiam ser consideradas “neutras” (como a corrida de um taxista, a venda de um facão etc.) transformam-se em cumplicidade para o crime na ocasião em que aquele indivíduo (partícipe) que atua de determinada maneira tem conhecimento da “determinação do autor e sabe que sua ação contribui, de algum modo, para a produção do resultado”<sup>172</sup>.

Com a participação de cunho material, então, têm-se agora examinadas todas as formas pelas quais podem dar-se a participação em um fato criminoso, ao lado da autoria. No entanto, as ocorrências de algumas modalidades de participação (como nas espécies de participação moral) podem ser dotadas de especificidades que merecem menção, ainda que breve.

### 2.3.3 Outros modos de ocorrência da participação

Cumpra-se destacar, rapidamente, que há possibilidade de haver uma “*participação em cadeia*”, ou “*participação de participação*”, em que há a colaboração com a conduta de um partícipe<sup>173</sup>. Verifica-se quando, por exemplo, “A induz B a induzir C a matar D”<sup>174</sup>. Além disso, tem-se a possibilidade de “*participação sucessiva*”, quando, a título de exemplo, depois de “A instigar B a matar C, D, que desconhece o anterior induzimento, instiga também B a matar C”<sup>175</sup>.

Em tais casos, então, a responsabilidade é repartida na medida da “eficácia das contribuições”<sup>176</sup>.

Assim, é possível concluir, a partir disso, e de todo o mais exposto supra, que se tem, agora, à disposição as principais ferramentas dogmáticas necessárias para

<sup>169</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>170</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 727.

<sup>171</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit.

<sup>172</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit.

<sup>173</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit., grifo nosso.

<sup>174</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit., grifo nosso.

<sup>175</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit.

<sup>176</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit.

uma imersão no estudo da autoria mediata em virtude do domínio de aparatos de poder organizados.

### 3 A AUTORIA MEDIATA EM VIRTUDE DO DOMÍNIO DE APARATOS DE PODER ORGANIZADOS

Foi esquadrihada, no primeiro item do capítulo anterior, a teoria do domínio do fato e de que forma concede os alicerces para a delimitação da autoria no concurso de pessoas. No segundo item, por sua vez, foram explanadas as formas de autoria (direta, mediata e coautoria). Para finalizar, foram tratadas das formas de participação (induzimento, instigação e cumplicidade), estabelecendo uma distinção entre induzimento e instigação que é possível sob o enfoque brasileiro. Com base no exposto, torna-se possível uma melhor compreensão acerca da modalidade de autoria mediata que se dá pelo domínio de aparatos de poder organizados – e de que modo se distingue das demais formas de autoria e participação, assumindo autonomia frente a elas.

Roxin propõe, inicialmente, a teoria da autoria mediata pelo domínio de aparatos de poder em seu texto “*Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*”<sup>177</sup>. Mas, foi na sua monografia intitulada *Autoría y dominio del hecho en derecho penal (Täterschaft und Tatherrschaft)*, também de 1963, que o jurista desenvolveu-a mais profundamente.

Essa forma de autoria se baseia em um “domínio da vontade em virtude de maquinários ou estruturas de poder organizadas”<sup>178</sup>. Roxin explica que, em tal espécie de autoria, os homens de trás (*Hintermänner*) de uma organização delitiva que determinam autonomamente a realização de delitos podem ser considerados autores mediatos, mesmo quando os executores diretos sejam responsabilizados como autores completamente responsáveis<sup>179</sup>.

O jurista alemão constrói a teoria dessa modalidade de autoria mediata a partir da verificação de casos recorrentes na jurisprudência alemã do Pós-Segunda Guerra – como os processos de Eichmann e Stashynsky<sup>180</sup>. De acordo com o autor, esses

---

<sup>177</sup> Posteriormente, foi traduzido para o inglês como “Crimes as part of Organized Power Structures”, disponível em ROXIN, Claus. Crimes as part of organized power structures. Tradução de Ms Belinda Cooper. **Journal of International Criminal Justice**, [s.l.], Volume 9, Issue 1, p. 193-205, 1 March 2011. Título original: *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/issue/9/1>>. Acesso em: 27 set. 2018. (ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 309-340. p. 310).

<sup>178</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 270, tradução nossa.

<sup>179</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 11.

<sup>180</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 270.



casos são caracterizados pelo fato de que o sujeito de trás possui um maquinário – quase sempre uma organização estatal – com o qual pode praticar seus crimes sem a necessidade de incumbir sua realização à decisão independente do executor<sup>181</sup>. Aqui, existe uma peculiaridade de fenômenos “coletivos”, para os quais categorias que se destinam apenas aos fenômenos delitivos individuais (como as figuras da “autoria, indução e cumplicidade”) não dão uma solução totalmente adequada – embora não se exclua por completo, nesses casos, uma análise sob o arcabouço dogmático destinado aos “crimes individuais”<sup>182</sup>.

A teoria aqui explanada, como se pode constatar, é dotada de grande envergadura dogmática. E, para sua análise, serão apresentados, inicialmente, os casos práticos a ela relacionados, com o fim de se desenhar um quadro a partir do qual se possa compreender como alguns fenômenos da “macrocriminalidade” ocorrem e como se dá a aplicação da teoria nos seus julgamentos. Posteriormente, serão tratados sobre os requisitos necessários para a constituição dessa forma de autoria mediata, tomando-se por base a teorização de Roxin. Por fim, neste capítulo, será apresentada a discussão em torno da autonomia dessa espécie de autoria, visto que alguns autores buscam na coautoria e na participação moral, por exemplo, alternativas para aquelas atuações em que boa parte da doutrina defende a configuração de uma “autoria mediata pelo domínio da organização”.

### 3.1 A CASUÍSTICA RELACIONADA À TEORIA

A teoria do domínio da organização não foi uma abstração, sem qualquer substrato real, que partiu da engenhosa mente de Roxin. Como já afirmado, foi da análise de casos concretos – como o caso Eichmann e o caso Stashynsky<sup>183</sup> – que o

<sup>181</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 270.

<sup>182</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit, tradução nossa.

<sup>183</sup> Destaque-se, todavia, que no julgamento do caso Stashynsky, em 1962, o Tribunal Supremo Federal alemão não fez uso da teoria do domínio do fato; ao contrário, como apresenta Patricia Faraldo Cabana, adotou um posicionamento subjetivista ao extremo, qualificando o condenado como “cúmplice”, e não autor, dos crimes de homicídio que ele próprio praticou – os assassinatos foram de dois políticos considerados dissidentes da Alemanha oriental e que se encontravam exilados no território da RFA. De acordo com a professora espanhola, Stashynsky atuava para um “serviço secreto” de outro país (presume-se que era o soviético) e a prática dos crimes deu-se para o cumprimento de comandos dele advindos. Por isso, entendeu o Tribunal que o executor aqui não possuía interesse na realização do fato, e sim aqueles que ordenaram o assassinato – desse modo, por Stashynsky atuar por interesse de outrem, foi considerado apenas “cúmplice”, ao passo que aqueles que ordenaram a prática do fato foram tidos como autores mediatos. (FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder**. 2004.

autor desenvolveu sua teorização. A teoria, então, espalhou-se nacional e internacionalmente durante décadas e foi aplicada em vários julgamentos, relacionados principalmente à criminalidade exercida por meio de aparelhos estatais. Os processos contribuíram para colocá-la à prova e, também, para o seu aperfeiçoamento. Como exemplos, podem-se citar as sentenças da Câmara Nacional de Apelações e da Corte Suprema de Justiça Argentina no caso das Juntas Militares Argentinas (de 1985 e 1986), a sentença do Tribunal Supremo Federal alemão no caso dos atiradores do muro de Berlim (de 1994)<sup>184</sup>, os “processos de Nuremberg”<sup>185</sup>, a decisão da Sala Penal Nacional da Corte Suprema de Justiça do Peru, no julgamento de Abimael Guzmán (de 2006)<sup>186</sup>, a decisão da Sala Penal Especial também da Corte Suprema peruana, no caso Fujimori (em 2009), e, mais recentemente, algumas decisões do Tribunal Penal Internacional, como a proferida pela Sala de Assuntos Preliminares no caso Katanga e Ngudjolo Chui<sup>187</sup>. Esse rol, contudo, não é exaustivo.

Dado o grande alcance prático da teoria em apreço, será realizada a exposição de algumas das principais decisões que com ela se relacionam – seja por terem servido de substrato à sua construção, seja por terem contribuído com o seu desenvolvimento. E é com o paradigmático caso que serviu de inspiração às teorizações do professor de Munique que se abre a exposição.

### 3.1.1 O caso Eichmann

O julgamento do militar alemão Eichmann e a transcrição de todo o ocorrido por Hannah Arendt – que culminou em sua obra “*Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*” – foram algumas das fagulhas necessárias para o início das teorizações de Roxin acerca da possibilidade de se imputar a título de autor

---

No prelo. Não paginado, tradução nossa.). Não se provou, todavia, quem eram esses homens de trás (ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 127).

<sup>184</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...** Op. cit.

<sup>185</sup> AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el expresidente peruano Alberto Fujimori. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 43-90. p. 73, tradução nossa.

<sup>186</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 141-186. p. 147.

<sup>187</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 74.

mediato aquele indivíduo que se localiza no vértice de um aparato de poder e o utiliza para a prática de crimes.

Em 1960, Eichmann foi capturado em Buenos Aires e foi levado para Israel, onde foi submetido, a partir de 11 de abril de 1961, a julgamento pela Corte Distrital de Jerusalém<sup>188</sup>. Era acusado, dentre outros, pela comissão de “crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, durante todo o período do regime nazista e principalmente durante o período da Segunda Guerra Mundial”<sup>189</sup>.

Otto Adolf Eichmann foi um militar do regime nazista alemão (em seu mais alto posto, chegou à posição de Tenente Coronel da SS), sendo importante responsável na “solução final” (isto é, assassinato) dos judeus<sup>190</sup>. Eichmann atuou, no aparato de poder nazista, em distintas unidades, sendo uma delas a RSHA (“Escritório Central da Segurança do Reich”)<sup>191</sup>. Deve-se destacar, porém, que o aparato nacional-socialista de extermínio estruturou-se de modo extremamente complexo e intrincado<sup>192</sup>. Havia uma pluralidade de organismos e cadeias de comando paralelos para levar a cabo a política do regime<sup>193</sup>. Em geral, as cadeias finalizavam em Himmler, chefe e fundador da SS, chefe da Polícia Alemã e um dos principais responsáveis pela organização do extermínio dos judeus<sup>194</sup>. A partir da análise dessa estrutura, já desponta a primeira questão relevante do caso, pois, Eichmann não se encontrava no topo da cadeia de comando da organização e, como apresenta Hannah Arendt,

Técnica e organizacionalmente, a posição de Eichmann não era muito elevada; seu posto acabou sendo tão importante só porque a questão judaica adquiria, por razões puramente ideológicas, uma importância maior a cada dia, semana e mês da guerra, até haver adquirido proporções fantásticas nos anos de derrota – de 1943 em diante.<sup>195</sup>

Inclusive, a acusação, no julgamento de Eichmann, teve dificuldade quanto a essa complexidade da estruturação organizativa do aparelho de segurança alemão,

---

<sup>188</sup> ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de: SIQUEIRA, J. R.. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Título original: Eichmman in Jerusalem: A Report on the Banality of Evyl. p. 32.

<sup>189</sup> ARENDT, Hannah. Loc. cit.

<sup>190</sup> ARENDT, Hannah. Passim.

<sup>191</sup> ARENDT, Hannah. Passim. A RSHA decorreu da fusão do Serviço de Segurança da SS e da Polícia Regular do Estado (ARENDT, Hannah. Op. cit. p. 82)

<sup>192</sup> ARENDT, Hannah. Passim.

<sup>193</sup> ARENDT, Hannah. Op. cit. p. 85.

<sup>194</sup> ARENDT, Hannah. Loc. cit.

<sup>195</sup> ARENDT, Hannah. Loc. cit.

pois, precisava adentrar em tais questões sempre quando necessitava imputar alguma “responsabilidade específica” ao acusado<sup>196</sup>. Isso se relaciona com a questão do domínio que Eichmann tinha do aparato (ou, como coloca Hannah Arendt, a “questão de sua autoridade no processo de matança efetivo”)<sup>197</sup>. Afinal, para que fosse qualificado como autor mediato dos delitos praticados por seus subordinados, deveria deter certo controle da estrutura.

Questão interessante para a temática aqui tratada também surge da seguinte exposição de Hannah Arendt:

O que ele fizera era crime só retrospectivamente, e ele sempre fora um cidadão respeitador das leis, porque as ordens de Hitler, que sem dúvida executou o melhor que pôde, possuíam ‘força de lei’ no Terceiro Reich. (A defesa poderia ter citado, em apoio à tese de Eichmann, o testemunho de um dos mais conhecidos peritos em lei constitucional do Terceiro Reich, Theodor Maunz, então ministro da Educação e Cultura da Baviera, que afirmou, em 1943 [em *Gestalt und Recht der Polizei*]: ‘O comando do Führer [...] é o centro absoluto da ordem legal contemporânea.’<sup>198</sup>

Ou seja, tal ponto teria ligação com o pressuposto da desvinculação do Direito pela organização, elencado por Roxin como necessário para que se configure a autoria mediata de um superior em um aparato de poder. Afinal, se as ordens de Hitler possuíam “força de lei” no Terceiro Reich, não se poderia dizer que a estrutura de poder atuava, a rigor, de modo apartado do Direito. Entretanto, como ainda se verá, Roxin argumentou que, para a análise desse requisito da dissociação do Direito pelo aparato de poder, não importa qual a valoração jurídica dos indivíduos no momento de sua atuação<sup>199</sup>. Isso possui relevante consequência para a posterior análise, a ser realizada neste trabalho, acerca da essencialidade do pressuposto da desvinculação do Direito para se fundamentar uma autoria mediata de alguém que controla uma estrutura de poder.

Analisando o julgamento de Eichmann pelo Tribunal de Jerusalém, Roxin afirma que, embora a defesa do acusado tenha argumentado no sentido de que, caso ele não tivesse praticado os crimes, então outro o teria feito – de modo que, devido a isso, não teria responsabilidade –, isso carece de sustentação dogmática, pois, trata-

<sup>196</sup> ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Op. cit. p. 85.

<sup>197</sup> ARENDT, Hannah. Ibidem. p. 99.

<sup>198</sup> ARENDT, Hannah. Ibidem. p. 35.

<sup>199</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 332.

se de uma “causalidade adiantada”, rejeitada pela doutrina<sup>200</sup> (inclusive, décadas depois, foi igualmente negada pela Corte Suprema de Justiça peruana, no caso Fujimori, como argumento apto a eximir de responsabilidade mandos médios em uma organização delitiva<sup>201</sup>). Ainda, Roxin destaca como estão presentes, na situação, os “elementos materiais do domínio da organização”, pois, nesses casos, ao contrário do que comumente ocorre com um autor de um delito, “a perda de proximidade ao fato se compensa pela medida de domínio organizativo, que vai aumentando segundo se ascende na escala hierárquica do aparato”<sup>202</sup>. E a Corte Distrital de Jerusalém definiu que tal diferença estrutural dos sujeitos de trás em relação aos executores não está presente na indução, como ocorreria fora do âmbito específico daqueles aparatos de poder<sup>203</sup>.

Por fim, deve-se destacar que podem ser tecidas críticas com relação a alguns critérios apresentados pelo Tribunal de Jerusalém para avaliar a responsabilidade de Eichmann, argumentando-se que: o número de cooperadores não pode, por si só, levar a uma transformação de partícipes em autores e, além disso, a pluralidade de vítimas não é decisiva para definição da autoria<sup>204</sup>.

A partir do caso Eichmann, portanto, Roxin angariou o substrato fático e a inspiração necessária para o desenvolvimento de sua teoria do domínio da organização, a qual, ulteriormente, veio a ser aplicada na Argentina, quando do julgamento das Juntas Militares que comandavam o país<sup>205</sup>.

### 3.1.2 O caso das Juntas Militares Argentinas

Pode-se considerar que a primeira utilização prática da teoria de Roxin da autoria mediata em virtude do domínio da organização ocorreu na Argentina, por ocasião dos julgamentos dos Comandantes das Forças Armadas argentinas pela prática de crimes durante o período ditatorial militar do país<sup>206</sup>.

<sup>200</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 274, tradução nossa.

<sup>201</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Sentencia de la Sala Penal Especial en el Exp. Nº A.V. 19-2001. Lima, 7 abr. 2009. **Expediente Nº A.V. 19-2001**, Lima, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2qF7puq>>. Acesso: ago. 2018. p. 638.

<sup>202</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 274, tradução nossa.

<sup>203</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 274-275.

<sup>204</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 275.

<sup>205</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...** Op. cit.

<sup>206</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

A Câmara Nacional de Apelações no Tribunal Criminal e Correccional da capital argentina, no julgamento dos fatos, entendeu que foi provado que, próximo a 24 de março de 1976, data em que as Forças Armadas depuseram as autoridades e assumiram o governo, alguns Comandantes Chefes das Forças que estavam sob seu domínio determinaram um modo para se combater o “levante terrorista” no país<sup>207</sup>. Entre as ordens, estavam as de capturar os suspeitos de ter ligações com a “subversão”, conduzi-los às “unidades militares”, realizar interrogatórios, submetê-los a condições degradantes de vida, dentre outras, sendo que os executores dessas ordens possuíam autonomia para livrar o suspeito, submetê-lo a processos civil ou militar ou até “eliminá-lo fisicamente”, dentre outros<sup>208</sup>. De acordo com a Câmara Nacional de Apelações, na realização dos atos do regime, havia garantia de impunidade aos executores diretos, pelo resguardo de que não haveria interferência dos órgãos legais de prevenção de crimes nas suas atuações<sup>209</sup>.

Para o julgamento dos casos a ela submetidos, a Câmara Nacional de Apelações, então, acabou por aceitar, a partir da teorização de Roxin, a forma de autoria mediata que se dá a partir do domínio de um aparato de poder e em que o executor direto é totalmente responsável<sup>210</sup>. Ademais, aceitou como elemento caracterizador dessa forma de autoria a fungibilidade do perpetrador direto do fato, o qual atua como uma “engrenagem mecânica”<sup>211</sup>. A partir disso, compreendeu então que os indivíduos por detrás do aparato de poder possuíam um controle total dos fatos levados a cabo pelos subordinados<sup>212</sup>, pois

El instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una ‘voluntad indeterminada’, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá. / [...] Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran.<sup>213</sup>

---

<sup>207</sup> ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital. Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158\83 del Poder Ejecutivo Nacional -part 29. Buenos Aires, 09 dez. 1985. **Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación**, Argentina, 1986, t. 309, v. 2. Disponível em: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=siguiente>. Acesso em: 26 set. 2018. p. 1584-1585.

<sup>208</sup> ARGENTINA. Ibidem. p. 1585.

<sup>209</sup> ARGENTINA. Loc. cit.

<sup>210</sup> ARGENTINA. Ibidem. p. 1597-1598.

<sup>211</sup> ARGENTINA. Ibidem. p. 1598, tradução nossa.

<sup>212</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...** Op. cit.

<sup>213</sup> ARGENTINA. Op. cit. p. 1602.

Para o Tribunal, independentemente de serem responsáveis os que executam diretamente os fatos, se os acusados sempre possuíam domínio sobre eles, então respondem na qualidade de autores mediatos dos crimes praticados<sup>214</sup>.

No entanto, em sede recursal de cassação, a Corte Suprema da Argentina afastou a imputação dos superiores como autores mediatos, embora não por unanimidade<sup>215</sup>. Dentre os argumentos contrários à autoria mediata, dois Ministros consideraram, principalmente, que as teorias objetivo-formais de autoria são preponderantes em relação à teoria do domínio do fato<sup>216</sup>. Ainda, com fulcro no “princípio da responsabilidade”, entendeu a Corte Suprema não ser possível a existência simultânea de um executor direto responsável e de um autor mediato que se encontra por detrás; assim, compreendeu ser mais adequada a consideração como coautoria ou indução para tais casos, na esteira de Jescheck<sup>217</sup>. A conclusão foi a de que os réus deveriam ser penalmente responsabilizados como “cooperadores necessários”, e não como autores, devido à “contribuição acordada com outros partícipes para a comissão do fato” e com base na forma de suas atuações para a prática dos crimes – isto é, com a emissão de ordens, disponibilização de meios para sua realização e garantia de impunidade<sup>218</sup>. Todavia, a Corte, em nível de cassação, não teria conhecimento de que a tese de Roxin não requer que o perpetrador do fato seja subjugado por completo pelo autor mediato, mas, ao contrário, estabelece que o executor é livre – não obstante seja substituível<sup>219</sup>.

Uma das mortes nesse período que mais geraram repercussão foi a da estudante alemã Elisabeth Käsemann, a qual era vista pelo regime militar argentino como uma “dissidente política”<sup>220</sup>. O professor Kai Ambos analisa se esse assassinato poderia ser imputado, a título de autoria mediata pelo domínio da organização, a Jorge Videla (comandante do Exército) e Emilio Massera (comandante da Marinha)<sup>221</sup>. Tanto

<sup>214</sup> ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones... Op. cit. p. 1600.

<sup>215</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...** Op. cit.

<sup>216</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>217</sup> ARGENTINA. Op. cit. p. 1701 et seq.

<sup>218</sup> ARGENTINA. Ibidem. p. 1708, tradução nossa.

<sup>219</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Op. cit.

<sup>220</sup> AMBOS, Kai. Domínio do fato por organização: a responsabilidade do comando militar argentino pela morte de Elisabeth Käsemann. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. In: \_\_\_\_\_. **Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos.** Porto Alegre: S.A. Fabris, 2006. p. 83-112. p. 83.

<sup>221</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 101, 108. Essa análise é feita por Kai Ambos em momento posterior à decisão do Tribunal Supremo Alemão no caso dos atiradores do muro de Berlim e, por isso, traz alguns requisitos delineados por este Tribunal para examinar o caso das Juntas Militares argentinas.

Videla quanto Massera fizeram parte da “Junta de poder de comando” que se destinava ao “planejamento, realização e controle das medidas de repressão”<sup>222</sup>.

Tomando em conta o contexto em que se desenrolou o assassinato, pode-se afirmar que, no governo militar argentino durante esse período obscuro, havia “condições básicas” para a prática do fato criminoso – relativo à morte de Elisabeth Käsemann – e que se pautavam em “estruturas de organização estatal que foram perpassadas por uma hierarquia de comando”<sup>223</sup>. Além disso, no interior do

aparato militar-estatal foi possível, sem mais nada, realizar procedimentos regulares que conduziram à eliminação física de uma pessoa; principalmente quando esta era suspeita de fazer parte da ‘subversão’ ou de ter alguma ligação com ela.<sup>224</sup>

A eliminação desses “elementos subversivos” era correspondente aos propósitos gerais e à forma prática de atuar do aparato de poder<sup>225</sup>. Assim, os pressupostos para a atribuição de responsabilidade de autoria mediata pelo domínio por aparato de poder estavam presentes na situação<sup>226</sup>. A partir disso, e de uma análise detida dos fatos envolvendo a estruturação e funcionamento do aparato de poder militar argentino, pode-se concluir pela existência de robustas suspeitas de que Jorge Videla e Emilio Massera, na qualidade de autores mediatos, seriam responsáveis pela morte de Elisabeth Käsemann<sup>227</sup>.

Embora se possa afirmar que a teoria do domínio da organização de Roxin tenha sido aplicada, primeiramente, na práxis judicial, no caso das Juntas Militares que comandaram a Argentina, foi em julgamentos posteriores que ela parece ter alcançado uma maior envergadura teórica e gerado maior repercussão. Dentre eles, encontra-se o famoso julgamento dos guardas da fronteira da histórica Alemanha bipartida, pelo Supremo Tribunal Federal Alemão.

---

<sup>222</sup> AMBOS, Kai. Domínio do fato por organização... Op. cit. p. 101. Destaque-se, porém, que a Câmara Nacional de Apelações argentina que julgou os casos entendeu pela diferenciação entre a posição de Videla enquanto comandante do exército e enquanto membro da Junta, aceitando sua posição de autor mediato apenas na qualidade de comandante do exército (AMBOS, Kai. Domínio do fato por organização... Loc. cit.).

<sup>223</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 101.

<sup>224</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>225</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>226</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>227</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 111.



### 3.1.3 O caso dos atiradores do muro de Berlim

O caso dos atiradores do muro de Berlim merece posição de destaque, dado que representou uma das primeiras aplicações, pelo Supremo Tribunal Federal alemão (BGH), da teoria da autoria mediata em virtude do domínio de organizações, além de ser recorrentemente referenciado por autores que escrevem sobre o tema.

A partir de 1947, houve um recrudescimento da Guerra Fria entre os Estados ocidentais aliados e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, assumindo seu ponto crítico em 1948 e 1949, com o bloqueio da cidade de Berlim<sup>228</sup>. Em 7 de outubro de 1949, foi realizada a “fundação estatal” da República Democrática Alemã (RDA), levada a cabo pela União Soviética, com o fim de se criar um Estado socialista nos moldes da URSS<sup>229</sup>. Assim, houve uma fragmentação da Alemanha em duas<sup>230</sup> e Berlim ficou dividida por meio de um Muro<sup>231</sup>. A RDA (Alemanha oriental) acabou por transformar-se em um Estado de caráter totalitário, a partir do controle do Partido Socialista Unificado e da “vigilância e repressão do Ministério para a Segurança do Estado”<sup>232</sup>. Então, devido ao fato de

un creciente número de fugas en 1961 la RDA se aisló herméticamente de la RFA con la construcción del muro de Berlín, así como mediante una frontera severamente asegurada, incluso con minas y dispositivos de disparo automático (“Selbstschussanlagen”) a causa de los cuales numerosas personas perdieron la vida.<sup>233</sup>

Sobre essa situação, Paulo César Busato explica que, no Muro, ficavam “vigilantes guardas de fronteira”<sup>234</sup>. Na Alemanha oriental, as determinações para tais guardas eram provenientes do art. 89, do Regulamento de Serviço 30/10 do Ministério da Defesa nacional, de 1967, o qual estabelecia para a “patrulha de vigilância da fronteira estatal” o objetivo de evitar “que qualquer pessoa cruzasse a fronteira, podendo, para tanto, deter provisoriamente ou inclusive abater os que tentassem fazê-

<sup>228</sup> AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, [s.l.], n. 24, p.3-22, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2yl86p9>>. Acesso em: nov. 2017. p. 11.

<sup>229</sup> AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>230</sup> A Alemanha Oriental foi denominada República Democrática Alemã (RDA) e, a ocidental, República Federal da Alemanha (RFA).

<sup>231</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 714.

<sup>232</sup> AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. Op. cit. p. 11, tradução nossa.

<sup>233</sup> AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. Ibidem. p. 12.

<sup>234</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 714.

lo”<sup>235</sup>. Nesse cenário, os atiradores podiam ser vistos como executores que estavam inseridos em um aparato organizado de poder<sup>236</sup>. Então, nos processos sobre as mortes e lesões em razão desses fatos envolvendo as tentativas de travessia da fronteira, o BGH condenou os guardas da fronteira na qualidade de “autores de homicídio” e, conjuntamente, também condenou os integrantes do Conselho de Defesa a título de autores mediatos<sup>237</sup>.

O Tribunal Federal Alemão, no julgamento de um caso envolvendo a morte de 7 (sete) pessoas que, entre os anos de 1971 e 1989, tentaram fugir da RDA cruzando a fronteira com a outra Alemanha, analisou detidamente toda a sua estrutura estatal<sup>238</sup>. Havia uma “Câmara do Povo” em que eram elaboradas e aplicadas as leis e, ademais, em que se autorizava a atuação do “Conselho de Estado”<sup>239</sup>. Este realizava a defesa do território, com o auxílio do Conselho de Defesa Nacional<sup>240</sup>. Por sua vez, o agir dos soldados da fronteira – tanto para alocação de minas e de mecanismos de disparo automatizado quanto para a utilização das armas de fogo contra os que tentavam atravessar o muro – era regido por ordens do Ministro da Defesa Nacional<sup>241</sup>. Ademais, de acordo com o Tribunal Territorial de Berlim (o qual julgou casos em primeira instância) as ordens para atuação na fronteira entre as Alemanhas estavam submetidas ao que decidia o Conselho de Defesa Nacional e a morte do fugitivo era aceita, caso não se pudesse evitar a “violação da fronteira” por outro meio<sup>242</sup>. Também segundo o Tribunal Federal, as “equipes de fronteira” eram vigiadas por “tropas de fronteira”, as quais faziam a fiscalização do controle da fronteira desenvolvido pelos soldados, de modo que uma fuga com sucesso traria consequências para os agentes envolvidos<sup>243</sup>.

A partir do caso, portanto, o Tribunal Supremo Federal considera possível a responsabilização penal, como autores mediatos, dos homens que estavam detrás do aparato estatal da RDA e que determinavam os assassinatos e lesões dos indivíduos que buscavam cruzar o muro de Berlim<sup>244</sup>. Estabelece que tal forma de autoria

<sup>235</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. p. 714.

<sup>236</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit.

<sup>237</sup> BUSATO, Paulo César. Loc. cit.

<sup>238</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas**...Op. cit.

<sup>239</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>240</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>241</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>242</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>243</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>244</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

mediata ocorreria quando, por meio de aparatos organizados, o indivíduo de trás se utiliza de algumas condições, a partir das quais sua “contribuição” gera “desenvolvimentos regulares”<sup>245</sup>. Então, se, em organizações estatais, empresariais (ou similares) e hierarquias, o autor de trás conhece aquelas condições específicas do aparato e assim age, aproveitando de maneira particular a predisposição incondicionada do perpetrador para a prática do fato e desejando o desfecho dos acontecimentos como uma decorrência do seu próprio agir, será autor mediato<sup>246</sup>.

Por derradeiro, o Tribunal alemão conclui que o §17.2a, da Lei da Polícia Popular, e também dispositivos normativamente inferiores legitimavam os disparos para matar fugitivos na fronteira, tanto a partir da literalidade dos seus textos quanto a partir do modo de atuação estatal da Alemanha oriental, quando da ocorrência dos fatos<sup>247</sup>.

Não obstante a importância da teoria do domínio da organização na Alemanha (e, em especial, no Tribunal Supremo Federal desse país), ela continuou com papel de destaque nas Cortes latino-americanas, tendo servido como principal substrato dogmático no julgamento do ex-presidente do Peru, Alberto Fujimori. Além de simbólico, representa uma das mais recentes aplicações judiciais da teoria de Roxin.

#### 3.1.4 O caso Fujimori

O julgamento de Fujimori, pela Corte Suprema de Justiça do Peru, representou uma aplicação praticamente fiel da teoria de Roxin, analisando detidamente quase todos os seus pressupostos e a incidência deles ao caso concreto. Assim, o julgamento adquire peso tanto pela sua importância política e criminal quanto pela sua relevância dogmática.

O ex-presidente do Peru Alberto Fujimori Fujimori, em 7 de abril de 2009, foi condenado pela Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça do Peru, em primeira instância, a uma pena de privação de liberdade de 25 anos<sup>248</sup>. A decisão foi confirmada, em 30 de dezembro de 2009, em segunda instância, pela Primeira Sala

---

<sup>245</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...** Op. cit., não p., tradução nossa.

<sup>246</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>247</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>248</sup> AMBOS, Kai. *Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia...* Op. cit. p. 45.

Transitória da Corte Suprema<sup>249</sup>. A condenação deu-se pelos crimes de homicídio qualificado a 25 pessoas e lesões graves a 4 (quatro), devido aos acontecimentos de “Barrios Altos” (novembro de 1991) e “La Cantuta” (em julho de 1992), assim como pelo sequestro agravado em duas situações, de abril a julho de 1992, no caso “Sótanos SIE” (“Servicio de Inteligencia del Ejército”)<sup>250</sup>. A responsabilidade penal do ex-presidente foi fundamentada na sua atuação como autor mediato pelo domínio de um aparato organizado de poder<sup>251</sup>.

Alberto Fujimori elegeu-se como presidente do Peru em 1990 e, desde então, pautou seu regime por uma política repressiva e autoritária, em uma luta contra grupos insurgentes e contra o “terrorismo”, representados, na visão do Estado, principalmente pelo grupo Sendero Luminoso (SL) e pelo Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA)<sup>252</sup>. Disso, derivaram-se sistemáticas violações de direitos humanos<sup>253</sup>.

Fujimori havia concentrado em si o poder político estatal e exercia um controle militar sobre as instituições do Estado, enquanto “Comandante Supremo das Forças Armadas, das Agências Secretas de Inteligência e da Polícia”<sup>254</sup>. Nesse contexto, em 1991, foi fundado o “comando especial paramilitar Colina”, o qual tinha por principal objetivo a eliminação física de supostos integrantes do grupo Sendero Luminoso<sup>255</sup>. Foi tal grupo que deu andamento às operações que culminaram nos casos “Barrios Altos” e “La Cantuta”<sup>256</sup>.

O Estado peruano, à época dos acontecimentos aqui trazidos, estruturava-se, em termos militares e de organização das forças de inteligência, da seguinte forma: no grupo Colina, havia uma subdivisão em três grupos, responsáveis pela execução das ordens (inteligência operativa); em um nível superior, estava o Serviço de Inteligência do Exército (SIE), do qual o grupo Colina dependia em termos administrativos e funcionais; o SIE, a seu turno, dependia da Direção de Inteligência do Exército (DINTE); a DINTE respondia à Chefia do Estado Maior e, também, concedia suporte logístico para o desenvolvimento das “operações especiais de

<sup>249</sup> AMBOS, Kai. *Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia...* Op. cit. p. 45.

<sup>250</sup> AMBOS, Kai. *Loc. cit.*

<sup>251</sup> AMBOS, Kai. *Loc. cit.*

<sup>252</sup> AMBOS, Kai. *Ibidem.* p. 47.

<sup>253</sup> AMBOS, Kai. *Loc. cit.*

<sup>254</sup> AMBOS, Kai. *Ibidem.* p. 48, tradução nossa.

<sup>255</sup> AMBOS, Kai. *Loc. cit.*

<sup>256</sup> Em 6 de abril de 1992, Fujimori, com o apoio de boa parte da população e do Exército, promoveu um golpe de Estado (AMBOS, Kai. *Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia...* Op. cit. p. 49). Foi nessa conjuntura que as investigações do caso “Barrios Altos” foram obstadas e que foram cometidos os crimes do caso “La Cantuta” e “Sótanos SIE”.

inteligência”, isto é, aniquilamento de presumidos terroristas (prestou apoio, assim, ao grupo Colina)<sup>257</sup>.

Destarte, a Corte Suprema de Justiça do Peru considerou Fujimori como autor mediato dos atos praticados pelo destacamento Colina. O fundamento de tal nível de contribuição para os fatos, como já afirmado, tomou por base a teoria *roxiniana* da autoria mediata em virtude do comando de aparatos organizados de poder<sup>258</sup>, complementada, na ocasião, por contribuições de Schroeder<sup>259</sup>. A partir disso, para definir a existência dessa espécie de autoria no caso concreto, a Corte estabeleceu, como requisito geral, a necessidade de existência de uma organização hierárquica<sup>260</sup>. Quanto aos requisitos específicos, definiu como sendo o poder de mando do autor mediato e o destacamento do Direito pelo aparato pressupostos objetivos, assim como sendo a fungibilidade dos executores (que pode ser tanto positiva quanto negativa) e sua elevada propensão para o fato delitivo pressupostos subjetivos<sup>261</sup>. Nesse sentido, pode-se afirmar que no governo do ditador peruano foi verificada uma organização criminal, liderada pelo próprio Presidente, o qual contou com o Grupo Colina como executor direto dos delitos levados a cabo nos casos “Barrios Altos” e “La Cantuta”<sup>262</sup>. Nesse cenário, houve a outorga de distintos papéis para as autoridades militares peruanas e o estabelecimento de uma cadeia de mando que retransmitia as ordens do governo<sup>263</sup>. Com isso, consolidou-se a autoria de Fujimori.

A aplicação, pela Corte peruana, da teoria de Roxin representou um grande desenvolvimento e aperfeiçoamento da tese do autor, embora não isenta de algumas críticas. Porém, a partir desse pano de fundo propiciado pelo julgamento de Fujimori, em conjunto com os demais casos judiciais apresentados, torna-se possível uma melhor compreensão das teorizações do professor de Munique acerca da autoria

---

<sup>257</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 156, tradução nossa.

<sup>258</sup> AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia... Op. cit. p. 76.

<sup>259</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 87; ROTSCH, Thomas. De Eichmann hasta Fujimori. Sobre la recepción del dominio de la organización después de la Sentencia de la Sala Penal especial de la Corte Suprema de Perú. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 31-41. p. 40.

<sup>260</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 76.

<sup>261</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.; CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 185.

<sup>262</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. E deve-se destacar que não é possível considerar o golpe de Estado, unicamente, como critério decisivo para se estabelecer que o ex-presidente comandou uma organização ilegal, pois, ele foi condenado por crimes relativos a fatos ocorridos tanto antes quanto após o golpe (AMBOS, Kai. Op. cit. p. 82).

<sup>263</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 185.

mediata configurada pelo domínio de estruturas de poder. Assim, é viável passar ao estudo dos seus elementos constitutivos.

### 3.2 OS REQUISITOS PARA A AUTORIA MEDIATA EM VIRTUDE DO DOMÍNIO DE APARATOS DE PODER ORGANIZADOS A PARTIR DE ROXIN

Examinados os casos ligados à teoria do domínio da organização, faz-se necessário proceder ao estudo dos pressupostos elementares para a constituição da modalidade de autoria dela decorrente.

Roxin estabelece, inicialmente, em seu livro *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, como critérios para uma autoria mediata em virtude do domínio de “organizações”, o *poder de mando do autor mediato*, a *fungibilidade do executor direto* e a *desvinculação do direito pela organização*<sup>264</sup>. Então, em produções posteriores, o autor concede maiores explicações acerca de suas teorizações e adiciona um critério para a definição dessa autoria: a consideravelmente elevada “disponibilidade”, do executor, ao fato<sup>265</sup> – embora, posteriormente, declare não a entender como um requisito autônomo, mas, que precisa derivar-se dos demais<sup>266</sup>.

Tomando como ponto de partida essa estruturação teórica, a Corte Suprema de Justiça do Peru, no julgamento do ex-presidente Alberto Fujimori, “adicionou” mais um requisito (denominado de pressuposto geral) à proposta de Roxin: a presença de um aparato hierárquico. Tal pressuposto, porém, subjaz à teoria do jurista alemão e foi apenas trazido a lume pela Corte peruana. Assim, adiante será desenvolvida, inicialmente, a análise dos requisitos a partir da estruturação proposta por Roxin, trazendo ao cenário algumas poucas contribuições e matizações adicionais da jurisprudência peruana e de outros juristas. Um estudo mais aprofundado e crítico a partir destas será desenrolado no capítulo subsequente. Por ora, restringe-se à teoria clássica e a algumas complementações.

#### 3.2.1 A estrutura organizativa hierárquica e o poder de mando do autor mediato

<sup>264</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit.

<sup>265</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 19.

<sup>266</sup> ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 91-102; ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 331.

A existência de um aparato hierárquico de poder<sup>267</sup>, como pressuposto da autoria mediata pelo domínio da organização, não foi elencado por Roxin, nas suas primeiras teorizações, enquanto requisito autônomo dessa forma de autoria. Isso provavelmente decorreu da evidente necessidade de uma tal estrutura para que se possa fundamentar essa modalidade de autoria mediata. Afinal, tal elemento subjaz à próprio teoria, de modo que, não se configurando na realidade, não caberia entrar em cena a forma de autoria aqui estudada.

Embora Roxin não tenha dedicado seus textos iniciais a um estudo mais minucioso dessa questão (tratava apenas de em quais tipos de organização se verificaria uma autoria mediata dos homens de trás, como nas estatais ou nos(as) “movimentos clandestinos, organizações secretas, bandas de criminosos e grupos semelhantes”<sup>268</sup>), alguns outros autores passaram a analisar e discutir as ocasiões em que se verificaria um aparato de poder e as problemáticas daí decorrentes, além de que a Corte Suprema de Justiça do Peru elencou esse elemento como um “pressuposto geral” do domínio por organização, no julgamento de Fujimori.

A Corte Suprema peruana, no caso Fujimori, elencou a presença de uma organização hierárquica como um pressuposto geral da teoria do domínio da organização<sup>269</sup>. Ela precisa estar estruturada de modo que o comando emanado do nível hierárquico superior seja concretizado pelos perpetradores diretos “através dos distintos compartimentos da cadeia de mando”<sup>270</sup>. Desse modo, a organização é formada por uma “estrutura rígida e hierárquica”: *rígida*, pois a “transmissão de ordens” do superior da cadeia é realizada de maneira quase automática pelos “executores materiais”; e *hierárquica*, pois, a atribuição de específicos papéis, no interior da “cadeia de mando”, é realizada de forma “estrita”<sup>271</sup>.

Essa estrutura hierarquicamente organizada possuiria duas características elementares: (i) a atribuição de papéis e (ii) o desenvolvimento de uma “vida funcional” independente daquela de seus integrantes<sup>272</sup>.

---

<sup>267</sup> Para uma tratativa do elemento da “estrutura hierárquica do aparato de poder” ao lado do “poder de mando”, cf. também SCHEIDWEILER, Lucas Gabriel. **A aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito empresarial**. Op. cit. p. 44.

<sup>268</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 277, tradução nossa.

<sup>269</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 333.

<sup>270</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 150, tradução nossa.

<sup>271</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>272</sup> PERU. Op. cit. p. 633.

A atribuição de papéis<sup>273</sup> significa a repartição de trabalho e “distribuição de funções”<sup>274</sup> e explica o nível de ligação entre o homem de trás e o executor direto<sup>275</sup>. E tais atribuições são realizadas pelo superior do aparato de acordo com a localização do indivíduo na “cadeia de comando”<sup>276</sup>. Ademais, essas atribuições são feitas de forma vertical, por meio de ordens, distinguindo-se, assim, de uma repartição “horizontal do trabalho, como é típico no caso da coautoria”<sup>277</sup>.

O segundo aspecto da estrutura hierárquica, tocante ao desenvolvimento de uma vida funcional independente de seus membros, tem como fundamento o “automatismo” do aparato, isto é, o “desenvolvimento de um processo ou funcionamento por si só”<sup>278</sup>. A partir disso, o superior hierárquico poderá esperar que o seu comando sempre será realizado, sem necessitar conhecer o perpetrador direto<sup>279</sup>. Tal automatismo confere a segurança necessária de que as atuações antijurídicas serão concretizadas<sup>280</sup>.

Estritamente ligado à estrutura organizativa hierárquica e ao seu funcionamento, entra no palco o poder de mando, este sim apresentado de forma explícita por Roxin, desde o início, como um pressuposto necessário de sua teoria.

Roxin explica o requisito informando que apenas pode ser autor mediato quem, em uma organização dirigida de forma rígida, possui autoridade para dar ordens e a exerce para gerar a execução de tipos penais<sup>281</sup>. Assim, seria possível, em distintos níveis de hierarquia de comando, encontrarem-se “vários autores mediatos em cadeia”<sup>282</sup>.

O professor, porém, acaba por não delinear de modo tão minucioso esse elemento e de que forma pode ser aferido na prática. Devido a isso, para complementação desse ponto, serão trazidas algumas outras contribuições.

---

<sup>273</sup> A Corte peruana opta por essa nomenclatura, pois, caso utilizada a definição como “divisão de trabalho”, tal ideia refere-se ao “elemento subjetivo da coautoria”, o que poderia levar a confusão acerca da modalidade de imputação (CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit., p. 151, tradução nossa).

<sup>274</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 633.

<sup>275</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 151.

<sup>276</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Ibidem. p. 152.

<sup>277</sup> AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia... Op. cit. p. 76, tradução nossa.

<sup>278</sup> PERU. Op. cit. p. 633.

<sup>279</sup> PERU. Op. cit. p. 633.

<sup>280</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 153.

<sup>281</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 16.

<sup>282</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit., tradução nossa.



Raúl Pariona Arana entende que o elemento nuclear da teoria da autoria mediata em virtude do domínio de aparatos de poder é justamente o controle exercido sobre tais aparatos<sup>283</sup>. Afinal, o controle representa a materialização do domínio do fato do homem de trás sobre os acontecimentos. A Corte Suprema de Justiça peruana, por sua vez, no julgamento do ex-presidente Fujimori, conceituou que

El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior – del hombre de atrás – de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando órdenes, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores.<sup>284</sup>

A partir dessa definição, a Corte estabeleceu que o poder de mando, primeiramente, pode ser compreendido a partir do posicionamento do indivíduo dentro do aparato de poder (com o fim de se saber se tem uma posição alta ou intermediária) e, em segundo lugar, é focado para o indivíduo que possui capacidade de enunciar ordens<sup>285</sup>. O poder de mando, portanto, manifesta-se e materializa-se por meio de ordens, as quais são expressão da autoridade do superior<sup>286</sup>; e esta autoridade, por sua vez, pode se dever a: subordinação, medo, relação de trabalho privada ou pública, experiência, respeito, dentre outras<sup>287</sup>.

Entende-se que a ordem precisa ter caráter suficiente para alterar o comportamento do subalterno<sup>288</sup>. Todavia, o poder de mando do autor mediato não pode confundir-se com erro ou coação sobre o executor direto – pois, em tais situações, poder-se-ia eventualmente ter outra forma de autoria mediata, mas, não

---

<sup>283</sup> PARIONA ARANA, Raúl. La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 231-249. p. 242.

<sup>284</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 635.

<sup>285</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 156-157.

<sup>286</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Ibidem. p. 157; MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. a.v. 19-2001). In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 211-230. p. 220. Raúl Pariona Arana também entende que o poder de mando representa o controle concreto exercido sobre a organização e é um elemento que manifesta de modo fático esse domínio (PARIONA ARANA, Raúl. La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori. Op. cit. p. 242).

<sup>287</sup> MEINI, Iván. Op. cit. p. 220.

<sup>288</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 162.

aquela que se fundamenta pelo domínio da organização<sup>289</sup>. Tendo isso em consideração, então, o poder de mando seria a capacidade que possui o superior para determinar a atuação do subalterno sem obstar seu livre comportamento<sup>290</sup>. E destaque-se, ainda, que as ordens (tanto explícitas como implícitas) são cumpridas de modo automático<sup>291</sup>.

A Corte do Peru, seguindo na análise do requisito, traça uma distinção com relação à ideia de ordem a ser transmitida pelo autor mediato: pode ser *formal* (como aquela que se dá por diretivas e disposições, não precisando estar registrada em um documento e na qual é possível inclusive se encontrar uma aparência legal<sup>292</sup>) ou *material* (devido à sua eficácia material, se estruturam como senhas, expressões e ações concretas)<sup>293</sup>. Em sentido parecido, Kai Ambos afirma que as ordens emanadas dos chefes podem ser tanto formais (por meio de instruções, por exemplo) quanto informais e encobertas ou, até, pelo silêncio<sup>294</sup>.

Relacionada à distinção desenvolvida, a Corte peruana estabelece que a ordem pode ser *escrita* ou *verbal*, podendo se expressar por gestos e signos<sup>295</sup>. Ou seja, uma ordem pode se dar por um papel, por uma instrução direta e clara ou mesmo por atos omissivos e senhas<sup>296</sup>. Como exemplo disso, pode-se citar o que se passou no regime nacional-socialista. No Estado alemão nazista havia uma linguagem específica para tratar dos planos de assassinato em massa dos judeus (a denominada “solução final”)<sup>297</sup>. Nesse sentido, para os indivíduos (chamados “portadores de segredo”) que eram informados de forma explícita sobre as ordens do Führer tratarem acerca delas, toda correspondência estava sujeita a “regras de linguagem”; por isso, inclusive, é difícil encontrar – com a exceção de alguns relatórios – documentos que utilizassem expressões como “‘extermínio’, ‘eliminação’ ou ‘assassinato’”<sup>298</sup>. Os termos utilizados para “*assassinato*” eram “solução final”, “tratamento especial” e

<sup>289</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 158.

<sup>290</sup> MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori... Op. cit. p. 219.

<sup>291</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 157. Alguns autores, todavia, tecem críticas a esse automatismo, as quais serão analisadas posteriormente.

<sup>292</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 187-209. p. 199.

<sup>293</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 635 et seq.

<sup>294</sup> AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia... Op. cit. p. 77.

<sup>295</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 162.

<sup>296</sup> MEINI, Iván. Op. cit. p. 220.

<sup>297</sup> ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Op. cit. p. 100.

<sup>298</sup> ARENDT, Hannah. Loc. cit.

“evacuação”, e para *deportação* eram “reassentamento”, “trabalho no Leste” e “mudança de residência” (este último para os judeus com privilégios)<sup>299</sup>.

Deve-se ressaltar, no entanto, que o domínio é exercido pelo autor mediato sobre o aparato em si, e não exatamente sobre o executor. Inclusive, Roxin defende que o instrumento do autor mediato é, principalmente, a organização, e não o autor direto<sup>300</sup>. Desse modo, embora Caro Coria afirme que o poder de mando é a capacidade que o autor mediato possui para determinar a atuação do subalterno, ele consegue tal determinação a partir do domínio do aparato de poder. Nesse sentido, pode-se dizer que o “autor de escritório” não domina o executor diretamente, mas indiretamente, a partir do aparato delitivo<sup>301</sup>. O domínio sobre o qual se trata aqui, então, não pode ser sobre a vontade do autor direto, mas, sobre outro objeto<sup>302</sup>, podendo este ser compreendido como a própria organização que está à disposição do indivíduo de trás. Com essa orientação também decidiu a Corte de Apelações argentina, no caso da Juntas Militares.

Por fim, surge como relevante a questão de em qual nível do aparato de poder deve localizar-se o indivíduo para deter um poder de mando e poder ser considerado autor mediato, pelo domínio da organização, de fatos penalmente puníveis. Tal assunto será minuciosamente tratado em capítulo posterior, o qual abordará as diferentes formas de contribuição delitiva em um aparato de poder e as distintas possibilidades de responsabilização penal em tal cenário.

Para além da configuração de uma estrutura hierárquica e da existência de um poder de mando por parte do indivíduo que a controla, de modo que possa ser considerado autor mediato, é necessário, na teoria de Roxin, que essa estrutura encontre-se desligada do Direito – aqui se verifica outro pressuposto da teoria.

### 3.2.2 A desvinculação do ordenamento jurídico pelo aparato de poder

Sobre a desvinculação do ordenamento jurídico pelo aparato de poder como requisito para uma autoria mediata, Roxin escreve vez primeira em sua monografia,

<sup>299</sup> ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Op. cit. p. 100.

<sup>300</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 11.

<sup>301</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 151.

<sup>302</sup> MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori... Op. cit. p. 219.

ao analisar os problemas práticos da teoria do domínio da organização<sup>303</sup>. De acordo com o professor de Munique, para que se possa verificar a autoria mediata que se dá pelo domínio de uma estrutura de poder organizada, um dos pressupostos é que esta maquinaria encontre-se “à margem da legalidade”<sup>304</sup>. Explica:

De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás.<sup>305</sup>

Nesse sentido, nos casos de um aparato que atua dentro dos limites do Direito, dado que não haveria possibilidade de uma autoria mediata pelo domínio da organização, quando um superior emite uma ordem para prática de delitos, esta poderia ser considerada, unicamente, como *indução*, salvo que seja o caso de autoria mediata por outras formas que não aquela a partir do domínio do aparato<sup>306</sup>. Além disso, em cenários de aparatos de poder organizados em conformidade com o ordenamento jurídico, ao ser emitida uma ordem para a prática de um delito, não se estaria atuando “*com* o aparato”, mas, *contra* ele<sup>307</sup>. E, nesse caso, faltariam todos os requisitos para configuração da autoria mediata, pois, não haveria também a fungibilidade do indivíduo que atua diretamente (visto que ele precisaria ser cooptado individualmente, para cada situação delitiva)<sup>308</sup>.

A partir daquela conceituação, para Roxin, o domínio da vontade por um aparato de poder organizado traz somente duas manifestações típicas<sup>309</sup>.

A primeira verifica-se quando os mesmos indivíduos que detém o poder estatal praticam crimes, com a ajuda de organizações a eles subordinadas, tendo em vista que, normalmente, apenas o poder estatal pode atuar à margem da lei; e isso apenas pode ser feito quando não estão presentes as garantias do Estado de Direito<sup>310</sup>. Isso não significa que os titulares de poder desses Estados não estejam

<sup>303</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 276.

<sup>304</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>305</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 276-277.

<sup>306</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 277.

<sup>307</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>308</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>309</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>310</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

submetidos ao Direito; mas, apenas a partir de “valores fundamentais comuns a todos os povos civilizados” que seria possível definir suas atitudes violadoras de direitos humanos como delitivas e puníveis<sup>311</sup>. Nesses casos, ainda que possa haver alguma vinculação jurídica nos Estados, ela não possui o efeito de obstar o poder, enquanto ninguém se oponha àqueles que possuem o aparelho estatal em suas mãos<sup>312</sup>.

Em segundo lugar, há os fatos praticados em “movimentos clandestinos, organizações secretas, bandas de criminosos e grupos semelhantes”<sup>313</sup>. Em tais situações, para que haja um domínio da vontade, pelo sujeito de trás, na realização de crimes, deve haver uma “organização rígida, independente da troca dos membros concretos”, bem como uma orientação dos fins do aparato contrária ao ordenamento jurídico e vulneradora das normas penais positivas<sup>314</sup>. Trata-se de um “Estado dentro do Estado”<sup>315</sup>, pois, inclusive, essas organizações atuam fora da lei a partir de códigos próprios que tornam vulneráveis os dispositivos legais do Estado<sup>316</sup>. E o decisivo é que os membros não atuem por conta própria, mas “como órgãos da cúpula diretiva cuja autoridade reconhecem”<sup>317</sup>.

O posicionamento inicial de Roxin foi, pois, na direção de que os aparatos de poder precisam atuar, *como um todo*, à margem do ordenamento jurídico para que se possa configurar uma autoria mediata dos indivíduos que os controlam. Todavia, posteriormente, o autor buscou esclarecer seu posicionamento, o que acabou levando a certa alteração do seu entendimento. Passou a argumentar que o aparato de poder não precisa estar desvinculado do Direito em toda relação, mas, apenas “no marco dos tipos penais realizados por ele”<sup>318</sup> e, relativamente aos “crimes estatais sistemáticos”, unicamente “nos âmbitos de suas atividades que sejam penalmente relevantes” – pois, com relação aos aparatos *não estatais*, já é manifesta sua atuação

---

<sup>311</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 277, tradução nossa.

<sup>312</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>313</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>314</sup> ROXIN, Claus. *Ibidem*. p. 278, tradução nossa.

<sup>315</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>316</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 166.

<sup>317</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 278, tradução nossa. Porém, nos casos das “agrupações intraestatais”, deve-se ter cautela com o fato de que, se algumas pessoas reúnem-se e definem uma delas como “cabeça” do grupo, isso não quer dizer que haja aqui um aparato de poder, pois, nesse caso, a comunidade funda-se em relacionamentos particulares mútuos “entre los intervinientes y no tiene esa existencia independiente del cambio de los miembros que presupone en tales casos esta forma específica del dominio de la voluntad” (ROXIN, Claus. Op. cit. p. 278).

<sup>318</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 16, tradução nossa.

alheia aos lindes do ordenamento jurídico<sup>319</sup>. Assim, enquanto nas estruturas de poder delitivas não estatais já há uma atuação apartada do Direito – não havendo discussão quanto a isso –, nos delitos sistemáticos decorrentes de atuações estatais é preciso que exista uma dissociação do Direito “por parte do sistema somente nos âmbitos de suas atividades que sejam penalmente relevantes”<sup>320</sup>. O autor passou a entender, pois, que é necessário que apenas os fatos delituosos se produzam fora dos lindes do ordenamento jurídico – não precisando a estrutura organizada em seu conjunto assim funcionar<sup>321,322</sup>. E, aqui, não tem relevância o modo como os membros do aparato de poder “valoram sua atuação”, isto é, se a entendem de fato como contrária ao Direito ou não<sup>323</sup>. Roxin entende que, mesmo em Estados onde haja uma permissão legal para matar, como ocorreu na RDA, as ações de acordo com ela podem ser contrárias aos direitos humanos e, assim, serem antijurídicas e puníveis “como violação do direito supranacional”<sup>324</sup>. Mas, cabe sublinhar que nem todos os crimes realizados por uma organização delitiva darão base a uma autoria mediata daqueles que os ordenam<sup>325</sup>.

Para a Corte Suprema de Justiça do Peru, a dissociação do Direito é entendida como um pressuposto objetivo, ao lado do poder de mando<sup>326</sup>, indo no sentido das primeiras teorizações de Roxin. Além disso, a desvinculação precisará ter uma característica estrutural, e não somente se verificar em atos isolados<sup>327</sup>. Tal posicionamento jurisprudencial pode, contudo, ser criticado, pelo fato de que se pauta

---

<sup>319</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 332. Sobre isso, cf. também SCHEIDWEILER, Lucas Gabriel. **A aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito empresarial**. Op. cit.

<sup>320</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 332.

<sup>321</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 141-186. p. 164.

<sup>322</sup> Raúl Pariona Arana defende que apenas no interior de organizações desvinculadas do Direito as determinações ilícitas seriam cumpridas de modo automático. Isso ocorreria, pois, em uma organização ilegalmente atuante, existem “processos de funcionamento próprios” que a afastam de um funcionamento regular, normal, possibilitando, então, que seus objetivos sejam cumpridos. (PARIONA ARANA, Raúl. La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori. Op. cit. p. 247-248, tradução nossa).

<sup>323</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 332.

<sup>324</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>325</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 18.

<sup>326</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 634.

<sup>327</sup> AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia... Op. cit. p. 82.

por orientação de Roxin apresentada nos anos 80 que, em obras recentes, foi superada pelo próprio jurista<sup>328</sup>, como anteriormente mencionado.

Ademais, é necessário analisar se o que se compreende “por Direito são as normas positivas de um ordenamento interno” (nesse sentido, teriam base em uma norma fundante, a partir da qual desponta uma pirâmide normativa, conforme a Teoria Pura do Direito de Kelsen) ou se “por Direito se entende não apenas as normas jurídicas, senão um conjunto de valores sociais que partilha a comunidade internacional”<sup>329</sup>.

Sobre essa questão do significado de Direito, parte da doutrina alinha-se ao posicionamento de Roxin, entendendo que existem valores essenciais, tais como os Direitos Humanos, que incidem nos ordenamentos jurídicos nacionais, atuando como base para a elaboração de bens jurídicos coletivos e individuais, os quais são comuns a todos os povos do mundo<sup>330</sup>. A sentença da Corte peruana, a seu turno, igualmente buscou delinear uma definição de Direito relacionada com o pressuposto da autoria mediata ora apresentado<sup>331</sup>. Ao conceituá-lo, vinculou-o com a noção de normas positivas e gerais e considerou que, para constituição de uma ordem jurídica nacional, formam parte tanto o Direito nacional quanto o Internacional, pois, as normas deste oriundas integram aquele<sup>332</sup>. Por isso, a desvinculação do Direito significaria a estruturação, operação e permanência da organização fora dos limites do “sistema jurídico nacional e internacional”<sup>333</sup>. Então, a compreensão de Direito, a partir da teoria de Roxin, estaria vinculada não apenas “às normas positivas de um ordenamento interno”, mas teria um caráter mais amplo, abrangendo o Direito internacional. E com base nessa ideia de Direito, portanto, seria necessário aferir como um aparato de poder atua e se possibilita a configuração de uma autoria mediata dos que o dirigem.

Por fim, na criminalidade verificada no Estado, a desvinculação do Direito poderia ocorrer de duas formas: pode ser *instantânea*, quando a desvinculação se dá

<sup>328</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 164.

<sup>329</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Ibidem. p. 166, tradução nossa.

<sup>330</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Loc. cit. Defende Roxin, como já exposto, a existência de “valores fundamentais comuns a todos os povos civilizados” (ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 277, tradução nossa).

<sup>331</sup> MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori... Op. cit. p. 220. E o entendimento foi no sentido de “un sistema u ordenamiento jurídico representado por un *conjunto coordinado de normas generales y positivas que regulan la vida social...*” (PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 640, grifo do autor).

<sup>332</sup> PERU. Op. cit. p. 640.

<sup>333</sup> PERU. Loc. cit.

a partir de uma decisão do nível estratégico superior de renegar o Estado de Direito<sup>334</sup>, ou seja, o nível superior do Estado toma a decisão de se desvincular, por completo, do Direito e constrói um Sistema normativo distinto do que define o Direito Internacional, eis que “expressa” ou oculta a prática de graves crimes<sup>335</sup>; ou *gradual, paulatina*, quando se dá a partir de uma contínua degeneração das sustentações democráticas estatais<sup>336</sup> – em outras palavras, a estrutura estratégica superior estatal aparta-se do Direito, de maneira inicial, para a prática de alguns crimes e, posteriormente, o faz com posturas mais “frequentes e sistemáticas”<sup>337</sup>.

Constatada essa desvinculação do ordenamento jurídico, pelo aparato de poder, é preciso verificar se ele possui uma grande quantidade de indivíduos aptos à realização dos fatos delitivos objetos de ordem dos homens de trás, de modo que haja sua fungibilidade. É este outro pressuposto necessário da teoria do domínio da organização, a partir do que postula Roxin e seus seguidores.

### 3.2.3 A fungibilidade do executor

O requisito da fungibilidade do executor direto diz respeito à “substitutividade”<sup>338</sup> daqueles que, inseridos em um aparato de poder, “executam o último ato parcial” de realização do tipo<sup>339</sup>. A Corte Suprema de Justiça peruana, no caso Fujimori, estabelece que a fungibilidade é um pressuposto específico subjetivo da autoria mediata pelo domínio da organização e a conceitua como “a característica do executor de poder ser trocado ou substituído pelo nível estratégico superior na operativização e realização do seu desígnio delituoso”<sup>340</sup>.

<sup>334</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 642.

<sup>335</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados... Op. cit. p. 200, tradução nossa.

<sup>336</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 642.

<sup>337</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit. p. 200.

<sup>338</sup> Alguns autores preferem o uso do termo *substitutividade* ao invés de *fungibilidade* (ROTSCH, Thomas. De Eichmann hasta Fujimori... Op. cit, p. 36, nota do tradutor; CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 174; MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori... Op. cit. p. 218) ou o uso do vocábulo “substituível” ou “intercambiável” ao se referirem ao autor direto do crime (CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 174). Embora o termo *fungibilidade* seja o que decorre da tradução literal do termo alemão *fungibilität*, alguns entendem que fungível é aquilo consumido com o uso, não se coadunando com a atuação do executor enquanto pessoa (ROTSCH, Thomas. Op. cit. p. 36, nota do tradutor; MEINI, Iván. Op. cit. p. 218).

<sup>339</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 17, tradução nossa.

<sup>340</sup> PERU. Op. cit. p. 644, tradução nossa.



Roxin coloca a “fungibilidade do executor” como “fator decisivo para fundamentar o domínio da vontade” daquele que controla um aparato de poder organizado<sup>341</sup>. Em tais casos, o executor direto continua sendo livre e responsável, respondendo como autor culpável de própria mão<sup>342</sup>. Porém, na visão do sujeito de trás, essa característica do autor direto é irrelevante, pois, este não é visto como “pessoa individual livre e responsável”, mas como “figura anônima e substituível”<sup>343</sup>. Assim, o indivíduo que atua diretamente pode ser compreendido sob uma perspectiva dupla (em razão da qual se pode fundamentar que o sujeito de trás integra o centro do fato junto a ele): possui o domínio da ação, mas é substituível, como uma “engrenagem”<sup>344</sup>.

Portanto, o que assegura, segundo essa concepção, a efetivação das ordens do homem de trás é a existência de muitos executores em potencial disponíveis, de modo que a negativa ou falha de um não é apta a impedir a realização do tipo (e a existência de vários executores em potencial não seria uma hipótese, mas uma realidade no marco dos aparatos de poder)<sup>345</sup>. É pelo critério da fungibilidade, então, que a teoria vê superada a problemática da liberdade do executor, pois, para se poder afirmar a existência de um autor mediato, este precisa ter assegurada a realização da ordem ao emití-la<sup>346</sup>. Desse modo, considerando que o homem de trás tem a segurança de que seu comando será executado, há um automatismo do aparato de poder – já defendido por Roxin – que embasa o domínio sobre a realização prática do fato e também sobre os autores diretos<sup>347</sup>.

Visto que o critério da fungibilidade tem como objetivo a compensação da carência de “controle sobre o autor direto plenamente responsável”, o qual pode, em qualquer instante, decidir pelo abandono do plano delitivo<sup>348</sup>, apenas caso o aparato

---

<sup>341</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 272, tradução nossa. A partir desse posicionamento, conclui Roxin que são características dos aparatos de poder um “automatismo” e uma pluralidade de delitos que são levados a cabo segundo um mesmo esquema (ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 18).

<sup>342</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 273.

<sup>343</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>344</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>345</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 17.

<sup>346</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática**. Montevideo: Fundacion Konrad-Adenauer, 2005. 594 p. Inclui bibliografía e índice. ISBN 9974786851 (broch.). p. 220.

<sup>347</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 221.

<sup>348</sup> AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia... Op. cit. p. 82.

de poder disponha de uma quantidade suficiente de possíveis executores, fungíveis e dispostos, é possível considerar a existência de domínio a partir de uma organização<sup>349</sup>. E o controle não se estabelece sobre o executor em si, mas sobre o *conjunto* de autores imediatos que integram a estrutura de poder<sup>350</sup>.

Buscando pormenorizar ainda mais o significado de fungibilidade, a Corte Suprema de Justiça do Peru estabeleceu uma distinção entre fungibilidade positiva e negativa<sup>351</sup>.

A fungibilidade negativa significa que, embora um executor direto recuse a prática de um fato relativo ao plano criminal da organização ou abstenha-se de realizá-lo, não será um impeditivo para a concretização do acontecer, pois, o descumprimento é contrabalanceado imediatamente por outro indivíduo que assume sua posição<sup>352</sup>. Essa concepção, portanto, alinha-se com a teorização de Roxin<sup>353</sup>.

A fungibilidade positiva, por sua vez, significa que o nível superior do aparato de poder tem a possibilidade de selecionar para a prática do fato delituoso, desde o princípio, o melhor indivíduo dentro de uma multiplicidade de executores que tem à sua disposição – assim, pode escolher aquele ou aqueles mais qualificados ou capacitados para a realização do fato<sup>354</sup>, a partir da verificação de suas capacidades, especialidades e habilidades<sup>355</sup>.

Portanto, para Roxin, a fungibilidade é uma das peças-chave que fundamentam o domínio do fato e, assim, a autoria mediata do indivíduo que dirige organizações. Porém, como complementação à fungibilidade, trouxe outro aspecto para a estruturação da forma de autoria aqui examinada e que não estava previsto originalmente em sua obra, sobre o qual se discorrerá a seguir.

### 3.2.4 A consideravelmente elevada disposição do executor ao fato

O elemento da “consideravelmente elevada disposição do executor” à prática do ilícito penal, como fundamento do domínio do fato do autor mediato que controla

<sup>349</sup> AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia... Op. cit. p. 83.

<sup>350</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>351</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>352</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica Op. cit. p. 646.

<sup>353</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 175; PERU. Op. cit. p. 645.

<sup>354</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 176; PERU. Op. cit. p. 646.

<sup>355</sup> PERU. Op. cit. p. 646.

um aparato de poder, foi estipulado, primeiramente, por Schroeder, em sua tese doutoral de 1965<sup>356</sup> e, na visão dos autores em geral, foi utilizado pelo Judiciário alemão no caso dos atiradores do muro de Berlim<sup>357</sup>. Schroeder recusava a fungibilidade como pressuposto do domínio da organização e colocava o elemento da elevada disposição ao fato como essencial<sup>358</sup>.

Roxin, quando elaborou sua monografia *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* em 1963, não havia inserido esse requisito entre aqueles necessários para se verificar o domínio do fato pelo autor mediato, em uma estrutura de poder. Apenas posteriormente, o jurista integrou à sua teoria o critério da predisposição à realização do fato, promovendo, assim, uma aproximação com a teoria de Schroeder<sup>359</sup> e estabelecendo uma junção parcial também com a concepção de seu discípulo Manfred Heinrich e com as teses de doutorado de Schlösser e Urban<sup>360</sup>. Tal integração, junto à consideração de que a fungibilidade não seria um componente fulcral na realização de crimes por aparatos de poder, levou a uma forte restrição da autoria mediata<sup>361</sup>.

Não obstante Roxin tenha adotado a proposta de Schroeder como um pressuposto necessário para a constituição da autoria mediata pelo domínio da organização, posteriormente passou a entender que não seria um fundamento autônomo dessa modalidade de autoria, mas, que deveria ser derivado dos demais elementos<sup>362</sup>. No seu recente entender, portanto, os três requisitos para a autoria mediata já tratados neste texto “ensejam uma elevada propensão ao cometimento do fato pelo autor direto”<sup>363</sup>.

Roxin denomina tal elemento de “consideravelmente elevada disponibilidade ao fato por parte do executor”<sup>364</sup> e define essa concepção como a ideia de que, em uma estrutura de poder organizada desligada do Direito, o indivíduo que realiza o

<sup>356</sup> ROTSCH, Thomas. De Eichmann hasta Fujimori... Op. cit. p. 36.

<sup>357</sup> AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia... Op. cit. p. 87; SCHROEDER, Friedrich-Christian. Disposición al hecho versus fungibilidad. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 115-124. p. 120.

<sup>358</sup> ROTSCH, Thomas. Op. cit. p. 36. Schroeder refere-se ao elemento como o “critério” de uso da “resolución de cometer el hecho” ou da “disposición al hecho” (SCHROEDER, Friedrich-Christian. Op. cit. p. 117).

<sup>359</sup> ROTSCH, Thomas. Op. cit. p. 39.

<sup>360</sup> ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú. Op. cit. p. 99.

<sup>361</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. Op. cit. p. 122.

<sup>362</sup> ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú. Op. cit. p. 100.

<sup>363</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 311.

<sup>364</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. Op. cit. p. 122, tradução nossa.

último ato típico estaria subordinado a inúmeras influências do aparato, as quais, embora não retirem sua responsabilidade penal, tornam-no mais predisposto à execução do fato do que outros potenciais criminosos<sup>365</sup>. Assim, devido a tais influências, a probabilidade de sucesso de uma determinação delitiva superior aumenta e contribui para a configuração do domínio do fato e da autoria dos homens dos níveis elevados<sup>366</sup>.

Existem algumas circunstâncias que desempenham um papel aqui<sup>367</sup>. O pertencimento a uma organização suscita uma “tendência à adaptação” e integração dos membros, o que pode levar a atuações sem reflexão em acontecimentos que jamais se passariam com um indivíduo não integrado em tal meio<sup>368</sup>. Além disso, em tais contextos, a participação dos membros muitas vezes se pauta na ideia de que se ele próprio não fizer algo, então, de todo modo, outro irá fazer<sup>369</sup>. Ainda, em tais situações, encontram-se pressupostos que se aproximam da autoria mediata pelo domínio da coação ou do erro por parte dos homens de trás, pois, o executor direto pode possuir medo de alguma represália interna na organização caso não atue ou, por ter recebido “ordens de cima”, crê na sua impunidade, embora tenha grandes dúvidas sobre o caráter ilícito de seu comportamento<sup>370</sup>. Todos esses aspectos – os quais não excluem a culpabilidade nem a responsabilidade do autor direto – levam à propensão do executor imediato à realização do fato, o que, juntamente com a sua fungibilidade, constitui elemento essencial da segurança a partir da qual os homens de trás podem confiar na realização de suas ordens<sup>371</sup>.

Roxin, ademais, afirma ter algumas razões a favor da elevada predisposição ao fato pelo executor direto no seio de uma organização criminal: a estruturação hierárquica conduz, por si só, a uma propensão à adaptação; o poder de mando dos sujeitos de trás aproxima-se de uma coação – embora não alcance tal nível – pois, o executor terá o temor de negar uma ordem devido à possibilidade de perda da sua

---

<sup>365</sup> ROTSCH, Thomas. De Eichmann hasta Fujimori... Op. cit. p. 39; ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 20.

<sup>366</sup> ROTSCH, Thomas. Op. cit. p. 39; ROXIN, Claus. Op. cit. p. 20.

<sup>367</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 20.

<sup>368</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>369</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit. Essa ideia de uma causalidade adiantada, porém, é criticada e não é capaz de eximir os indivíduos de responsabilidade, como se pode verificar no argumento de Roxin com relação às alegações da defesa de Eichmann (ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 274).

<sup>370</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 20.

<sup>371</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

posição, de rejeição de colegas, etc., o que o conduz a possuir uma alta disposição à realização do fato; a desvinculação do Direito pela organização pode aumentar a determinação à prática do fato, pois, nesse meio criminal, o indivíduo tem maiores chances de realizar o delito, seja por desejo de reconhecimento, por necessidades profissionais, motivos sádicos, dentre outros; a própria fungibilidade do indivíduo pode conduzir à disposição na prática do ilícito, pois, mesmo alguém que não praticaria determinados fatos acaba direcionando-se à sua realização por poder entender que, se ele não fizer, de todo modo outro o fará<sup>372</sup>. Assim, em suma, pode-se afirmar que, embora o aspecto da elevada disposição ao fato seja definido, para Roxin, a partir dos outros 3 (três) elementos que fundamentam o domínio da organização, ele reforça a fundamentação para a confirmação do domínio do fato dos superiores<sup>373</sup>. Visto que o domínio do fato do homem de trás depende da segurança com a qual sua ordem será executada, ela aumenta se tais autores puderem dispor de uma alta determinação ao fato por parte de seus executores<sup>374</sup>.

A Corte Suprema de Justiça Peruana, no caso Fujimori, incorporando tal visão do professor Roxin, considerou a elevada predisposição ao fato como um elemento fundante da autoria mediata pelo controle de aparatos de poder (classificando-o como o segundo *pressuposto específico subjetivo*<sup>375</sup>, ao lado da fungibilidade). Tal apreciação traz como consequência o fato de que, se este elemento não for verificado na situação concreta, então não estará configurada a autoria mediata pelo domínio da organização<sup>376</sup>.

Deve-se ainda ressaltar que este requisito está vinculado à “predisposição psicológica” do executor à realização do plano do aparato de poder<sup>377</sup>. Desta feita, seria um “internalizado interesse e convencimento do executor” para a realização do fato que garante o cumprimento da ordem, e não a fungibilidade<sup>378</sup>. São aspectos, portanto, “eminente subjetivos”<sup>379</sup>. Devido a tais pontos, o elemento da elevada disposição ao fato reivindicaria uma “base fática de caráter psicológico”, distintamente do pressuposto da fungibilidade, o qual não poderia ser provado faticamente, dado

<sup>372</sup> ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú. Op. cit. p. 100.

<sup>373</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 101.

<sup>374</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>375</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto... Op. cit. p. 177.

<sup>376</sup> PARIONA ARANA, Raúl. La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori. Op. cit. p. 246.

<sup>377</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 177, tradução nossa.

<sup>378</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 649.

<sup>379</sup> PERU. Loc. cit.

que envolveria um juízo valorativo e hipotético para sua aferição<sup>380</sup>. O elemento aqui analisado traz a concepção de que a predisposição de um indivíduo é uma condição interna que precisa ser provada de forma indireta, a partir das circunstâncias exteriores do fato, como a concessão de recompensas de elevação de posto, gratificações, garantia de impunidade, dentre outras<sup>381</sup>.

Por fim, na visão de Schroeder, essa determinação à realização do fato existe independentemente de uma influência do superior<sup>382</sup>.

Assim, com esse elemento, fecham-se os pressupostos que são exigidos, pela teoria do domínio da organização, para a configuração de uma autoria mediata dos indivíduos que controlam aparatos de poder. No entanto, almejando o naufrágio da tese de Roxin, algumas vertentes doutrinárias erigiram-se, cada qual com olhares próprios. Embora aparentemente não terem logrado êxito na sua empreitada, o debate que engendraram é notável e contribui para um reforço da defesa da autonomia da teoria, como se verá adiante.

### 3.3 A AUTONOMIA DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

Embora a teoria do domínio da organização tenha tido grande acolhida doutrinária e jurisprudencial, alguns autores rejeitam-na como fundamentação teórica idônea para se definir a qualidade da responsabilidade penal daqueles que dirigem aparatos organizados de poder. Assim, surgiram na doutrina distintas “alternativas” para a qualificação da contribuição penal desses agentes: coautoria, autoria acessória, participação moral e cumplicidade (necessária ou não)<sup>383</sup>.

Não obstante as tentativas de refutação da teoria do domínio da organização, Roxin teceu objeções aos opositores à sua tese. Destarte, como se segue, serão expostas as posições específicas de cada corrente doutrinária contrária à existência de uma autoria mediata em virtude do domínio de aparatos de poder, assim como as “réplicas” a tais críticas.

<sup>380</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados... Op. cit. p. 208. As problemáticas que isso envolvem serão analisadas oportunamente.

<sup>381</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit. p. 208.

<sup>382</sup> ROTSCH, Thomas. De Eichmann hasta Fujimori... Op. cit. p. 36.

<sup>383</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas**...Op. cit.

### 3.3.1 A vertente da coautoria

Uma das principais “alternativas” à teoria do domínio da organização é aquela que sustenta que os casos envolvendo a determinação da prática de crimes pelo superior de um aparato de poder devem ser tratados como coautoria. Os principais representantes dessa vertente são Jakobs<sup>384</sup> e Jescheck<sup>385</sup>.

A posição dos defensores da solução dos casos de domínio de organização pelas vias da coautoria tem como ponto de partida teórico uma compreensão restritiva do “princípio de responsabilidade” no âmbito penal<sup>386</sup> (esse posicionamento acaba sendo adotado também por aqueles que se inserem na corrente da opção pela participação moral<sup>387</sup>). Esse “princípio” determina a impossibilidade de existir um autor mediato atrás de um autor inteiramente responsável<sup>388</sup>, pois, entende-se que, quando o autor imediato domina o fato de forma responsável, não seria correto atribuir o domínio do fato também ao indivíduo de trás<sup>389</sup>. Com base nessa ideia reitora, vários juristas entendem que o homem de trás nas organizações não pode ser entendido como um autor mediato<sup>390</sup>, afinal, a adoção de uma autoria mediata nas situações de domínio de organizações estaria em contrariedade a esse princípio. Desse modo, prefere parte da doutrina pela qualificação do agir tanto do homem de trás quanto do executor direto como coautoria. Para Jakobs – talvez o principal expoente da vertente sob comento – os realizadores dos fatos em uma organização, por agirem de modo responsável, não se configuram como instrumento, de modo que o sujeito do qual emana o comando para sua atuação não pode ser autor mediato, pois, esse indivíduo não pode decidir de “forma responsável em último lugar sobre a realização do tipo

---

<sup>384</sup> É preciso aclarar, quanto a isso, que não é possível ter-se certeza do atual posicionamento de Jakobs, pois, em análise do caso Fujimori, entendeu pela não aplicabilidade da coautoria à situação, mas, pela configuração de uma autoria a partir da “violação ao dever oficial” (ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit, p. 325).

<sup>385</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas**... Op. cit.

<sup>386</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>387</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 14; FARALDO CABANA, Patricia. Op. Cit.

<sup>388</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 14. Mais especificamente, o *princípio da responsabilidade* significa que “na medida em que o executor (autor imediato) comete o delito de forma voluntária e consciente não seria possível já falar em domínio do fato em relação a quem o determinou, de forma que o homem de trás não poderia ser considerado autor (mediato), mas mero indutor” (FARALDO CABANA, Patricia. Op. cit., não p., tradução nossa).

<sup>389</sup> ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú. Op. cit. p. 98.

<sup>390</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Op. cit.

penal”<sup>391</sup>. Assim, no entender de Jakobs, com relação às situações que foram até aqui estudadas, imputar-se penalmente ao indivíduo de trás uma autoria mediata é “supérfluo” e “nocivo”<sup>392</sup>. Para ele, nos casos regulares de domínio da organização, pode-se atribuir a responsabilidade aos indivíduos como coautoria; e, nas demais situações, estar-se-ia diante de indução<sup>393</sup>.

Roxin, no entanto, apresentou sua rejeição à possibilidade de haver uma *coautoria* para as situações em que um sujeito que domina um aparato de poder determina a prática de crimes – rejeições que foram, posteriormente, rebatidas por Jakobs<sup>394</sup>.

Inicialmente, Roxin expõe três erros da concepção que adota o “princípio da responsabilidade” como argumento para se excluir a responsabilidade na qualidade de autor daquele sujeito que domina um aparato de poder<sup>395</sup>. O *primeiro* é que o verdadeiro instrumento que permite ao homem de trás a realização de suas ordens é a própria maquinaria de poder, e não apenas o autor imediato; afinal, aquele que atua de forma individual não é decisivo para o agir da organização, pois, é possível que se obtenham vários outros executores dispostos a fazer o que é determinado pelos superiores<sup>396</sup>. Em *segundo lugar*, o executor e o homem de trás detêm diferentes formas de domínio do fato que não se excluem, mas coexistem: aquele possui o domínio da ação, ao passo que esse possui o domínio da organização, tendo assegurado o resultado por meio do aparato de poder à sua disposição, sem a necessidade de praticar o fato com as próprias mãos (esta segurança da execução do fato delitivo é que fundamenta o seu domínio do fato)<sup>397</sup>. Nesse sentido, existindo distintos modos de domínio do fato que podem dar-se simultaneamente e ocorrer de maneira sucessiva, de acordo com as distintas intervenções ao acontecer, o domínio do fato pelo executor não retira o domínio daquele que comanda a organização<sup>398</sup>. Em *terceiro lugar*, nessa modalidade de autoria mediata, não é possível “deduzir autoria e domínio do fato” por déficits do “instrumento” (como ocorre no domínio pela coação

<sup>391</sup> JAKOBS, Günther. Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 103-114. p. 108, tradução nossa.

<sup>392</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. 2.ed. corr. Madrid: M. Pons, 1997. 1113 p. p. 784.

<sup>393</sup> JAKOBS, Günther. Loc. cit.

<sup>394</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 13.

<sup>395</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 14.

<sup>396</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>397</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 15.

<sup>398</sup> ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú. Op. cit. p. 98.



e pelo erro), mas, ela fundamenta-se pela posição do autor no sucesso do acontecimento; desse modo, o domínio do fato do homem de trás está baseado na situação de que ele pode, pelo aparato à sua disposição, produzir um resultado com mais segurança inclusive do que pelos domínios por meio de coação e de erro – os quais são compreendidos, unanimemente, como formas de autoria mediata<sup>399</sup>.

Por conseguinte, pode-se verificar que, nas situações de autoria mediata pelo domínio da organização, têm-se duas formas de domínio do fato que fundamentam distintas autorias: o executor direto possui o domínio da ação, pois, realiza o tipo pelas próprias mãos, de maneira livre e responsável; o sujeito de trás que determina o acontecer delitivo possui o domínio da sua realização, devido à estrutura ao seu dispor e na qual o executor está inserido<sup>400</sup>. Assim, ambos os domínios elevam ambos os sujeitos ao centro do acontecer, sendo as figuras centrais da empreitada delitiva – no sentido da teorização de Roxin –, inclusive pois, na ausência de um deles, não seria possível o desenvolvimento dos acontecimentos criminosos<sup>401</sup>. Verifica-se que existe, aqui, de fato, um autor detrás de outro autor.

Por outro lado, não se tem nos casos de domínio de organização “um acordo criminal comum nem uma execução comum”<sup>402</sup> (componentes nucleares para configuração da coautoria, na visão de Roxin), assim como inexiste uma “coordenação horizontal dos autores em particular”<sup>403</sup>. Faltaria a “execução comum”, como exige o legislador alemão e espanhol, afinal, o autor de trás não possui participação na realização direta do tipo e, muitas vezes, nem conhece o autor direto<sup>404</sup>. Além disso, como asseverado, nem sempre há uma colaboração pela divisão de trabalhos em relação ao fato e não se constata nessas situações uma “união recíproca de cúmplices que colaboram ao mesmo nível, que é característica da coautoria”<sup>405</sup>, ou seja, falta também a horizontalidade distintiva da coautoria, no sentido de que as colaborações ao fato devem dar-se no mesmo nível<sup>406</sup>.

---

<sup>399</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 15.

<sup>400</sup> ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú. Op. cit. p. 98.

<sup>401</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>402</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 97, tradução nossa.

<sup>403</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização... Op. cit. p. 324-325.

<sup>404</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 13.

<sup>405</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit, tradução nossa.

<sup>406</sup> ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú. Op. cit. p. 97.

Jakobs, contudo, busca rebater a crítica construída no sentido de que, nos casos de um “autor intelectual”, não existe um “domínio sobre a execução do fato (sobre a realização do tipo)” como necessita a coautoria, de modo que não se poderia qualificar tais situações com esta forma de concurso de pessoas<sup>407</sup>. Afirma que esse “domínio da execução” que os autores defendem como necessário para configuração da coautoria não se ajusta de forma exata nem nas situações evidentes dessa modalidade de intervenção delitiva<sup>408</sup>. Para ele, tal domínio executivo encontra-se, na sua amplitude, apenas em uma parte no interior do conjunto de agentes executores e de cada um dos indivíduos coautores em si<sup>409</sup>. Nesse sentido, seria admissível que o “autor intelectual” fosse coautor dos autores diretos<sup>410</sup>. Deve-se destacar que, na sua ótica, o “interveniente acessório” – isto é, o superior na organização – pode “agir” na realização do fato, ainda que não por suas próprias mãos<sup>411</sup>. Tal interveniente, caso participe verdadeiramente do fato, pode ter programado a forma de execução do delito e, então, os executores diretos que o põe em prática atuam não apenas para si próprios, mas, igualmente para os “intervenientes acessórios”<sup>412</sup>. E os executores serão, ainda assim, responsabilizados pelo fato como um todo<sup>413</sup>. A partir dessa visão, esse seria um caso de coautoria em que um dos executores (o superior da organização) não intervém na fase de materialização do plano.

Ademais, acerca da crítica de que não haveria outro dos requisitos para constituição de coautoria, a saber, o da “determinação comum” ou “acordo comum” para o fato<sup>414</sup>, Jakobs também busca afastá-la. Na sua concepção, há possibilidade de que a “determinação comum para o fato” suceda-se de forma exclusivamente objetiva, não sendo necessário que alguém que estimula a realização do fato tenha

---

<sup>407</sup> JAKOBS, Günther. Sobre la autoría del acusado... Op. cit. p. 108, tradução nossa.

<sup>408</sup> JAKOBS, Günther. Loc. cit, tradução nossa.

<sup>409</sup> JAKOBS, Günther. Loc. cit.

<sup>410</sup> JAKOBS, Günther. Loc. cit.

<sup>411</sup> JAKOBS, Günther. Beteiligung. In: DÖLLING, Dieter et al (comp.). **Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht ; Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag.** Berlin: Duncker & Humblot, 2003 apud JAKOBS, Günther. Sobre la autoría del acusado... Op. cit. p. 109, tradução nossa.

<sup>412</sup> JAKOBS, Günther. Beteiligung. Op. cit. apud JAKOBS, Günther. Sobre la autoría del acusado... Op. cit. p. 109, tradução nossa.

<sup>413</sup> JAKOBS, Günther. Sobre la autoría del acusado... Op. cit. p. 109.

<sup>414</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 13; ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú. Op. cit. p. 97, tradução nossa.

conhecimento se está compelindo tal realização e, de acordo com a situação, a quem está compelindo<sup>415</sup>.

Relativamente a essas fundamentações costuradas por Jakobs com o fim de arredar as críticas à sua teorização, Roxin rasga-as ao meio<sup>416</sup>. Reitera o professor de Munique que uma coautoria em situações de domínio de aparatos de poder apenas seria viável em se rejeitando o pressuposto da “decisão comum para o fato”, o que é complicado de ajustar face à determinação da lei alemã da necessidade de existência de uma “realização comum”<sup>417</sup>. Outrossim, partindo das lentes de Jakobs, a “ordem” que parte do superior precisaria ser estimada enquanto componente constitutivo “de uma ‘execução comum’”, o que, porém, diverge do entendimento manifesto de que a “ordem” e a “execução” são distintos conceitos<sup>418</sup>. Ademais, não se pode acatar a fundamentação de Jakobs de que haveria uma coautoria devido ao fato de o homem de trás traçar um planejamento que é utilizado pelo executor, pois, “quem desenha um plano a ser realizado pelo executor do delito é, precisamente em virtude disso, somente instigador e não coautor”<sup>419</sup>. Com esses argumentos, parece que a posição de Jakobs têm dificuldades em encontrar escoras para sustentação.

Jescheck e Weigend<sup>420</sup>, igualmente criticando a autoria pelo domínio da organização, defendem que tal forma de intervenção delitiva se verifica apenas caso os executores não sejam totalmente responsáveis, caso contrário, o superior é compreendido como um coautor, pelo fato de controlar o aparato. Aqui, a “decisão comum ao fato é construída pela consciência dos dirigentes e executores de que um fato determinado ou vários fatos do mesmo tipo devem ser efetuados segundo” as orientações dos “dirigentes”<sup>421</sup>. Contudo, para além das críticas já tecidas ao princípio da responsabilidade que aqui também se aplicam (pois o princípio aparenta ser adotado igualmente por esses autores), entra a crítica de Herzberg a esse posicionamento, pois, as bases aqui utilizadas para definir as situações como

<sup>415</sup> JAKOBS, Günther. Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori. Op. cit. p. 109

<sup>416</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização... Op. cit. p. 319.

<sup>417</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 325.

<sup>418</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>419</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>420</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil**. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 670 apud HERZBERG, Rolf Dietrich. La Sentencia-Fujimori: Sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 125-140. p. 139.

<sup>421</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts...** Op. cit. p. 670 apud HERZBERG, Rolf Dietrich. La Sentencia-Fujimori... Op. cit. p. 139, tradução nossa.

coautoria (a consciência da necessidade de realização dos fatos, para Jescheck e Weigend) são constatáveis também na instigação, não sendo devida sua utilização para a definição da coautoria<sup>422</sup>. Portanto, parece que as posições de Jescheck e Weigend padecem da mesma carência de sustentação da de Jakobs.

Deve-se destacar, contudo, que, embora a coautoria não seja a resposta mais adequada para todas as situações de domínio de organizações, isso não retira a possibilidade de em um aparato de poder se constatarem casos de tal modalidade de intervenção delitiva, como se analisará quando do estudo da distribuição de responsabilidades nessas estruturas.

E ao lado do caminho da coautoria – mas ainda refutando a teoria do domínio da organização – alguns autores compreenderam como sendo a via da participação moral a solução mais adequada para as situações de domínio de organizações aqui tratadas. Pela quantidade de posições favoráveis a essa ideia, pode-se dizer que constitui uma vertente própria que merece análise.

### 3.3.2 A vertente da participação “moral”

Outra alternativa à imputação penal daquele que dirige um aparato de poder delitivo é a participação moral (induzimento/instigação). Os principais partidários dessa posição são Herzberg, Köhler, Renzikowski e Gimbernat Ordeig<sup>423</sup>, assim como, eventualmente, Weigend<sup>424,425</sup>. Aqui, será analisada principalmente a teorização de Herzberg acerca da instigação, especialmente devido a o seu posicionamento ter assumido maior repercussão, a ponto de engendrar um debate doutrinário com Roxin.

Analisando o caso Fujimori e, também, as discussões em torno da imputação penal que se aplica ao indivíduo que determina a realização de fatos em aparatos de poder, Herzberg assevera que a autoria mediata não pode ser admitida como

---

<sup>422</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. La Sentencia-Fujimori... Op. cit. p. 125-140.

<sup>423</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...** Op. cit.

<sup>424</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 322.

<sup>425</sup> Como escreve Nilo Batista (em BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes...** Op. cit. p. 130), a autoria mediata está em uma área “limítrofe” entre a “autoria direta” e “a participação por instigação”. Talvez, por isso, uma série de autores que não aceitam a existência de uma autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder afirmam, ao contrário, que existe somente um induzimento/instigação por parte do homem de trás em tais casos.

totalmente adequada nesse campo, em detrimento da instigação<sup>426</sup>. Assim, não se deveria tentar afirmar se precisa ser adotada a autoria mediata *ou* a instigação como forma de responsabilização<sup>427</sup>. É necessário analisar se, de acordo com o tamanho de uma estrutura de poder, aquilo que antes seria compreendido apenas como instigação poderia passar a ser entendido como instigação e, conjuntamente, como autoria mediata – ainda assim, não se trata de incluir ao lado da instigação uma autoria mediata que teria preponderância enquanto “fundamento penal”<sup>428</sup>. Todavia, Herzberg apenas aponta esse questionamento que demanda análise, sem conceder uma resposta.

Herzberg entende, ademais, que, nos casos de aparatos de poder, a “instigação (em cadeia)” – a qual está presente nos casos e sem discussão – abrange todas as situações<sup>429</sup>. E, no caso dos Códigos Penais alemão e peruano, tal forma de intervenção leva à mesma quantia de pena da autoria e não pode ser motivo de uma diminuição da sanção a ser aplicada<sup>430</sup>. Por isso, argumenta o autor não compreender por que, no caso de domínio por organização, não se restringe a autoria aos executores diretos responsáveis, ao invés de ampliá-la de modo desnecessário aos superiores<sup>431</sup>.

Outrossim, a inexistência em todos os executores de uma firme predisposição à execução de toda ordem conduziria a que nem sempre se tivesse uma autoria mediata do homem de trás, a partir do controle do aparato de poder<sup>432</sup>.

Roxin já se opõe à última argumentação de Herzberg, trazida no parágrafo anterior, afirmando que situações de tal espécie apenas demonstram que também a autoria mediata pelo domínio da organização está sujeita a falhas<sup>433</sup>. Além disso, a rejeição de Herzberg à teoria do domínio da organização se deve a uma visão acerca do princípio do domínio do fato, segundo a qual é necessário deixar de lado a busca pela definição de autoria a partir de um real poder de controle<sup>434</sup>, devendo-se, assim,

<sup>426</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. La Sentencia-Fujimori... Op. cit. p. 130.

<sup>427</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Loc. cit.

<sup>428</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Loc. cit.

<sup>429</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Ibidem. p. 136.

<sup>430</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Loc. cit.

<sup>431</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Loc. cit.

<sup>432</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Ibidem. p. 137.

<sup>433</sup> ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. **Revista Penal**, [s.l.], n. 2, p. 61-65, 1998. Disponível em: <<https://bit.ly/2qgRbWk>>. Acesso em: out. 2017; HERZBERG, Rolf Dietrich. Op. cit. p. 137. Sobre essa questão, será realizado detido exame no capítulo destinado às críticas à fungibilidade do executor.

<sup>434</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 320; HERZBERG, Rolf Dietrich. Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen. In:

caso se utilize um conceito de domínio do fato, compreendê-lo “normativamente” e não “em sentido fático-naturalístico”<sup>435</sup>. A partir da ideia normativa, o domínio do fato seria dependente de “que nenhuma ação alheia, punível segundo a respectiva norma, esteja conectada à produção do resultado típico”<sup>436</sup>. Por conta disso, no domínio pelo aparato de poder, devido à ação punível do executor não seria possível a autoria mediata do indivíduo de trás<sup>437</sup>. Todavia, para além de a teorização de Herzberg ruir frente ao *art. 25, III, a)*, do Estatuto de Roma, o qual estabelece a possibilidade de haver um autor por detrás de uma pessoa responsável<sup>438</sup>, é possível argumentar-se que, ainda que se atribua uma predileção, como é feito por Roxin, ao “domínio real da realização do tipo”, por detrás disso há uma noção central de carácter normativo: os “principais responsáveis por um fato típico devem ser condenados como autores, ao passo que os personagens periféricos (responsáveis secundários) devem ser considerados partícipes”<sup>439</sup>.

Roxin, ademais, rejeitando a possibilidade de as hipóteses aqui estudadas serem enquadradas como *indução*, argumenta que, embora a descrição da hipótese de autoria mediata pelo domínio da organização possua um aspecto em comum com a indução – qual seja, o de que o homem de trás provoca aquele que executa o fato de forma imediata – o “peso objetivo das contribuições ao fato está dividido de modo inverso” entre essas formas<sup>440</sup>. Enquanto o indutor fica fora do sucesso do acontecimento e deixa ao autor imediato as decisões sobre a execução do fato, o homem de trás, em uma organização que visa praticar fatos delitivos, toma a decisão determinante sobre as suas realizações, chegando o autor direto, quase sempre, apenas à situação de execução<sup>441</sup>. Tem-se, portanto, uma distinção na divisão de poder que não permite equiparar ambas as situações<sup>442</sup>. Além disso, o instigador precisa procurar um dado indivíduo para a realização do fato, isto é, ele precisa de “um autor, ou – em caso de instigação em cadeia – de outros instigadores, e depende

---

AMELUNG, Knut (Hrsg.). **Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft**. Pro Universitate Verlag, 2000 apud ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 320.

<sup>435</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Op. cit. p. 40 apud ROXIN, Claus. Op. cit. p. 320.

<sup>436</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Op. cit. p. 40 apud ROXIN, Claus. Op. cit. p. 320.

<sup>437</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 321.

<sup>438</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>439</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 321-322.

<sup>440</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 13, tradução nossa.

<sup>441</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>442</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

das decisões desses”<sup>443</sup>. De modo distinto ocorre com o superior na organização, o qual precisa unicamente emanar um comando e encarregar o resto ao mecanismo do próprio aparato<sup>444</sup>, podendo esperar o desenrolar do fato de forma praticamente automática<sup>445</sup>. Outro ponto é o de que o instigador é uma “figura secundária” na realização delitiva, sendo que sua atuação pode receber a mesma carga penal do autor apenas devido ao seu aspecto “causal” e, ainda assim, com uma questionável fundamentação; por outro lado, aquele que controla o aparato de poder é a “figura central” do acontecer delitivo<sup>446</sup>. De modo próximo a isso, importa aclarar que o uso de uma estrutura de poder evidencia uma mais perigosa ofensa ao bem jurídico do que um mero estímulo ao executor para a prática do delito, estímulo esse que, ressalte-se, não é vinculante<sup>447</sup>. Por fim, a autoria mediata, nas condições de um aparato de poder, não se fundamenta em uma pressão que se põe sobre o autor direto responsável, mas, sustentar-se-ia na fungibilidade do perpetrador, visto que integra uma organização desvinculada do Direito<sup>448</sup>.

A partir dessas fundamentações de Roxin, pode-se dizer que, tal como sofre a vertente da coautoria, a da participação moral também parece padecer de dificuldades para se sustentar como uma alternativa convincente à responsabilização daqueles que dominam aparatos de poder. Ainda assim, eventualmente, pode verificar-se em um aparato de poder, como também se verá quando do exame da distribuição de responsabilidade em estruturas hierarquizadas. Com essa proposta de participação moral, todavia, ainda não se têm todas as opções de substituição à teoria do domínio da organização.

### 3.3.3 Outras alternativas ao domínio da organização

Cabe apenas deixar registrado que alguns outros autores defendem a configuração, nos casos aqui discutidos, de outras formas de intervenção delitiva que não coautoria ou participação moral.

---

<sup>443</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização... Op. cit. p. 322.

<sup>444</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 322-323.

<sup>445</sup> ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú. Op. cit. p. 97.

<sup>446</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>447</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 323.

<sup>448</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 324.

Bocklemann e Volk, rechaçando a possibilidade de uma coautoria (pela ausência de uma decisão comum) e de uma autoria mediata (devido à plena responsabilidade dos executores), propugnam pela configuração de uma autoria acessória<sup>449</sup>. Tal forma de autoria pauta-se por uma ausência de coordenação entre os distintos comportamentos individuais de autoria que levaram ao crime ou a uma ciência unicamente unilateral da operação em conjunto<sup>450</sup>. Entretanto, a arquitetura dessa teoria não se encaixa nos casos analisados, eis que, neles, há uma ciência bilateral e mútua do agir de cada indivíduo, mas sem chegar a instituir a “decisão comum” que é pressuposto da coautoria<sup>451</sup>.

Outra possibilidade defendida por Gómez Rivero e Hernández Plasencia é a de que, no domínio da organização, deveriam ser responsabilizados na qualidade de “cúmplices ou cooperadores necessários todos os integrantes da cadeia de mando que transmite a ordem, incluindo o primeiro elo, mas com exceção do último, isto é, do que se põe em contato diretamente com o executor material, que seria indutor”<sup>452</sup>. Todavia, como entende Patricia Faraldo Cabana, não é valorativamente correto definir o indivíduo que emite a ordem como partícipe daquele que a realiza<sup>453</sup>.

Com essas duas últimas teorias, completam-se, portanto, as alternativas propostas à teoria do domínio da organização. E percebe-se que também elas não permitem derrubar por completo aquela construção de Roxin.

Por fim, embora não constitua propriamente uma alternativa, deve-se tratar de uma última objeção às teorizações do professor de Munique que tangencia um ponto que demanda esclarecimento.

### 3.3.4 Breve consideração a respeito da distinção entre influência e domínio

Cabe mencionar que Weigend<sup>454</sup> também constrói algumas objeções à teoria de Roxin e que perpassam por uma ideia de influência e domínio cuja distinção se faz necessária.

---

<sup>449</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...** Op. cit.

<sup>450</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>451</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>452</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Ibidem., não p., tradução nossa.

<sup>453</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>454</sup> WEIGEND, Thomas. Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept. **Journal of International Criminal Justice**, [s.l.], Volume 9, Issue 1, p. 91-111, 1



Para o Professor alemão da Universidade de Cologne, na teoria do domínio da organização haveria uma busca inócua por uma “clara delimitação entre a mera influência (que é punível como instigação ou cumplicidade) e o domínio de uma pessoa”<sup>455</sup>. No entanto, analisando essa e outras críticas tecidas pelo autor, Roxin argumenta e esclarece que a autoria mediata “não consiste no ‘domínio do executor (*Beherrschung des Ausführenden*), mas sim no ‘domínio da realização do tipo’ (*Beherrschung der Tatbestandsverwirklichung*)”<sup>456</sup>. Assim, embora o “domínio da realização do tipo” possa ser atingido pelo “domínio do executor” (como no caso de coação, uso de crianças etc.), esse não é o único meio<sup>457</sup>. A teoria do domínio pelo aparato de poder, destarte, está ligada às situações em que o perpetrador atua sem estar “sob o domínio de outro” e, também, “de maneira inteiramente responsável”<sup>458</sup>. Nesse sentido, diferentemente do que defende Weigend, aqui não se trata de uma procura por demarcação entre “a influência (a) e o domínio (de) uma pessoa”<sup>459</sup>, trata-se apenas da análise do domínio de uma realização típica exercido, principalmente, por meio de uma maquinaria de poder. E deve-se ressaltar que o “domínio sobre o resultado típico” acresce para o indivíduo que controla uma estrutura de poder, dado que não necessita obrigatoriamente de um específico autor, mas, ao contrário, possui vários subalternos que asseguram a realização do fato prescrito<sup>460</sup>.

Com o esclarecimento ligado à objeção da posição de Weigend, portanto, conclui-se por definitivo a análise das correntes doutrinárias que, principalmente em face da estruturação teórica original de Roxin, soergueram-se com o objetivo de refutá-la por completo. Todavia, a partir das críticas expostas a cada uma delas, percebe-se que as teorizações de Roxin permanecem adequadas para a definição da responsabilidade dos controladores de estruturas de poder hierárquicas, aparentando ainda gozarem de grande autonomia. Mesmo assim, a teoria merece alguns exames de um ponto de vista crítico e, talvez, deva ser matizada em alguns aspectos.

---

March 2011. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/article/9/1/91/911056>>. Acesso em: ago. 2018. p. 103.

<sup>455</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 317.

<sup>456</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>457</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>458</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 318.

<sup>459</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>460</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

## 4 APROXIMAÇÃO CRÍTICA AOS PRESSUPOSTOS DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E A HIERARQUIA DO AUTOR MEDIATO

No capítulo precedente, discorreu-se acerca de praticamente toda a teoria clássica da autoria mediata verificada pelo domínio de aparatos organizados de poder, agregando-se algumas complementações doutrinárias e jurisprudenciais. Passando dos casos de aplicabilidade da teoria para os seus pressupostos de configuração, findando no embate travado frente a outros títulos de imputação penal, foi possível compreender como se estruturou dogmaticamente ao longo de anos a concepção originalmente apresentada por Roxin. Não se chegou, porém, à estação final desse trilho. Afinal, a teoria sofreu intenso ataque, de todos os lados e em todos os seus alicerces. Isso contribuiu para o reforço de alguns de seus elementos e a derrocada de outros. Por essas razões, passa-se no momento a um exame crítico de praticamente todos os pressupostos da teoria do domínio da organização e de suas implicações. A maioria das posições a seguir apresentadas, diversamente daquelas do último subcapítulo anterior, acabam por adotar as ideias de Roxin, mas destinam diferentes visões aos elementos da teoria, seja para melhor estruturar alguns ou afastar outros. Portanto, busca-se aqui, ao fim, revelar as distintas posições doutrinárias e jurisprudenciais críticas sobre os temas e, quiçá, contribuir para um desenvolvimento e aperfeiçoamento da teoria.

### 4.1 A CONFIGURAÇÃO DA ESTRUTURA HIERÁRQUICA

Embora a necessidade de uma estrutura hierárquica para conformação de uma autoria mediata pelo domínio de aparatos de poder não tenha sido apresentada, de forma manifesta por Roxin, como um requisito seu e tenha sido delineada com maior minúcia pela Corte Suprema de Justiça do Peru, acabou sendo objeto de ulteriores análises e críticas.

De início, insta mencionar que Herzberg questiona sobre em que momento o “poder do superior para dar ordens a outras pessoas” atinge o “potencial específico de um ‘aparato de poder organizado’”<sup>461</sup>. Ademais, para se determinar em que caso

---

<sup>461</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. La Sentencia-Fujimori... Op. cit. p. 131, tradução nossa.

há um aparato de poder, caso o juiz estipule “limites entre ‘ainda não’ e ‘agora sim’, segundo número e tempo”, a delimitação ficaria sujeita à sua discricionariedade<sup>462</sup>.

Para além dessas críticas atinentes ao momento em que se pode constatar a existência de um aparato de poder, outra problemática gira em torno do conceito de organização que dá base à teorização de Roxin<sup>463</sup>. Osiel criticou a concepção de Roxin no sentido de que estaria excessivamente preocupada com o aparato formal e burocrático estatal<sup>464</sup>. O olhar crítico foi dirigido com o fundamento de que a teoria do professor alemão estaria, assim, pautada na configuração de uma “burocracia formal rígida” nos moldes do tipo-ideal burocrático de Weber, sendo que ela teria sido desenvolvida a partir dos entendimentos de Roxin acerca do exército prussiano<sup>465</sup>. As características elementares da burocracia, todavia, estão claramente ausentes naquelas organizações sociais pelas quais muitas atrocidades em massa são provocadas e, hodiernamente, pouco do tipo-ideal de burocracia weberiana permaneceria aplicável à maioria das estruturas organizacionais<sup>466</sup>. Ao contrário do que entenderia Roxin, as práticas de “atrocidades em massa” possuem uma dimensão de caráter “informal, assistemático, e descentralizado”, mais do que aspectos hierárquicos que envolvem uma cadeia de mando<sup>467</sup>.

No mesmo sentido da crítica de Osiel, Manacorda e Meloni argumentam que a concepção *roxiniana* de autoria mediata pelo domínio da organização é adequada para qualificar a intervenção criminal nos limites de estritos “contextos hierarquicamente estruturados”, como nos delitos realizados no regime nazista ou na “Alemanha Comunista”, para os quais a tese foi originariamente estruturada<sup>468</sup>. Porém, é adequada em menor medida para os delitos realizados nos âmbitos de

<sup>462</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. La Sentencia-Fujimori... Op. cit. p. 131.

<sup>463</sup> AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. **InDret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, 25 p., jul. 2011. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/839.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2017. p. 4.

<sup>464</sup> OSIEL, Mark. **Making sense of mass atrocity**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 96.

<sup>465</sup> OSIEL, Mark. Ibidem. p. 100. No mesmo sentido e do mesmo autor, cf. OSIEL, Mark. **Perpetration by Hierarchical Organization**. The Hague, 22 apr. 2009. Guest Lectures Series of the Office of the Prosecutor. ICC-CPI.

<sup>466</sup> OSIEL, Mark. **Making sense of mass atrocity**. Op. cit. p. 98, 100.

<sup>467</sup> OSIEL, Mark. Ibidem. p. 99, tradução nossa.

<sup>468</sup> MANACORDA, Stefano; MELONI, Chantal. Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?. **Journal of International Criminal Justice**, [s.l.], Volume 9, Issue 1, p. 159-178, 1 March 2011. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/issue/9/1>>. Acesso em: 27 set. 2018. p. 171, tradução nossa.

“estruturas de poder informais”, como nos conflitos que se passaram na África e que, hoje, encontram-se sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional<sup>469</sup>.

Primeiramente, acerca das alegações de Herzberg, Roxin refuta-as no sentido de que, embora – como ocorre em geral no Direito – existam problemas de demarcação em sua teoria, a rejeição de Herzberg, daquele modo amplo, é descomedida<sup>470</sup>. Afinal, no “crime estatal sistemático” é clara a existência de um indivíduo que age “por detrás” e que tem à disposição um “aparato organizado de poder”, cuja carência de específicos empreendimentos teóricos de demarcação funda-se na inexistência mesma de incertezas<sup>471</sup>. Por outro lado, verdade é que nos casos de “organizações terroristas ou mafiosas, ou ainda no âmbito de guerras tribais africanas”, é mais complicado determinar a presença de uma estrutura hierárquica de poder que funciona com o aporte de “forças fungíveis”<sup>472</sup>. Nesses casos, porém, para Roxin e para a jurisprudência internacional, ainda é possível entender pela existência de uma autoria mediata em decorrência do “aparato” verificado, como se verá adiante<sup>473</sup>.

Kai Ambos, por sua vez, defende que a crítica tecida por Osiel é incorreta se considerada de um modo global<sup>474</sup> – o que leva a crer que, por consequência, também a objeção de Manacorda e Meloni não se sustenta. Kai Ambos chegou à conclusão de que igualmente podem constituir o alicerce “de um domínio da organização” os componentes “estruturais ‘informais’ e ‘brandos’”, tal qual “a vinculação a um ‘líder tribal’ (*Stammesführung*), as normas de conduta de um grupo ético [sic], o recrutamento de soldados-crianças ou um regime de treinamento militar brutal”<sup>475</sup>, o que é corroborado quando o jurista traz o reconhecimento realizado pela Sala de Assuntos Preliminares do Tribunal Penal Internacional, no caso Katanga e Ngudjolo Chui<sup>476</sup>. Além disso, o próprio Roxin aceitava a ideia da possibilidade de existência de uma autoria mediata pelo domínio de organizações fora do âmbito estatal (ao contrário

<sup>469</sup> MANACORDA, Stefano; MELONI, Chantal. Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise... Op. cit. p. 171, tradução nossa.

<sup>470</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 330.

<sup>471</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>472</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>473</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>474</sup> AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. Op. cit. p. 4.

<sup>475</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 331.

<sup>476</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 12-13; INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. Decision On The Confirmation Of Charges nº ICC-01/04-01/07. The Hague, 30 sep. 2008. **The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui**, The Hague, 2008. Disponível em: <[https://www.legal-tools.org/en/browse/ltfolder/0\\_629/#results](https://www.legal-tools.org/en/browse/ltfolder/0_629/#results)>. Acesso: nov. 2017. p. 175.

do que vê Osiel), ainda que apenas naquelas que se constituíssem como um “Estado dentro do Estado”<sup>477</sup>. Não obstante, defende Kai Ambos a necessidade de “matizações” do conceito *roxiniano* de organização para que se possa aperfeiçoar sua teoria, em especial sob as lentes do Direito Penal Internacional<sup>478</sup>.

Para atingir esse aperfeiçoamento e buscar maior concretude na definição do que é uma estrutura de poder, Kai Ambos postula pela diferenciação das organizações entre estruturas de poder *estatais* e *não estatais* e, com relação às últimas, divide-as em formais e informais<sup>479</sup>. Ainda, entende ser possível um domínio pela organização apenas onde haja uma “organização hierarquicamente estruturada com um número suficientemente elevado de executores fungíveis”<sup>480</sup>.

Com relação ao modo como o aparato de poder delitivo não estatal precisa ser para que possa fundamentar uma autoria mediata do(s) superior(es) que o dirige(m), a perspectiva prática do Direito Penal Internacional, a partir dos confrontos africanos, traz importante substrato para exame<sup>481</sup>. Sobre esse material, percebe-se que a concepção de uma organização formal nos moldes da burocracia ocidental acaba não sendo necessária, às vezes, para se coordenarem forças de combate, em especial quando seus integrantes já estão conectados por anos de convívio pessoal<sup>482</sup>. Esse vínculo construído está ligado, por exemplo, a um crescimento em conjunto na mesma vila, em vilas próximas ou, ainda, a conexões tribais comuns<sup>483</sup>. Isso acaba levando a uma atribuição de autoridade “pessoal” aos líderes das milícias, garantindo-lhes um controle dos integrantes da organização e dela própria<sup>484</sup>. Ademais, pelo recrutamento de crianças, em agrupamentos violentos<sup>485</sup>, e sua submissão a doutrinações e regimes de treinamento estritos, consegue-se estabelecer uma “cultura de mando” e uma “obediência (cega)”<sup>486</sup>. Com isso, percebe-

---

<sup>477</sup> AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. Op. cit. p. 9; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 277.

<sup>478</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 4.

<sup>479</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 10. Sobre o assunto, é interessante também conferir o que Patricia Faraldo Cabana escreve sobre os distintos modos de configuração de aparatos organizados de poder (FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...** Op. cit.).

<sup>480</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 10, tradução nossa.

<sup>481</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 15.

<sup>482</sup> OSIEL, Mark. **Making sense of mass atrocity**. Op. cit. p. 103.

<sup>483</sup> OSIEL, Mark. Loc. cit.

<sup>484</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 16.

<sup>485</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. Decision On The Confirmation Of Charges... Op. cit. 175.

<sup>486</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 15, tradução nossa.

se ser fulcral que o domínio suficiente sobre os executores físicos também se atinja por outros meios para além de uma organização extremamente formal e puramente hierárquica<sup>487</sup>. Assim, tais organizações dotadas de elementos estruturantes informais acabam por substituir ou complementar a paradigmática estrutura unicamente hierárquica e anônima das organizações burocráticas<sup>488</sup>. Isso não exprime a inexistência por completo, em tais casos, de uma estrutura hierárquica e vertical com uma clara cadeia de comando, mas, acaba por fundamentar a possibilidade de domínio sobre os executores não primordialmente em formalidades – como a “formalidade de uma hierarquia” – mas também em aspectos mais fracos<sup>489</sup>. Tais caracteres, conjuntamente, constroem uma espécie “de autoridade ‘pessoal’” ao redor “do líder das milícias”, o que assegura o domínio da estrutura e de seus membros<sup>490</sup>. Destaque-se, no entanto, que essa autoridade de caráter pessoal não retrata obrigatoriamente que o “líder conheça pessoalmente” todos os integrantes de seu aparato ou que a realização dos comandos se fundamente em um relacionamento pessoal próximo entre os subordinados e o líder<sup>491</sup>. Inclusive, uma excessiva pessoalização das relações levaria

a que la influencia represiva para la actuación que surge de la cúspide de la organización y que garantiza la ejecución de la orden se debilitara de tal modo que desaparecieran los controles basados en la relación de subordinación entre la cúpula de la organización y sus miembros.<sup>492</sup>

Nesse sentido, como Roxin já havia teorizado, deve-se sublinhar que não haverá uma maquinaria de poder quando uma coletividade de indivíduos une-se apenas por “recíprocas relações pessoais”<sup>493</sup>. Destarte, a manutenção do aparato de poder necessita estar desvinculada da mudança de membros, precisando, por isso, atingir um certo tamanho, além de que tal aparato precisará ter à disposição uma quantidade suficiente de sujeitos “dispostos a intervir”<sup>494</sup>. Portanto, pode-se concluir que

<sup>487</sup> OSIEL, Mark. **Making sense of mass atrocity**. Loc. cit. p. 99. p. 114.

<sup>488</sup> AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. Op. cit. p. 15-16.

<sup>489</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 16, tradução nossa.

<sup>490</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>491</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>492</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>493</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 331.

<sup>494</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

la organización tiene que estar estructurada jerárquicamente y debe ser grande, de tal manera que la influencia represiva para la actuación que parte del vértice de la organización pueda ser transmitida de manera anónima a todos los miembros (tanto los conocidos personalmente como los que no) con la firmeza suficiente.<sup>495</sup>

Dessa forma, sendo suficientemente grande e estruturada com aspectos hierárquicos, pode-se dizer que determinada organização será dotada das características necessárias para se constituir em um verdadeiro aparato de poder. Permitirá, assim, qualificar aquele que a comanda como autor mediato dos delitos a partir dela praticados.

Por derradeiro, cabe tecer breve exame do elemento sob estudo, em especial a partir do modo como a Corte Suprema peruana, no caso Fujimori, manejou-o.

Para Iván Meini, não é seguro que a autoria mediata em virtude do domínio de aparatos de poder pressuponha, sempre, uma “estrutura organizada”, como descreveu a Corte Suprema de Justiça do Peru<sup>496</sup>. O que a Corte definiu como “atribuição *hierárquica* de papéis” e “funcionamento automático do aparato” corresponde a “*distribuição hierárquica de papéis para a comissão do delito*”, sendo que o “*funcionamento automático na execução do delito*” é igualmente verificável em situações diversas daquelas ligadas às estruturas organizativas hierárquicas<sup>497</sup>. Por conta disso, mais relevante do que a “hierarquia no interior da organização” seria a “hierarquia na execução do delito”<sup>498</sup>. Com isso, Iván Meini admite que, embora o melhor contexto para que exista um controle da estrutura organizativa seja em uma organização hierarquizada, o domínio ainda pode existir no seu exterior<sup>499</sup>. Isso, porém, parece um tanto temerário. Já foram demonstrados os questionamentos e dificuldades que envolvem a definição do que é um aparato de poder hierárquico delitivo que permite fundamentar a autoria mediata daqueles que o dirigem. Então, demonstrar a configuração de uma hierarquia no momento de realização do delito seria, possivelmente, ainda mais árduo. Sem contar que, na ausência de uma organização prévia, seria complicado reconhecer o pressuposto da fungibilidade que embasa a segurança do resultado e, conseqüentemente, a autoria mediata do homem

<sup>495</sup> AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. Op. cit. p. 16.

<sup>496</sup> MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori... Op. cit. p. 217.

<sup>497</sup> MEINI, Iván. Ibidem. p. 218, grifo do autor, tradução nossa.

<sup>498</sup> MEINI, Iván. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>499</sup> MEINI, Iván. Loc. cit.

de trás. Afinal, ela se configura a partir de uma quantidade suficiente de executores disponíveis para a prática delitiva.

Outro ponto a ser destacado da sentença de Fujimori é que o “funcionamento automático do aparato” parece referir-se, em verdade, à fungibilidade dos autores diretos, de modo que não se enquadraria enquanto requisito geral da autoria mediata pelo domínio do aparato de poder<sup>500</sup>. Com isso, tem-se a consequência de que, caso se descartasse o “funcionamento automático do aparato” (ou a própria fungibilidade, a qual a ele equivaleria) como pressuposto fundamental do domínio da organização (inclusive, fazem-no alguns autores), ele remanescerá como um *aspecto* do grupo, porém, “não como um componente constitutivo do domínio”<sup>501</sup>.

Do exposto, possível retirar a conclusão de que a existência de um aparato hierárquico de poder é a base para imputação da responsabilidade penal a título de autor daquele que o dirige. Tal aparato, porém, poderá ser constituído tanto formalmente (como uma estrutura burocrática estatal) ou informalmente (como milícias, grupos paramilitares etc.). E, em sentido diverso do que defende Iván Meini, na ausência de uma estrutura nesses termos, poderia sim se verificar uma autoria mediata do homem de trás, mas, parece que não pelos fundamentos da teoria aqui analisada, e sim por outras formas (coação, erro, dentre outras). Ademais, fica nítida a possibilidade de empresas constituírem-se em aparatos de poder, desde que dotadas com as principais características apresentadas anteriormente. Todavia, para definir a possibilidade de aplicação nelas da teoria do domínio da organização, precisa-se passar por mais alguns de seus requisitos. Desse modo, uma análise mais detida da estruturação das empresas em aparatos de poder e dos pressupostos da teoria do domínio da organização a elas relacionados será realizada em um momento posterior, em capítulo apartado.

Deve-se destacar, contudo, que não só o “pressuposto geral” da teoria de Roxin aqui apresentado sofreu exames e críticas, mas principalmente cada um dos elementos “específicos” que a compõem, desde o poder de mando até a desvinculação do Direito por parte do aparato. Nesse sentido, portanto, deve-se seguir para analisar a questão da estatura hierárquica em que um indivíduo precisa se localizar para que possa ser considerado autor mediato – ponto nefrálgico esse que

---

<sup>500</sup> MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori... Op. cit. p. 218. De fato, a maioria dos autores refere-se à segurança do resultado e ao funcionamento automático da maquinaria como características do atuar das organizações e vinculadas ao pressuposto da fungibilidade dos executores.

<sup>501</sup> MEINI, Iván. Op. cit. p. 218, tradução nossa.



não recebeu tanta atenção da doutrina na forma como alguns dos demais elementos da teoria do domínio da organização receberam.

#### 4.2 DISTRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM ESTRUTURAS HIERARQUIZADAS: O NÍVEL HIERÁRQUICO DO AUTOR MEDIATO

Como decorrência das análises sobre o poder de mando que caracteriza a forma de autoria mediata aqui examinada, surgiu interessante e controvertida questão que será agora desenvolvida: qual deve ser a hierarquia do indivíduo, no aparato de poder, para que possa ser reconhecido como autor mediato dos delitos realizados por meio da organização. Ao ser isso definido, tem-se mais claro a que título deverá se dar a imputação criminal de cada indivíduo envolvido de algum modo com a cadeia de comando. Afinal, no atuar de um aparato delitivo, é manifesta a existência também de situações de “coautoria, indução ou cumplicidade”<sup>502</sup>.

A problemática ora tratada verifica-se, por exemplo, a partir do caso Eichmann. Como trazido anteriormente, os escritos de Hannah Arendt<sup>503</sup> revelam que o militar nazista não se encontrava na cúspide da estrutura de poder alemã, mas, ainda assim, Roxin considerava-o como um autor mediato dos delitos praticados por seus subordinados.

Roxin adota a possibilidade de existência de uma larga cadeia de “autores detrás do autor”, o que não se opõe à viabilidade em se falar que alguém situado em uma hierarquia *intermediária* possa exercer o controle de uma situação e ser um autor mediato<sup>504</sup>. Então, a partir da definição de poder de mando, tem-se a possibilidade de que “possam encontrar-se nos distintos níveis da hierarquia de mando vários autores mediatos em cadeia”<sup>505</sup>.

Nessa esteira, autor mediato não será apenas o comandante supremo de uma estrutura organizativa, mas “todo aquele que no âmbito da hierarquia transmite a instrução com poder de mando autônomo”<sup>506</sup>. Deve-se destacar que o domínio pela

<sup>502</sup> ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. **Revista Penal**, [s.l.], n. 2, p. 61-65, 1998. Disponível em: <<https://bit.ly/2qgRbWk>>. Acesso em: out. 2017. p. 64, tradução nossa.

<sup>503</sup> ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Op. cit.

<sup>504</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 276.

<sup>505</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 16, tradução nossa.

<sup>506</sup> ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Op. cit. p. 64, tradução nossa.

parte superior da organização se vê viabilizado pelo fato de que, desde o plano até a execução do delito, cada instância dirige de forma gradual a parte da cadeia que dela desponta<sup>507</sup>. Assim, um dirigente, aqui, é apenas o elo de uma cadeia que vai até o topo, chegando ao primeiro que dá as ordens<sup>508</sup>. Disso se conclui que, embora o indivíduo atue a partir de atribuições de um nível hierárquico superior, poderá ser autor<sup>509</sup>. Roxin deixa bastante claro todo o exposto:

Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de un manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues, para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito.<sup>510</sup>

E, conforme Roxin, quanto mais alto se está na cadeia de mando, maior é o domínio organizativo<sup>511</sup>.

A Corte Suprema de Justiça peruana, no caso Fujimori<sup>512</sup>, faz eco a Roxin. Ela estabelece a possibilidade de distinção entre comando intermediário e superior<sup>513</sup>, mas, reconhece a responsabilidade penal como autores mediatos também dos que se encontram no nível intermediário do aparato de poder, desde que detenham uma “posição específica privilegiada com capacidade para distribuir ordens”<sup>514</sup>. A distinção entre mandos superiores e médios acaba tendo relevância para o “grau de reprovabilidade”<sup>515</sup>, pois, é tanto maior quanto mais alto se encontre o indivíduo no aparato de poder<sup>516</sup>. Nesse sentido, para além da existência de distintos graus de poder de controle conforme o papel que possui o autor mediato no aparato, o grau de reprovação do agir antijurídico é proporcional de acordo com o nível de controle que

---

<sup>507</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 276.

<sup>508</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>509</sup> ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Op. cit. p. 64.

<sup>510</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 275-276.

<sup>511</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 274

<sup>512</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 636-638.

<sup>513</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados... Op. cit. p. 199.

<sup>514</sup> PERU. Op. cit. p. 638, tradução nossa.

<sup>515</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit. p. 199.

<sup>516</sup> PERU. Op. cit. p. 636. De acordo com Schroeder, também (SCHROEDER, Friedrich-Christian. Disposición al hecho versus fungibilidad. Op. cit. p. 120). E é um dado aceito de forma dominante pela doutrina (MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori... Op. cit. p. 220).

o autor possui no aparato<sup>517</sup>. E os indivíduos em níveis intermediários não podem fazer uso, como “causa de exculpação”, do argumento de que apenas se encarregaram de “transmitir ordens” originárias de outro comando, pois esses mandos intermediários detêm comando e disposição para determinar que fatos criminosos sejam praticados<sup>518</sup>.

Patricia Faraldo Cabana, assim como a Corte do Peru, corrobora por completo o posicionamento de Roxin, indo em direção da necessidade de consideração como autor mediato aquele indivíduo que, em um aparato hierárquico de poder, transmite o comando criminoso com poder de controle autônomo<sup>519</sup>. Isso, portanto, significa uma adoção plena da teoria de Roxin, para quem, a partir do caso Eichmann, em que o condenado não teve uma atuação direta nem no início nem no fim dos atos, mas ficou restringida à parte intermediária da cadeia, é absolutamente aceitável a existência de uma comprida sucessão de autores por detrás de outros autores<sup>520</sup>.

Herzberg, a seu turno, critica de certo modo esses fundamentos, afirmando que os indivíduos em uma hierarquia intermediária da cadeia possuem um “espaço de discricionariedade”<sup>521</sup>. Roxin não nega essa discricionariedade; porém, é algo natural da autoria mediata pelo domínio organizativo que ela goze, com frequência, de uma corrente “de recebedores de ordens cuja função é a de ir concretizando, nível por nível, aquela que provém do centro superior de comando”<sup>522</sup>. Em um regime ditatorial, por exemplo, o comandante supremo precisa conceder certa “margem de apreciação” aos níveis intermédios incumbidos da realização da ordem, afinal, ele não possui conhecimento de grande parte dos seus “opositores”<sup>523</sup>. Assim, não se sustenta a postulação de Herzberg<sup>524</sup> de que os defensores da teoria do domínio da organização compreenderiam que na ordem emitida pelo superior, por exemplo, já estariam estipulados de forma específica e evidente os indivíduos que precisariam ser extirpados. Bastando a vinculação dos integrantes da corrente de mando ao “âmbito

<sup>517</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto... Op. cit. p. 159.

<sup>518</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 638.

<sup>519</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...** Op. cit.

<sup>520</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Op. cit.

<sup>521</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” ... Op. cit. p. 335.

<sup>522</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>523</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>524</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. La Sentencia-Fujimori... Op. cit. p. 138-139.

de liberdade decisória” pré-estabelecido, será configurada uma autoria mediata<sup>525</sup>. Por outro lado, com relação àquelas potenciais vítimas que não forem afetadas pela ordem delitiva superior, de modo que, por exemplo, sobrevivam, não será um caso de insucesso da organização, pois, nesse âmbito, igualmente haverá uma atuação do aparato ajustada aos comandos emitidos<sup>526</sup>.

Com suas teorizações, entretanto, Roxin não quer dizer que naqueles crimes realizados no seio de maquinários de poder organizados não exista cumplicidade; qualquer atuação que não determina autonomamente o movimento do aparato poderá dar base somente a participação, assim como a somente “colaboração” com o indivíduo que emite a ordem, tal qual se dá pelo exercício de atividades acessórias<sup>527</sup>. Para Muñoz Conde, sob a perspectiva da legislação espanhola, caso determinadas situações não sejam aptas a serem enquadradas como autoria direta, mediata ou coautoria, “mas que pela sua gravidade mereçam a pena da autoria”, podem ser encaixadas como indução ou cooperação necessária, caso estejam presentes os pressupostos necessários<sup>528</sup>. Nesse sentido, embora aquilo que não se enquadre em nenhuma das formas de “autoria em sentido estrito” possa ser qualificado como indução, aquilo que não se encaixar na hipótese de indução deverá, *a priori*, com exceção dos casos de “cumplicidade moral e de proposição e provocação”, permanecer impune<sup>529</sup>. Também a Corte peruana julgou que poderá ser responsabilizado apenas como cooperador aquele indivíduo que age “em linha periférica ou colateral a uma cadeia de mando”: tanto (a) como “conselheiro ou simples emissário das disposições dos níveis estratégicos ou intermediários” quanto (b) como se limitando a “proporcionar os meios necessários para a comissão do delito, sem possibilidade alguma de emitir ordens”<sup>530</sup>. Para ambas as hipóteses, porém, o partícipe não poderá emitir comandos que lhe confirmem autoridade à sua esfera de controle; ao contrário, a participação caracteriza-se pela “colaboração para que se efetivem essas ordens antijurídicas”<sup>531</sup>. Ademais, pode-se dizer que, a partir do

<sup>525</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 335.

<sup>526</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 336.

<sup>527</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit.; ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Op. cit.

<sup>528</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación... Op. cit. p. 72.

<sup>529</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Loc. cit.

<sup>530</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 637, tradução nossa.

<sup>531</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 160-170, tradução nossa.

juízo de Fujimori, foram definidos dois critérios para que se possa estabelecer a existência de cumplicidade em aparatos de poder<sup>532</sup>: a “posição real” em que está localizado o sujeito na organização; e a espécie de contribuição realizada pelo sujeito para a materialização dos fatos criminosos<sup>533</sup>.

Muñoz Conde, por outro caminho, defende que, ainda que não sem objeções, a teoria do domínio da organização permite resolver a questão da qualificação como autores não apenas daqueles que se encontram no topo da organização que ordenam a prática de delitos, sem a realização de ações executivas, mas também daqueles que estão nos níveis intermediários<sup>534</sup>. O autor espanhol faz uma análise da teoria do domínio de aparatos de poder de forma separada entre organizações estatais e “organizações criminosas”<sup>535</sup>. Nas primeiras, é perfeitamente aplicável a teoria de Roxin<sup>536</sup>. Já nas segundas, as quais muitas vezes ocorrem na forma de “organizações criminais ilegais não estatais e não tão estreitamente baseadas em princípios de hierarquia, obediência cega e disciplina”, é mais difícil encaixar a teoria de Roxin<sup>537</sup>. Por isso, para estes agrupamentos delitivos, o ideal é a busca por outras formas de imputação penal das intervenções<sup>538</sup>. E a coautoria, em geral, ajustar-se-ia melhor a tais realidades<sup>539</sup>. Para tanto, porém, é preciso ter em mente uma concepção de “domínio funcional do fato” como proposta por Muñoz Conde<sup>540</sup> e apresentada no início deste estudo, isto é, recusando-se a “coexecução” como elemento necessário para configuração desse domínio.

Kai Ambos, a seu turno, vai em sentido diverso desses autores e entendimentos jurisprudenciais. Para o professor alemão, a teorização do domínio da organização não explica de que modo aquele âmbito decisório – que pode ser relativo a um pedaço “da organização administrada autonomamente pelo sujeito em questão que transmite a ordem” – será apto a conduzir a um “domínio sobre a organização *por completo*”<sup>541</sup>. Desse modo, aqueles indivíduos que recebem e emitem ordens, possuindo um “domínio parcial” no seio de organizações, deverão ser

<sup>532</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 161.

<sup>533</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 63, tradução nossa.

<sup>534</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación... Op. cit. p. 62-63.

<sup>535</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Passim.

<sup>536</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Passim.

<sup>537</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Ibidem. p. 65, tradução nossa.

<sup>538</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Loc. cit.

<sup>539</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Ibidem. p. 66.

<sup>540</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Passim.

<sup>541</sup> AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. Op. cit. p. 11, grifo do autor, tradução nossa.

responsabilizados como coautores<sup>542</sup>. Apenas o “vértice” do aparato de poder (como o Conselho de Defesa Nacional, a Junta ou o simples Governo) poderá possuir um domínio total “por meio de e sobre” a estrutura de poder que a ele está subordinada<sup>543</sup>. Assim, há uma carência de domínio do fato dos indivíduos que não integram a cúspide do aparato, mas que detém um alto grau de comando<sup>544</sup>. Em razão disso, o domínio por uma maquinaria de poder poderia embasar a intervenção enquanto autoria mediata apenas daqueles indivíduos por detrás do Estado, “cujo poder de mando e cujas ordens não podem sem mais serem retiradas ou anuladas”, isto é, aqueles que governam e comandam sem distúrbios<sup>545</sup>.

Por outro lado, os indivíduos que não integram a cúspide do aparato de poder, mas, por exemplo, um estamento intermediário, detém um domínio da organização, no interior do aparato, sobre aqueles a eles sujeitos<sup>546</sup>. Assim, não há um controle de todo o aparato exercido por eles, mas apenas de uma parte dele<sup>547</sup>. Esse controle fragmentário explica a compreensão deles enquanto autores mediatos, pelo menos relativamente àqueles êxitos sob seu mando<sup>548</sup>. Sob outra perspectiva, porém, a “dependência” da cúspide do aparato aparenta negar a possibilidade de uma autoria mediata e fundamentar uma “coautoria fundada na divisão funcional do trabalho”<sup>549</sup>. Assim, as postulações habituais que rejeitam a possibilidade de coautoria nas organizações formais, como advogado por Roxin, não lograriam êxito<sup>550</sup>. Com isso, Kai Ambos, então, fundamenta de que modo se pode justificar a existência de coautoria nesses aparatos<sup>551</sup>.

É possível tomar como ponto de partida, junto à doutrina prevalente, um “acordo de vontades informal dos intervenientes”<sup>552</sup>. Nessa esteira, embora, em geral nos aparatos de poder, o emissor da ordem e seu executor não se conheçam e não tomem decisões em conjunto (como reconhece Roxin), para a existência de um “acordo de vontades informal” basta que o autor direto, a partir da sua integração à maquinaria delitiva, “coloque em evidência que está de acordo com quem emite a

<sup>542</sup> AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. Op. cit. p. 18.

<sup>543</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**... Op. cit. p. 231, tradução nossa.

<sup>544</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>545</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 232, tradução nossa.

<sup>546</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>547</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>548</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>549</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>550</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>551</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 232 et seq.

<sup>552</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 232, tradução nossa.

ordem”<sup>553</sup>. O “acordo de vontades”, assim, revela-se, como que implicitamente, com a realização do feito<sup>554</sup>.

Kai Ambos, ademais, advoga que a prática do delito em coautoria não pode ser compreendida de modo restritivo, retirando todo ato de preparação<sup>555</sup>. Considerando que o “domínio funcional do fato” expressa um agir comum dos participantes embasado na “divisão do trabalho”, no domínio da organização esse agir comum se manifesta pelo planejamento, preparação e comando de realização do fato, pelo homem de trás, e a sua execução pelo subordinado<sup>556</sup>. Nesse sentido, tanto o “superior” quanto o “subordinado” “dominam o fato” em igual proporção<sup>557</sup>.

Com relação às alegações de a autoria mediata e a coautoria estarem estruturadas de maneira distinta (aquela, verticalmente e, esta, horizontalmente), Kai Ambos postula que, embora deva ser aceita *a priori*, tal diferenciação representa apenas uma distinção “estrutural” que não contribui para uma demarcação “segura” em casos limítrofes, como os que se verificam nas situações de organizações<sup>558</sup>. A idoneidade desse argumento estrutural em favor de uma autoria mediata se verifica somente nas situações em que o vínculo vertical entre o superior e o autor direto não é superposto ou desestabilizado por “outra relação de dependência” do superior<sup>559</sup>. Como pano de fundo, pode-se afirmar que a problemática de demarcação entre autoria mediata e coautoria – na situação dos “níveis hierárquicos médios e baixos” – tem como núcleo a escolha se “se está disposto a aceitar um déficit de domínio do superior ou, mais, um déficit de equiparação entre os intervenientes”<sup>560</sup>. Como o “domínio” é o critério exclusivo e definitivo de definição da autoria mediata, não se admitem incertezas ou imperfeições em relação a isso<sup>561</sup>. Por conta disso, a imputação penal dos estamentos intermediários a título de coautoria seria mais convencedora, pois,

a autoria mediata fundamenta-se no controle mais absoluto, pelo menos desde uma perspectiva normativa sobre o fato e, como tal, não pode ser

<sup>553</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional...** Op. cit. p. 232, tradução nossa.

<sup>554</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>555</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 233.

<sup>556</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>557</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>558</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>559</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>560</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>561</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

reconciliada com um controle parcial ou inclusive a falta de controle pela ausência de uma postura de influência ou liderança imperturbável.<sup>562</sup>

Toda essa fundamentação leva Kai Ambos a concluir que haverá um domínio sobre organização em seu conjunto, por parte dos estamentos intermediários, apenas caso seja conectado a “um sistema criminal complexo dentro do qual várias suborganizações ou organizações subordinadas intervêm de maneira independente” e que, destarte, também são passíveis de serem controladas de forma autônoma<sup>563</sup>. Para se aferir a existência dessa suborganização autônoma, seria necessário verificar, por exemplo, sua independência, seu tamanho (se é grande o suficiente) e se está estruturada “faticamente” de modo hierárquico<sup>564</sup>. Caso contrário, a imputação se daria na forma de coautoria.

Parte da doutrina<sup>565</sup>, contudo, rebate os posicionamentos de Kai Ambos. Para Roxin, na mesma medida que aqueles do topo da organização, os indivíduos da hierarquia intermediária possuem um poder de mando, a partir do qual exercem domínio sobre o aparato de poder a eles submetido e, por consequência, detém domínio sobre a realização do tipo<sup>566</sup>. O fato de o poder de mando ser outorgado dos níveis superiores em nada modifica tais circunstâncias, inclusive pelo fato de que “tornar própria uma vontade alheia” não conduz a carência de domínio<sup>567</sup>. Ademais, é necessário tomar em consideração que aqueles que comandam a organização precisam, para a concretização dos delitos, “não somente de homens intermediários que realizem o fato, mas também dos que transmitem a ordem, concretizando-a e cumprindo-a”<sup>568</sup>. E os autores intermediários exercem uma influência decisiva no aparato, assim como os superiores<sup>569</sup>. Além disso a proposta de Kai Ambos de uma coautoria entre os intermediários e os perpetradores diretos encontra os mesmos obstáculos e críticas construídas em oposição à existência de uma coautoria entre a

<sup>562</sup> AMBOS, Kai. *Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia...* Op. cit. p. 81, tradução nossa.

<sup>563</sup> AMBOS, Kai. *Sobre la “organización” en el dominio de la organización.* Op. cit. p. 18, tradução nossa.

<sup>564</sup> AMBOS, Kai. *Loc. cit.*

<sup>565</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...** Op. cit.

<sup>566</sup> ROXIN, Claus. *Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”...* Op. cit. p. 338.

<sup>567</sup> ROXIN, Claus. *Loc. cit.*

<sup>568</sup> ROXIN, Claus. *Loc. cit.*

<sup>569</sup> ROXIN, Claus. *Loc. cit.*



cúspide e os autores diretos<sup>570</sup>. Assim, o “(co)domínio” dos indivíduos localizados nos níveis intermediários tem como alicerce apenas o seu poder de mando, o qual serve, então, como base do “domínio”<sup>571</sup> que, por sua vez, conduz à autoria mediata.

Patricia Faraldo Cabana, por sua vez, reforça o argumento da necessidade de uma distinção “estrutural” entre a autoria mediata pelo domínio da organização, reconhecida a partir de ligações verticais, e a coautoria, com características horizontais<sup>572</sup>. Não obstante a crítica de Kai Ambos de que tal proposição não seria parâmetro confiante para as situações limítrofes, a professora de Coruña argumenta que, a partir da análise de todos os pressupostos para configuração da autoria mediata (organização hierárquica, fungibilidade e dissociação do ordenamento jurídico), as incertezas da diferenciação diminuem nitidamente<sup>573</sup>.

Com o apresentado, tem-se a conclusão de que há a possibilidade de um autor mediato encontrar-se em um estamento intermédio de um aparato de poder, não necessitando ser, necessariamente, um integrante da cúpula. Para tanto, necessitará dispor de um poder de mando e de certa discricionariedade na condução da organização – ou da parte da organização – que está baixo suas ordens. Entretanto, em algumas situações, a depender das configurações concretas do caso, haverá a possibilidade de constituição de uma coautoria entre um superior e um subordinado. Para isso, será necessária a constatação dos pressupostos dessa modalidade de contribuição delitiva e, além disso, algumas outras características próprias à coautoria (que podem variar, de acordo com a concepção adotada) que não se verificam na autoria mediata pelo domínio de organizações, como, por vezes, uma relação mais próxima entre os indivíduos.

A análise da distribuição de responsabilidades em estruturas hierárquicas representa um dos pontos-chave de estudo da teoria do domínio da organização. Embora esteja o exame, nesse ponto, vinculado ao “poder de mando” do autor mediato, a sua existência não chega a sofrer grandes ataques. Alguns olhares mais ferozes, não obstante, recebe um outro elemento dessa forma de autoria.

---

<sup>570</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 339.

<sup>571</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>572</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...** Op. cit.

<sup>573</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

### 4.3 A QUESTÃO DA FUNGIBILIDADE DO EXECUTOR

É a fungibilidade dos executores, como já apresentado, que assegura a realização da ordem superior, ou seja, que confere a certeza, a segurança da produção do resultado<sup>574</sup>. Entretanto, esse requisito, como proposto na tese de Roxin, levanta várias problemáticas a serem analisadas, assim como críticas por determinados setores da doutrina.

De início, embora afirme Roxin na direção de que a grande quantidade de executores, no marco dos aparatos de poder, não é uma hipótese, mas uma realidade, alguns autores defendem que a fungibilidade não é algo verificado *concretamente* no momento da emissão da ordem pelo homem de trás<sup>575</sup>. Ao contrário, demandaria ela uma análise prévia e hipotética da potencialidade de substituição do executor do comando. Isso significa que a fungibilidade *concreta* não seria relevante, sendo suficiente apenas a fungibilidade *abstrata*<sup>576</sup>. Nesse sentido, pode-se entender que a fungibilidade do executor é uma potencialidade e não propriamente a efetiva realização de um ato de câmbio do indivíduo<sup>577</sup>. Portanto, ela não é uma característica ou conjuntura fática da situação sob julgamento, mas um “juízo de valoração” hipotético<sup>578</sup>. Explicam Patricia Faraldo Cabana e Carolina Bolea Bardon que, nesta senda, não é necessária a existência de uma quantidade indefinida de indivíduos para que se possa reconhecer sua fungibilidade<sup>579</sup>. Ao contrário, é necessário somente que a quantidade de pessoas dispostas à execução das ordens emanadas dos superiores seja “suficiente” quando se emite a ordem (ou seja, precisa ser comprovada antes da realização do crime), de modo a permitir a substituição em havendo a recusa de atuação por algum dos integrantes do aparato<sup>580</sup>.

Não obstante tais considerações, Iván Meini apresenta algumas críticas decorrentes da análise feita<sup>581</sup>. Como demonstrado supra, a partir do modo como está

<sup>574</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 336.

<sup>575</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 17.

<sup>576</sup> AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia... Op. cit. p. 84.

<sup>577</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados... Op. cit. p. 200.

<sup>578</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>579</sup> BOLEA BARDON, Carolina. **Autoría mediata en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blach, 2000. p. 396; FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas**... Op. cit.

<sup>580</sup> BOLEA BARDON, Carolina. Op. cit. p. 396; FARALDO CABANA, Patricia. Op. cit.

<sup>581</sup> MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori... Op. cit. p. 225.

estruturado o aparato, é possível entender que a fungibilidade é uma probabilidade de ocorrência, uma “expectativa de comportamento criminal”, pois, nos casos concretos, o executor não é substituído, é ele próprio quem realiza o fato delituoso e que receberá a imputação a título de autor direto<sup>582</sup>. Portanto, se a fungibilidade denota a probabilidade de que, pela negativa de um executor, outro o suprirá – e, com segurança, isso que ocorrerá –, é preciso reconhecer que, não sendo um dado que se verifique no caso concreto, não pode ser provado e, menos ainda, servir para arquitetar, sobre sua base, um pressuposto de responsabilidade penal<sup>583</sup>. Com isso, Iván Meini aparenta enquadrar-se entre os autores que refutam o elemento da fungibilidade para caracterizar uma autoria mediata no domínio de organizações.

Outra crítica relevante disparada contra o critério da fungibilidade é no sentido de que não seria possível verificá-la nas situações em que o instrumento possuiria um atributo especial que o tornaria insubstituível<sup>584</sup>, ou seja, a fungibilidade colidiria com a especialização que a atividade da criminalidade organizada exige<sup>585</sup>. Devido ao alto grau de especialidade demandado para a realização das atividades nesse meio, a quantidade de potenciais executores torna difícil afirmar a existência, entre eles, de uma fungibilidade<sup>586</sup>. Assim, em casos em que o autor direto é insubstituível para a prática do fato, seja pelo alto grau de especialização, seja pela proximidade com o objeto que será lesionado, não é possível se constatar a fungibilidade<sup>587</sup>. Corroborando as críticas apresentadas, Jakobs ilustra-as fazendo referência ao caso Stashynsky (no qual o autor direto provavelmente não seria substituível) e defendendo que, nos crimes praticados no regime nacional-socialista, nem todos os indivíduos eram fungíveis<sup>588</sup>.

Sob um outro ponto de vista, Herzberg também critica vigorosamente o pressuposto da fungibilidade dos executores<sup>589</sup>. No seu entender, não se sustenta, pois os receptores do comando “podem quebrar incluso a decisão mais firme, seguir sua consciência, falhar no objetivo traçado por torpeza, permanecerem inativos por

<sup>582</sup> MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori... Op. cit. p. 225.

<sup>583</sup> MEINI, Iván. Loc. cit. A concepção da fungibilidade como precisando ser aferida não de forma fática, mas valorativa, traz uma importante consequência: não se torna objeto de prova. (GARCÍA CAVERO, Percy. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados... Op. cit. p. 207).

<sup>584</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 176.

<sup>585</sup> MEINI, Iván. Op. cit. p. 226.

<sup>586</sup> MEINI, Iván. Loc. cit.

<sup>587</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 176.

<sup>588</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal**... Op. cit. p. 783.

<sup>589</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. La Sentencia-Fujimori... Op. cit. p. 125-140.

preguiça ou deixarem-se subornar”<sup>590</sup>. Assim, em todos os estamentos hierárquicos, existem subalternos “que impediram ou teriam podido impedir alguns ou muitos homicídios deixados ao aparato de poder”<sup>591</sup>. Essa visão acerca da fungibilidade leva Herzberg a rejeitar a necessidade de a teoria do domínio da organização fundamentar-se em uma “segurança do resultado”, pois, em muitos casos, tal resultado nem sempre seria seguro, chegaria a ser até improvável<sup>592</sup>.

De entrada, Roxin refuta essa última posição sustentada por Herzberg, argumentando que tal hipótese de “defeito” verifica-se somente em casos excepcionais, pelo fato de haver outros indivíduos presentes que asseguram a realização do comando<sup>593</sup>. Ainda que possam haver situações de falha na atuação última do aparato<sup>594</sup>, são casos mais raros até do que na utilização de instrumentos sem culpa que agem por erro ou coação, por exemplo<sup>595</sup>.

Por outro lado, relativamente às posições que defendem a imperfeição do critério da fungibilidade pela possível especialidade dos executores, Roxin reconhece que, ao ser convocado um “especialista insubstituível” em uma organização, será hipótese apenas de instigação por parte dos homens de trás, pois, nesse cenário, estes indivíduos estariam vinculados à “boa vontade do executor”<sup>596</sup>. E face a críticas de Jakobs, Roxin assente que quando há uma ligação especial entre o autor direto e a presumível vítima, de modo que a presença desse executor é uma condição elementar para a realização do fato, a responsabilização penal também se dará como instigador, ao invés de autor mediato<sup>597</sup>. Assim, pode-se afirmar que os olhares clínicos conduziram Roxin ao reconhecimento de que a teoria do domínio da organização não é uma “receita” que demanda validade em qualquer caso possível, independentemente das peculiaridades fáticas<sup>598</sup>. Ao contrário, é um modelo cujos

---

<sup>590</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. La Sentencia-Fujimori... Op. cit. p. 133, tradução nossa.

<sup>591</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Ibidem. p. 138, tradução nossa.

<sup>592</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Ibidem. p. 133, tradução nossa.

<sup>593</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 334.

<sup>594</sup> Em tais casos, Roxin entende que o homem de trás teria tido uma “tentativa frustrada” e se configuraria, então, uma tentativa de autoria mediata (ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Op. cit. p. 64; ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 334).

<sup>595</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 18.

<sup>596</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 333.

<sup>597</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto... Op. cit. p. 182.

<sup>598</sup> ROXIN, Claus. Autoría mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Revista de Direito**, Lisboa, n. 3, p. 39-54, 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2qjTlyQ>>. Acesso em: 28 out. 2018. p. 47.

componentes precisam ser confrontados com as circunstâncias fáticas em cada situação<sup>599</sup>.

Embora a deferência de Roxin a certos posicionamentos, alguns outros autores seguem nas objeções, culminando até em recusar a adoção da fungibilidade como um alicerce necessário do domínio por organização – de modo semelhante a como direcionou-se Iván Meini.

Analisando a posição da Corte Suprema de Justiça do Peru no caso Fujimori, Raúl Pariona Arana entende como errônea a adoção da fungibilidade como um pressuposto da autoria mediata pelo domínio de aparatos de poder<sup>600</sup>. Fundamenta sua objeção na mesma esteira dos autores anteriormente mencionados, defendendo que a jurisprudência internacional já mostrou que existem determinados crimes realizados a partir de aparatos de poder em que não existiu uma fungibilidade dos executores – como nas situações em que os executores detém conhecimentos específicos e, assim, não podem ser substituídos de forma fácil<sup>601</sup>. Todavia, tal falha da fungibilidade não pode conduzir à negação da autoria daqueles que se localizam no nível estratégico superior do aparato, pois não retira o controle exercido pelo superior sobre o fato delituoso<sup>602</sup>. Nesse sentido, a fungibilidade deve ser compreendida como um aspecto da autoria mediata pelo domínio da organização, mas, não como um pressuposto, isto é, como um “elemento fundante”<sup>603</sup>.

Schroeder, assim como Raúl Pariona Arana, opõe-se à concepção da fungibilidade como fundamento da autoria mediata pelo domínio da organização<sup>604</sup>. Para o autor, por ser necessário um custoso esforço para se alcançar integrar uma organização, pela especialização exigida, pelo fato de com frequência ser difícil substituir os executores e pela existência de uma lenta adaptação a tais tipos de associação, não é possível sustentar a fungibilidade como pressuposto da teoria<sup>605</sup>. A fungibilidade apenas viabiliza o fornecimento de indivíduos dispostos à realização do feito e acaba sendo tão somente um meio para se atingir o domínio do fato, porém, não é o seu fundamento<sup>606</sup>. Por isso, entende que, para a efetivação do delito a partir

---

<sup>599</sup> ROXIN, Claus. *Autoria mediata através de domínio da organização*. Op. cit. p. 47.

<sup>600</sup> PARIONA ARANA, Raúl. *La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori*. Op. cit. p. 245.

<sup>601</sup> PARIONA ARANA, Raúl. *Loc. cit.*

<sup>602</sup> PARIONA ARANA, Raúl. *Ibidem*. p. 245, 248.

<sup>603</sup> PARIONA ARANA, Raúl. *Ibidem*. p. 245.

<sup>604</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Disposición al hecho versus fungibilidad*. Op. cit. p. 118.

<sup>605</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Loc. cit.*

<sup>606</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Loc. cit.*

do uso de estruturas organizadas de poder, a utilização da disposição do executor à realização do fato é o componente essencial e o único do qual se precisa<sup>607</sup>.

Contudo, a posição de Schroeder pode ser rebatida. Um dos principais argumentos colacionados por Roxin é o de que, nos casos de uso de especialistas, haveria apenas instigação, como já apresentado<sup>608</sup>. E isso apenas ressalta que nem todos os crimes conduzidos por um aparato criminoso dão base a uma autoria mediata daquele que os causa, o que não relativiza a aceção da fungibilidade, mas a reforça<sup>609</sup>.

Kai Ambos, sob outro viés, também refuta a crítica de Schroeder (e, por arrasto, as veiculadas pelos demais autores), afirmando que as reservas de indivíduos especializados são grandes o suficiente para que se possa substituir rapidamente o executor que recusa a prática de um fato<sup>610</sup>. Ainda assim, pela simples existência de um caso em que não haja fungibilidade dos executores, acaba-se derrubando a pretensão geral de validade desse critério, de sorte que cai por terra sua legitimidade para embasar o domínio por aparatos de poder em todas as possíveis situações<sup>611</sup>. Dessa forma, uma fungibilidade na situação prática de realização do fato estará presente apenas em casos excepcionais e, por isso, têm-se fortes razões para rejeitá-la sob um enfoque “empírico”<sup>612</sup>. Nesse sentido, o pressuposto da fungibilidade, pautado em uma concepção “puramente fática, naturalística ou empírica”, não é apto a levar a uma satisfatória compensação da lacuna de domínio fático do autor mediato sobre os autores imediatos, de modo que não pode explicar por completo o seu domínio do fato<sup>613</sup>. Deve-se destacar, no entanto, que a teoria da autoria mediata pelo domínio de aparatos de poder organizados é decorrente de uma junção de elementos fáticos e normativos<sup>614</sup>. Por isso, para além de uma análise e fundamentação fática, empírica<sup>615</sup>, deve o elemento da fungibilidade ser “complementado por uma

---

<sup>607</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. Disposición al hecho versus fungibilidad. Op. cit. p. 118.

<sup>608</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 18.

<sup>609</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>610</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional...** Op. cit. p. 222.

<sup>611</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit. Sobre essa argumentação de Kai Ambos, Roxin também se posiciona (ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. Op. cit. p. 47).

<sup>612</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 223. Veja-se, por exemplo, a problemática que envolve a fungibilidade dos intermediários em uma organização, pois, ao mesmo tempo em que se necessitaria de sua fungibilidade, afirmá-la retiraria a possibilidade de seu domínio pela organização e, assim, estaria afastada a viabilidade de sua autoria mediata (AMBOS, Kai. Op. cit. p. 223).

<sup>613</sup> AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia... Op. cit. p. 84, tradução nossa.

<sup>614</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional...** Op. cit. p. 226.

<sup>615</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

‘consideração normativa’<sup>616</sup>. O embasamento teórico de que a autoria imputada ao indivíduo de trás seria resultante de algumas apreciações normativas fundamentadas em um “*modelo de imputación normativizante*” reside na concepção de que

El poder fáctico de control, decreciente hacia arriba en la jerarquía de mando, es compensado en cierto modo con la mayor responsabilidad de quienes están en las posiciones más altas. De esta manera, el punto de vista fáctico es corregido normativamente.<sup>617</sup>

Tendo por objetivo essa análise da fungibilidade sob um prisma normativo e com fulcro na teoria dos delitos de dever como prevista por Murmann, Kai Ambos fundamenta sua posição, explicando que: a relação existente entre o Estado e os cidadãos faz com que o Estado possua uma “obrigação especial” frente a eles, pois, ele ocupa uma posição de “garante dos direitos fundamentais” e possui um “dever de proteção” que daí deriva, além de ter um “poder de lesão especial”<sup>618</sup>. Assim, a “relação de dependência” dos cidadãos frente ao Estado é comparável com a posição de garante existente nos crimes de omissão<sup>619</sup>. Nesse sentido, caso o garante lesione, com relação à vítima, seu “dever especial de proteção” ou de vigilância derivado do seu *locus* de garante, será responsável pela lesão<sup>620</sup>. E quando se tem uma ordem ilícita para a prática de um fato relativamente a um indivíduo, a dependência do cidadão em relação ao Estado, que também é normativa, fundamentará o domínio do fato do próprio Estado<sup>621</sup>. O Estado exerce esse domínio quando determina ao executor – o qual também é um cidadão – a ordem ilícita para que a vítima seja lesionada – vítima essa que também será outro cidadão<sup>622</sup>. Assim, duas relações jurídicas são afetadas: a “relação de reconhecimento entre o Estado e o cidadão caracterizada por deveres especiais” e a “relação de reconhecimento geral dos cidadãos entre si”<sup>623</sup>. O domínio do fato exercido pelo nível superior da organização estatal representa-se em um domínio sobre a qualidade da relação de reconhecimento existente entre o Estado e os cidadãos<sup>624</sup>. Em síntese, pode-se afirmar que, em cada

<sup>616</sup> AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia... Op. cit. p. 85, tradução nossa.

<sup>617</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**... Op. cit. p. 228.

<sup>618</sup> AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia... Op. cit. p. 85, tradução nossa.

<sup>619</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>620</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>621</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>622</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>623</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>624</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

relação lesionada, têm-se perspectivas distintas: na relação do Estado com os cidadãos, há um “dever especial do Estado frente ao cidadão” que é derivado da teoria dos crimes de dever; na “relação dos cidadãos entre si” (no caso, entre o executor da ordem e a vítima), o que importa é a lesão por meio de uma interferência direta na liberdade do outro<sup>625</sup>.

Ademais, a fundamentação normativa trazida serve como um complemento à visão fática da fungibilidade, mas não a substitui<sup>626</sup>, pois, esse embasamento normativo também não é capaz de, por si só, conduzir a uma fundamentação do domínio de um aparato de poder<sup>627</sup> (as perspectivas fática e normativa se complementam). Por outro lado, tal teorização explicaria por qual razão somente poderiam ser considerados autores mediatos aqueles que se encontram no nível superior da organização: somente os “chefes”, enquanto representantes superiores do Estado, detém o “dever especial de proteger aos cidadãos”<sup>628</sup>. E, por fim, cumpre destacar que essa construção normativista não se aplicaria aos casos de aparatos não estatais, nos quais o “domínio da organização” precisaria fundamentar-se unicamente a partir de “critérios fáticos”<sup>629</sup>.

Porém, parece haver a necessidade de fazer algumas ressalvas com relação à teorização apresentada. Define Kai Ambos a existência de duas relações lesionadas (Estado-cidadão e cidadão-cidadão) para fundamentar normativamente o domínio do fato em estruturas estatais. Entretanto, na criminalidade estatal, o executor da ordem, quase sempre, aparenta integrar o Estado, como ocorria com os atiradores do muro de Berlim (os quais eram militares) e com o Grupo Colina, no governo de Fujimori (seus membros igualmente integravam o Estado). Nesse sentido, o indivíduo que atua em um crime o faz enquanto Estado, ele “presenta” o aparelho estatal na última ponta da cadeia. Assim, não teria lógica em se falar, aqui, da existência de duas relações lesionadas na acepção de Kai Ambos. Haveria apenas uma relação entre o próprio Estado e a vítima.

---

<sup>625</sup> AMBOS, Kai. *Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia...* Op. cit. p. 85, tradução nossa. Não se deve confundir a exposição feita com a teoria da responsabilidade do superior, a qual é um tipo de responsabilidade por omissão – na presente situação, ao contrário, discorre-se com relação a hipóteses de responsabilidade por comissão (AMBOS, Kai. Op. cit. p. 86).

<sup>626</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 86.

<sup>627</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional...** Op. cit. p. 226.

<sup>628</sup> AMBOS, Kai. *Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia...* Op. cit. p. 86-87, tradução nossa.

<sup>629</sup> AMBOS, Kai. *Ibidem*. p. 87, tradução nossa.



Por derradeiro, interessante mencionar que a prática do Tribunal Penal Internacional revela que, nos casos de milícias, uma característica muitas vezes constatável é a fungibilidade dos combatentes no nível mais baixo, o que assegura que as ordens emitidas pelos níveis superiores, se não cumpridas por um indivíduo, serão realizadas por outros<sup>630</sup>. No caso de Germain Katanaga e Ngudjolo Chui, as ordens eram cumpridas pela existência, em suas milícias, de uma quantidade grande o suficiente de soldados substituíveis<sup>631</sup>. Além disso, o cumprimento quase automático das determinações é garantido em virtude de os soldados serem jovens, terem sido sujeitados a treinamentos militares brutais e expressarem lealdade aos “líderes militares” dos seus respectivos agrupamentos étnicos<sup>632</sup>. Isso traz certas nuances e novas perspectivas ao elemento aqui estudado.

As críticas formuladas à fungibilidade contribuem, em geral, para matizações da teoria do domínio da organização e, em vários casos, ao seu aperfeiçoamento. Assim, tomando em consideração especialmente aquelas de caráter construtivo, parece que a fungibilidade permanece em pé enquanto pressuposto necessário para que se possa atribuir uma autoria ao homem de trás do aparato de poder. Nessa esteira, não seria cabido exilar por completo tal requisito da teoria. Contudo, deve-se ter em conta sua dimensão abstrata, sua fraqueza empírica em certos casos e, também, a possibilidade de sua configuração de distintas maneiras.

Ao lado da fungibilidade, ainda que não na mesma escala, outro requisito igualmente sofreu alguns ataques. Porém, mais do que de refutações, acabou sendo objeto de exames que buscaram e possibilitaram seu aperfeiçoamento teórico, como adiante se constata.

#### 4.4 A DISPOSIÇÃO DO EXECUTOR À PRÁTICA DO FATO

O requisito da elevada disposição do executor à realização do fato delituoso tampouco é isento de críticas. Porém, é interessante observar que, para Hefendehl<sup>633</sup>,

---

<sup>630</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. Decision On The Confirmation Of Charges... Op. cit. p. 188.

<sup>631</sup> AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización... Op. cit. p. 13. Na decisão do TPI, é possível constatar essa característica das milícias em INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Op. cit. p. 187.

<sup>632</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Op. cit. p. 188, tradução nossa.

<sup>633</sup> HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en empresas desde una perspectiva criminológica. **Derecho Penal y Criminología**, [s.l.], v. 25, n. 75, p. 43-56, 2004. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319341>>. Acesso: 13 out. 2017.

é justamente esse pressuposto o garantidor de que, em um aparato de poder, ao se realizar o câmbio de um executor a partir da fungibilidade, ter-se-á segurança da concretização da ordem.

Iván Meini traz quatro contribuições à análise crítica do pressuposto em comento e que merecem menção, a partir das quais é possível estruturar seu estudo<sup>634</sup>.

Primeiramente, afirma Iván Meini que, quando um indivíduo ingressa em uma organização de maneira voluntária, o seu simples pertencimento a ela manifesta sua disposição à execução das ordens que integram as ações habituais do aparato<sup>635</sup>. Isso pode constatar-se tanto em organizações criminosas quanto naquelas legais, como as empresas<sup>636</sup>. Nessas organizações, tanto uma perspectiva criminológica quanto psicológica<sup>637</sup> demonstra qual o papel exercido pela ideia de um “pertencimento a uma organização” para o atuar do indivíduo. Para Hefendehl, o que funciona como fundamento do domínio do fato, nas organizações, são os “mecanismos de neutralização” apresentados nos exames de Sykes e Matza<sup>638</sup>. Na concepção desses autores, para se compreender a criminalidade juvenil, estabeleceu-se o entendimento de que o “comportamento delitivo”, assim como praticamente todo agir social, é “uma conduta que se aprende no processo de interação social”<sup>639</sup>. O fundamento clássico que dá base a essa visão residiria na teoria da associação diferencial construída por Sutherland<sup>640</sup>. A partir disso, os autores desenvolvem uma complementação e um ajuste das “teorias das subculturas delitivas”<sup>641</sup>. Sykes e Matza apresentam, inicialmente, que o principal aspecto de uma “subcultura delitiva”, como sustentado por essa teoria, é o de que ela seria um “sistema de valores que representa a inversão dos valores de uma sociedade respeitável que se submete à lei”<sup>642</sup>. No

---

<sup>634</sup> MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori... Op. cit. p. 228-229.

<sup>635</sup> MEINI, Iván. Ibidem. p. 217.

<sup>636</sup> MEINI, Iván. Ibidem. p. 228.

<sup>637</sup> Sobre uma ampla análise acerca das influências psicológicas do pertencimento às organizações no âmbito empresarial, cf. SCHEIDWEILER, Lucas Gabriel. **A aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito empresarial**. Op. cit.

<sup>638</sup> HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en empresas desde una perspectiva criminológica. Op. cit. p. 52.

<sup>639</sup> SYKES, Gresham M'Cready; MATZA, David. Técnicas de Neutralización: una teoría de la delincuencia. **Cad. CRH**, Salvador, v. 21, n. 52, p. 163-170, Abr. 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2ETpexO>>. Acesso em: 23 out. 2018. p. 163, tradução nossa.

<sup>640</sup> SYKES, Gresham M'Cready; MATZA, David. Loc. cit.

<sup>641</sup> HEFENDEHL, Roland. Op. cit. p. 52.

<sup>642</sup> SYKES, Gresham M'Cready; MATZA, David. Técnicas de Neutralización... Op. cit. p. 167, tradução nossa.

entanto, a delinquência juvenil ocorre não pela aprendizagem, pelos jovens, de valores, “imperativos morais” ou condutas completamente contrárias àquilo que pauta a maioria da sociedade<sup>643</sup>. São as “técnicas de neutralização” o elemento chave das condutas que se caracterizam por um descumprimento da lei<sup>644</sup>. Apresentando cinco hipóteses de “mecanismos de neutralização”, esclarece-se que eles são categóricos para reduzir os efeitos do controle social e residem por detrás da maior parte das condutas criminosas<sup>645</sup>. A partir delas, os jovens estabelecem justificações para sua atuação em desvio com os padrões<sup>646</sup>. A importância da compreensão dessa visão está no fato de que esses mecanismos de neutralização não estão presentes somente nas subculturas delitivas, mas se encontram também em outros meios<sup>647</sup>. Ademais, as “neutralizações” constituídas demonstram a existência – para além da construção de uma “ideologia” contrária – de “uma prolongação de padrões de pensamento prevalentes em uma sociedade”, não sendo algo surgido do nada<sup>648</sup>. Isso viabiliza a busca por uma compreensão do modo pelo qual em um indivíduo integrado a um aparato de poder constitui-se uma disposição para o cometimento de fatos ilícitos. Aqui, todavia, restringe-se à apresentação das vias que podem ser seguidas nesse estudo. Um exame completo sobre o assunto demandaria talvez uma obra completa.

Um segundo ponto – que se expressa a partir do pertencimento do indivíduo ao coletivo – é o de que a disposição à execução de ordens ilícitas é apenas em relação às atividades habituais, regulares, do aparato<sup>649</sup>. Caso seja ordenado ao indivíduo que execute um ato diferente daqueles que integram a prática regular da organização, será pouco provável a verificação de autoria mediata pelo domínio do aparato de poder, visto que o motivo pelo qual o indivíduo agiu não terá ligação com as relações de submissão típicas do aparato<sup>650</sup>.

Em terceiro lugar, Iván Meini entende que a predisposição à realização de ordens ilícitas que integram a prática regular do aparato de poder é um “dado objetivo”, podendo ser detectado no mundo fenomênico – à diferença, portanto, da fungibilidade, a qual entende ser um dado subjetivo na mente do mandante, como uma confiança

---

<sup>643</sup> SYKES, Gresham M'Cready; MATZA, David. *Técnicas de Neutralización...* Op. cit. p. 167.

<sup>644</sup> SYKES, Gresham M'Cready; MATZA, David. *Loc. cit.*

<sup>645</sup> SYKES, Gresham M'Cready; MATZA, David. *Ibidem.* p. 169.

<sup>646</sup> SYKES, Gresham M'Cready; MATZA, David. *Ibidem.* p. 170; HEFENDEHL, Roland. *El dominio del hecho en empresas desde una perspectiva criminológica.* Op. cit. p. 52.

<sup>647</sup> HEFENDEHL, Roland. *Op. cit.* p. 52.

<sup>648</sup> SYKES, Gresham M'Cready; MATZA, David. *Op. cit.* p. 169.

<sup>649</sup> MEINI, Iván. *El dominio de la organización de Fujimori...* Op. cit. p. 228.

<sup>650</sup> MEINI, Iván. *Loc. cit.*

no resultado<sup>651</sup>. Afinal, se a predisposição ao fato é expressada a partir do pertencimento do indivíduo ao aparato de poder, isso seria um elemento objetivo e “não uma expectativa de comportamento futuro”<sup>652</sup>. Isso, todavia, é uma perspectiva específica desse autor que pode ser rebatida sob distintos vieses da psicologia social e da criminologia.

Por fim, a partir do argumento da propensão à prática do fato ilícito, entende-se que a autoria mediata pelo domínio de aparatos de poder estrutura-se pela “instrumentalização” do executor direto, por parte do sujeito de trás<sup>653</sup>. Tal instrumentalização diz respeito ao “aproveitamento de sua predisposição” para que concretize as atividades que integram as práticas habituais do aparato de poder<sup>654</sup>. E, embora seja uma instrumentalização de uma “predisposição livre, autônoma e voluntária”<sup>655</sup>,

en la medida en que viene condicionada por el poder de mando del superior, y este se vale del poder de mando para encausarla hacia el cumplimiento de sus designios, resulta suficiente para imputarle el dominio de la organización al hombre de atrás.<sup>656</sup>

Assim, o homem de trás aproveita a propensão do executor à realização delitiva e, a partir do poder de mando, alcança sua execução.

Quanto às críticas que buscam desconstituir o elemento aqui tratado, é possível citar três posicionamentos que se aproximam.

Acerca desse pressuposto, Kai Ambos afirma, como certa crítica à concepção de Roxin, que ela não é idônea para a demarcação da fronteira entre a autoria mediata e a indução e que a sua prova é extremamente difícil, dado seu caráter psíquico<sup>657</sup>. Por outro lado, acaba corroborando a tese do professor de Munique atinente à desconsideração do pressuposto sob comento como um requisito autônomo da teoria, ao postular que ele não é ajustável de acordo com um entendimento “teórico-organizativo” do domínio por aparatos de poder, pois, foca a preocupação do aparato de poder no perpetrador do fato – caso seja dominado de maneira indireta – e, assim, “relativiza a particularidade organizativa específica e ao mesmo tempo a solidez da

<sup>651</sup> MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori... Op. cit. p. 229.

<sup>652</sup> MEINI, Iván. Loc. cit.

<sup>653</sup> MEINI, Iván. Loc. cit.

<sup>654</sup> MEINI, Iván. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>655</sup> MEINI, Iván. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>656</sup> MEINI, Iván. Loc. cit.

<sup>657</sup> AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. Op. cit. p. 5.

teoria do domínio da organização”<sup>658</sup>. Para Kai Ambos, realmente existem “mecanismos sócio-psicológicos” vinculados com o pertencimento ao aparato de poder que crescem a disposição à realização do fato por um executor, o qual age como elemento de um coletivo, se comparado a um autor individual e isolado<sup>659</sup>. No entanto, tem-se apenas uma “predisposição ao fato típica da organização”, o que salienta a proeminência da organização face ao indivíduo<sup>660</sup>. Em suma, assim, pode-se afirmar que ser um integrante voluntário da organização pode fundamentar uma alta disposição à realização do fato pelo indivíduo em si, porém, o domínio do fato embasa-se apenas no domínio sobre o aparato de poder – como um ente coletivo – e unicamente por meio deste se controlam os integrantes perpetradores do fato<sup>661</sup>. Nesse sentido, possível compreender que não haveria um controle direto sobre a disposição dos executores.

De modo semelhante, Weigend defende que não existem “fatores persuasivos intersubjetivos” que configuram algumas organizações como mais propensas a criarem autores por detrás de autores<sup>662</sup>. Podem-se imaginar “tipos ideais” de aparatos de poder “opressivos” ou “autoritários”, mas, o pensamento de cada pessoa sobre os seus significados é distinto, o que conduz a uma impossibilidade de haver concordância sobre os seus requisitos no interior de uma única cultura jurídica<sup>663</sup>. Ainda que fosse possível reconhecer um “tipo ideal de organização” em que o agir de cada integrante fosse tão estritamente regido pelos superiores que se poderia considerá-los como autores, permaneceria a necessidade de se admitir que nem toda atividade dos integrantes é governada no mesmo peso e, por consequência, seria necessário questionar se um determinado ato delitivo estaria abrangido “pelo nível de controle organizacional exigido” para se atribuir a principal responsabilidade para o líder<sup>664</sup>.

Por fim, Raúl Pariona Arana critica o posicionamento da Sala especial da Corte peruana, no julgamento de Fujimori, de elevar a predisposição delitiva do indivíduo ao nível de requisito para a configuração da autoria mediata pelo domínio da organização, assim como objeta o efeito derivado de que, estando ausente em

---

<sup>658</sup> AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. Op. cit. p. 7.

<sup>659</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>660</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 8.

<sup>661</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 7.

<sup>662</sup> WEIGEND, Thomas. Perpetration through an Organization... Op. cit. p. 104, tradução nossa.

<sup>663</sup> WEIGEND, Thomas. Loc. cit.

<sup>664</sup> WEIGEND, Thomas. Loc. cit., tradução nossa.

uma situação, não se poderá falar sobre a existência dessa forma de autoria<sup>665</sup>. Para o autor, é possível que existam casos em que não haja uma disposição à realização do fato delitivo por parte do executor e que, ainda assim, seja possível contemplar um domínio verdadeiro exercido pelo superior hierárquico<sup>666</sup>. Destarte, o sucesso da empreitada delitiva reside no domínio exercido sobre a organização pelo homem de trás, pois, apenas desse modo estará garantido o sucesso do plano, sendo irrelevante a presença ou não da disposição dos executores à realização dos fatos<sup>667</sup>. Embora essa característica estudada acompanhe, em geral, a autoria mediata verificada pelo domínio da organização, ela não é um aspecto fundamental e, assim, não constitui um pressuposto dessa autoria<sup>668</sup>.

Ainda que possam haver certas críticas ao elemento aqui tratado, percebe-se, tanto por perspectivas criminológicas quanto psicológicas, que o fato de um indivíduo integrar um aparato de poder delitivo o torna mais propenso à prática de delitos. Com isso, porém, não se está a defender um “determinismo” naturalista do meio sobre o sujeito. Ao contrário, trata-se apenas da existência de certas influências em aparatos delitivos que podem tornar sim um indivíduo mais disposto ao cumprimento de ordens delitivas superiores. Desse modo, a “disposição à prática do fato” parece ser um pressuposto idôneo para configuração da autoria mediata pelo domínio de aparatos de poder. De tal sorte, contudo, parece não gozar um outro pressuposto da teoria do domínio da organização.

#### 4.5 UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O PRESSUPOSTO DA DESVINCULAÇÃO DO DIREITO PELO APARATO DE PODER

O elemento da desvinculação do Direito, por parte do aparato organizado de poder, talvez tenha sido um dos requisitos que mais recebeu olhares céticos por parte da doutrina. Sob esses olhares, pode-se dizer que a estruturação teórica do pressuposto faz irromperem algumas problemáticas: qual o âmbito necessário de dissociação do Direito pelo aparato de poder? Em quais aparatos se poderia afirmar a possibilidade de existência de uma desvinculação jurídica? Qual a concepção adequada de Direito para se afirmar que uma organização atua dele apartada? Como

---

<sup>665</sup> PARIONA ARANA, Raúl. La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori. Op. cit. p. 246.

<sup>666</sup> PARIONA ARANA, Raúl. Loc. cit.

<sup>667</sup> PARIONA ARANA, Raúl. Loc. cit.

<sup>668</sup> PARIONA ARANA, Raúl. Ibidem. p. 247.

é tratada a valoração do que é ou não contrário ao ordenamento em organizações estatais que operam de acordo com a normativa vigente?

Inicialmente, para aferir o que se compreende, nas teorizações do domínio da organização, sobre desvinculação do Direito, para além da possibilidade de diferenciação entre desvinculação do Direito positivo e suprapositivo (sobre a qual se tratará posteriormente), faz-se necessária a distinção entre “*desvinculação do direito em sentido amplo e em sentido restringido*”, a partir dos posicionamentos de Roxin e, especialmente, devido à sua mudança de postura quanto a isso<sup>669</sup>.

A *desvinculação do Direito em sentido restrito* é a “desvinculação do direito positivo específica do delito, de uma desvinculação do direito como mero atuar injusto punível”<sup>670</sup>. Tal forma de desvinculação do Direito poderia ser extraída do posicionamento de Roxin, quando argumenta, por exemplo, que a criminalidade precisa sempre fazer referência a um específico tipo e que pode, inclusive, restringir-se a dados modos de efetivação de um “tipo concreto”<sup>671</sup>. Nesse sentido, não é preciso que uma estrutura de poder se desconsidere como vinculada a todos as normas do Código Penal ou que, por exemplo, determine mortes para além do caso individual<sup>672</sup>.

A *desvinculação do Direito em sentido amplo*, por sua vez, era adotada previamente por Roxin, no sentido de que o aparato delitivo em seu conjunto ou como um todo deve agir afastado do ordenamento jurídico para se poder fundamentar uma autoria mediata daqueles que o controlam<sup>673</sup>.

Todavia, a mais recente concepção do professor de Munique acerca da existência de uma desvinculação do Direito em sentido restrito foi criticada tanto por aqueles que, do ponto de vista do funcionalismo sistêmico, defendem que toda atuação criminosa é, em si, algo desvinculado do ordenamento jurídico, quanto pelos que consideram esse aspecto um elemento não fulcral para a existência de uma autoria mediata<sup>674</sup>.

Kai Ambos – deixando momentaneamente de lado o caso dos atiradores do muro de Berlim, na RDA – entende ser possível concordar com a afirmação de Roxin de que se entende que existe uma dissociação do Direito sempre quando um ato

<sup>669</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**... Op. cit. p. 235, tradução nossa, grifo nosso.

<sup>670</sup> AMBOS, Kai. *Ibidem*. p. 236, tradução nossa.

<sup>671</sup> ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Op. cit. p. 64.

<sup>672</sup> ROXIN, Claus. *Loc. cit.*

<sup>673</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Op. cit. p. 276-277.

<sup>674</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 167.

determinado a partir do Estado represente um “injusto punível”<sup>675</sup>. Porém, imediatamente destaca que “*con ello sólo se dice algo que resulta por sí sólo del ocuparse con el derecho penal, es decir, que una conducta determinada es o no un injusto punible*”<sup>676</sup>. Se nesse sentido compreendida, a desvinculação do Direito pelo aparato de poder seria um aspecto verificado em todos os delitos levados a cabo pelo aparato, não possuindo o condão de demarcar as situações de domínio da organização e, tampouco, de embasar esse domínio<sup>677</sup>. Ademais, embora adote em grande parte as teorizações de Roxin, Patricia Faraldo Cabana entende não ser correta a afirmação do autor de que o desligamento do Direito, pelo aparato, precisa ser aferido em relação ao “crimes concretos”, sem a necessidade de que o aparato não se entenda como obrigado ao respeito de todo o Código Penal<sup>678</sup>. Isso acaba por relativizar sobremaneira o requisito da desvinculação do Direito que, para a autora, tem importante papel na fundamentação da autoria mediata aqui estudada<sup>679</sup>. De forma semelhante, Herzberg defende que a questão da dissociação do Direito deixa de ter sentido quando se fundamenta que estaria ligada ao “injusto punível”, pois, ela, então, sempre estaria presente quando alguém realiza um injusto tal a partir de ordens superiores, em uma organização<sup>680</sup>.

Roxin, contudo, sustenta que não é essa sua posição<sup>681</sup>. Embora advogue, como já apresentado, que a desvinculação do Direito precisa estar relacionada somente às atividades incriminadas levadas a cabo pelo aparato de poder e não a toda a abrangência de atuação da organização<sup>682</sup>, o entendimento por debaixo do requisito da dissociação do Direito é o de que o aparato de poder que atua no exterior dos lindes jurídicos poderá confiar também na ausência de “resistência” à realização dos comandos, devido à convicção dos perpetradores de que nunca serão penalmente responsabilizados<sup>683</sup>. Ou seja, a desvinculação do Direito contribui para uma anulação do Direito que contradiz o agir do executor e que o impediria de realizar

---

<sup>675</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional...** Op. cit. p. 238.

<sup>676</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>677</sup> MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori... Op. cit. p. 230.

<sup>678</sup> FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...** Op. cit.

<sup>679</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>680</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. La Sentencia-Fujimori... Op. cit. p. 132.

<sup>681</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 332.

<sup>682</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Op. cit. p. 276-277.

<sup>683</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 332.



o comando delitivo<sup>684</sup>. Por tal razão, Roxin postula pela impossibilidade de configuração de autoria mediata quando um indivíduo em uma empresa materializa a determinação de execução de um fato delitivo<sup>685</sup>. Como, em sua visão, uma empresa estaria sempre vinculada ao Direito, caso ela atue nos seus lindes, o indivíduo sempre tomará em consideração a possibilidade de sua atuação ser descoberta e investigada em termos penais<sup>686</sup>.

Mesmo com esses esclarecimentos, a visão de que o indivíduo que atua em uma organização apartada do jurídico não possui no horizonte a perspectiva de punição penal<sup>687</sup>, o que contribui para que pratique crimes, parece não subsistir a certos apontamentos.

Uma primeira objeção perpassa pela compreensão de Direito para o requisito aqui analisado. Kai Ambos<sup>688</sup>, em consonância com Iván Meini, entende que a desvinculação do Direito não pode constituir um fundamento do domínio da organização se assim compreendida na esteira de Roxin<sup>689</sup>. Em casos de criminalidade estatal é possível verificar aparatos de poder que exercem suas atividades criminais sem se desvincular do Direito ou, ao máximo, apenas se desvinculando de um Direito suprapositivo (natural)<sup>690</sup>. A partir daqui, portanto, estrutura-se a problemática decorrente do requisito ora analisado. Essa problemática atine a como se pode sustentar que um aparato de poder estatal que atua em conformidade com sua ordem legal interna poderia se achar desvinculado do Direito em sua atuação, assim como de que modo seria realizada a valoração jurídica para confirmar essa dissociação. Afinal, no caso das organizações estatais, em que a organização não se encontra fora do ordenamento jurídico, mas é o próprio ordenamento ou porção dele, é dificultoso sustentar que possam estabelecer-se fora

---

<sup>684</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional...** Op. cit. p. 235.

<sup>685</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 332.

<sup>686</sup> ROXIN, Claus. *Ibidem*. p. 333.

<sup>687</sup> Essa expressão é cunhada por Lucas Scheidweiler (SCHEIDWEILER, Lucas Gabriel. **A aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito empresarial.** Op. cit. p. 102).

<sup>688</sup> Kai Ambos sustenta sua posição no sentido de que existem aparatos organizados de poder que acabam por desenvolver condutas que não estão desvinculadas do Direito “positivo”, ou escrito, e que violam, quando muito, o “Direito ‘suprapositivo’”, o qual entende como “Direito natural” (CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori... Op. cit. p. 168).

<sup>689</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 235.

<sup>690</sup> AMBOS, Kai. *Loc. cit.*

dos lindes do Direito<sup>691</sup>, mesmo que considerado o Direito supranacional. Então, caso se adote, para aferir a dissociação do Direito de um aparato, a ideia de desvinculação do “direito suprapositivo (natural)”, como Roxin parece fazer, há então duas concepções de desligamento do Direito que merecem ser diferenciadas: de um lado, haveria a dissociação do “direito escrito, positivo” e que seria o caso “normal” (“*desvinculação do direito positivo*”); de outro, haveria a dissociação do “direito não escrito, suprapositivo” que poderia existir somente excepcionalmente em algumas estruturas de poder estatais (“*desvinculação do ‘direito suprapositivo’*”)<sup>692</sup>.

A “*desvinculação do direito positivo*” por um aparato conduz à retirada da eficácia das “normas de proibição de direito positivo”, de modo que estas não podem mais impedir, como uma “barreira normativa”, a execução material do delito<sup>693</sup>.

Na situação de “*desvinculação do direito suprapositivo*”, a seu turno, o direito positivo vige sem limites, podendo até determinar ou autorizar a prática do fato delituoso; contudo, a organização apartou-se do “direito suprapositivo”, o qual é violado pelo “direito positivo” (que, por exemplo, permite o assassinato de indivíduos, como na RDA) e, com isso, igualmente pelo agir delitivo que neste se fundamenta<sup>694</sup>. Aqui, o bloqueio normativo para o agir do autor imediato que seria retirado pela dissociação do direito não é colocado pelo “direito positivo”, mas, pelo suprapositivo que, destaque-se, precisaria ser constatável pelo perpetrador do feito<sup>695</sup>.

Contudo, no pertinente à atuação dos que possuem o poder em Estados totalitários, embora muitas vezes ocorra de acordo com a ordem jurídica então vigente (de modo que não seria possível sustentar sua dissociação do direito positivo), poder-se-ia dizer que, para alguns autores, se dá de modo avesso aos princípios e valores fundamentais de um Estado de Direito (assim, a dissociação estaria mais relacionada com o desligamento do direito suprapositivo). Nesse sentido, uma atuação fora dos lindes do ordenamento jurídico, como elemento da teoria do domínio da organização, permaneceria vigente. O debate aqui travado, porém, suscita dois pontos centrais, cujo exame desponta como necessário, pelo fato de possibilitar uma melhor análise

---

<sup>691</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del derecho”? **Revista Penal**, [s.l.], n. 6, p. 104-114, 2000. Disponível em: <<https://bit.ly/2P3i7HR>>. Acesso em: 21 set. 2017. p. 106.

<sup>692</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**... Op. cit. p. 235, tradução nossa, grifo nosso.

<sup>693</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>694</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>695</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

do que significaria uma “desvinculação do Direito” em regimes totalitários e, com isso, se seria um requisito necessário para conduzir à autoria mediata dos homens que dirigem o aparato estatal.

Os dois pontos mencionados dizem respeito: a qual a viabilidade de adoção de um “fundamento transpositivo da incriminação”, o qual traz a possibilidade de afirmar a existência de uma “injustiça fundamental da legalidade vigente em um Estado injusto, de ‘não-Direito’” e à viabilidade, depois da derrocada de um regime ditatorial, de “aplicação retroativa de normas penais” incriminadoras de condutas até então legais<sup>696</sup>. Afinal, se posteriormente são julgados fatos que, no momento em que foram realizados, não se encontravam “tipificados” ou, então, estavam albergados por uma “causa de justificação”, seria possível questionar se o princípio da irretroatividade das normas penais prejudiciais não estaria sendo ferido<sup>697</sup>. Um dos modos de se compreender que tal violação não ocorre é pela defesa de que “sobre o ordenamento jurídico positivo de um Estado injusto encontra-se um Direito suprapositivo” que tem como norte os “princípios gerais de Direito” adotados nas Convenções e Tratados internacionais, princípios esses que proíbem a prática de crimes graves contra os povos e contra as pessoas<sup>698</sup>. Essas postulações concretizam-se na “fórmula de Radbruch”, segundo a qual

O conflito entre justiça e segurança jurídica pode ser bem resolvido nesse sentido: O direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, tem prioridade mesmo quando seu conteúdo é injusto ou fracassa em beneficiar as pessoas, a menos que o conflito entre lei e justiça atinja um grau tão intolerável que a lei, enquanto “direito falho”, deve ceder à justiça.<sup>699</sup>

<sup>696</sup> FARALDO CABANA, Patricia. La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, España, n. 13, p. 145-163, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ddkgu6>>. Acesso: 18 nov. 2017. p. 156.

<sup>697</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit.

<sup>698</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Loc. cit., tradução nssa.

<sup>699</sup> RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). Translated by PAULSON, Bonnie Litschewski; PAULSON, Stanley L. **Oxford Journal of Legal Studies**, [s.l.], v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ojls/article/26/1/1/1505665>>. Acesso em: 28 out. 2018. Título original: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. p. 7, tradução nossa. No original, lê-se: “The conflict between justice and legal certainty may well be resolved in this way: The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as ‘flawed law’, must yield to justice”.

A segurança jurídica, assim, exigiria que o Direito positivo fosse aplicado mesmo quando injusto<sup>700</sup>. Ainda assim, a necessidade de existência de uma segurança jurídica é também uma demanda da justiça<sup>701</sup>. Por isso, a segurança jurídica é uma forma da justiça, o que leva a que o conflito entre justiça e segurança jurídica, como consta na fórmula mencionada, expresse um conflito da “justiça consigo mesma”<sup>702</sup>. Nesse sentido, a partir da fórmula de Radbruch, tem-se que havendo um conflito entre a segurança jurídica e a justiça, entre lei questionável e um direito justo não concretado enquanto lei, haveria um conflito da justiça consigo mesma, isto é, um conflito entre “justiça aparente” e “justiça real”<sup>703</sup>. Essa concepção vai contrariamente ao positivismo<sup>704</sup> e permite afirmar que grandes partes do Direito da Alemanha nacional-socialista nunca gozaram da “dignidade de um direito válido”<sup>705</sup>.

A adoção do postulado de Radbruch confere fundamentação suprapositiva de incriminação e possibilita explicar de que modo a atuação de um Estado totalitário pode se dar, por completo, no exterior do “marco do Ordenamento jurídico”, sendo tal marco não aquele conferido pelo Direito do Estado, mas outro mais abrangente, podendo-se chamá-lo de “internacional, suprapositivo, supralegal ou natural”<sup>706</sup>. Deve-se destacar, entretanto, que apenas uma extrema injustiça, uma insustentável contradição em face do cerne dos direitos humanos conduz à perda do aspecto jurídico ou da validade jurídica da respectiva norma estatal<sup>707</sup>. Por conta disso, considerando a necessidade de requisitos mínimos de Justiça como pressuposto indispensável para o caráter ou validade jurídica(a) das normas criadas pelo Estado, seria possível defender que o “Estado injusto” age plenamente desligado ou fora dos lindes do ordenamento jurídico<sup>708</sup>. Portanto, o direito suprapositivo, a partir dessas

---

<sup>700</sup> RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. México - Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1951. 192 p. (Breviarios del Fondo de Cultura Económica. Filosofía del derecho, n.42). p. 44.

<sup>701</sup> RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). Op. cit. p. 6.

<sup>702</sup> RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. Op. cit. p. 44.

<sup>703</sup> RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). Op. cit. p. 6.

<sup>704</sup> FARALDO CABANA, Patricia. La fórmula de Radbruch y la construcción... Op. cit. p. 157; ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. Traducción de SEOANE, José Antonio. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, España, n. 5, p. 75-96, 2001. Disponível em: <<https://bit.ly/2z7GzwR>>. Acesso em: 14 out. 2018. Título original: Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel. p. 77.

<sup>705</sup> RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). Op. cit. p. 7, tradução nossa.

<sup>706</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Op. cit. p. 160, tradução nossa.

<sup>707</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Ibidem. p. 160-161.

<sup>708</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Ibidem. p. 161.

teorizações, estaria vinculado aos “princípio de Direito Internacional”<sup>709</sup>. Em casos de extrema injustiça pela atuação do aparato estatal, na visão de Patricia Faraldo Cabana, seria possível a incidência da fórmula de Radbruch e o afastamento das rejeições à “aplicação retroativa de normas penais desfavoráveis ao réu”<sup>710,711</sup>, quando dos julgamentos de condutas antigas sob novos marcos punitivos. Com esta visão, portanto, seria legítimo também se sustentar a possibilidade e o requisito de que um aparato de poder estatal atue afastado do *Direito* – mesmo que esteja de acordo com uma normativa legal vigente – para que os homens por detrás dele sejam considerados autores mediatos dos crimes a partir dele praticados.

Quanto a essa adoção do posicionamento de Radbruch para conferir legitimidade ao requisito da desvinculação do Direito, contudo, cumpre abrir um parênteses, pois, não se pode descolar suas teorizações do momento em que foram postas. As teses do autor alemão são de um momento pós-Segunda Guerra e, mais especialmente, pós-regime nazista na Alemanha. Como ensina Hassemer, nesse momento, o Direito penal passou a enfrentar um problema típico verificável durante e após momentos de “ilícitos legais”<sup>712</sup>. Isto é, tratam-se dos problemas ligados aos crimes praticados sob a égide de outra ordem jurídica (“delitos de velha ordem”) e à impossibilidade de submetê-los a um processo sem a utilização de “princípios jurídicos supra positivos”<sup>713</sup>. Após o momento obscuro da Alemanha nazista, os teóricos ligados à prática penal e à teoria penal direcionada à Teoria do Estado e à Filosofia do Direito relataram esse impasse e buscaram uma solução<sup>714</sup>. Nesse tempo, houve, portanto,

<sup>709</sup> FARALDO CABANA, Patricia. La fórmula de Radbruch y la construcción... Op. cit. p. 161, tradução nossa.

<sup>710</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Ibidem. p. 162, tradução nossa.

<sup>711</sup> Além de Robert Alexy tecer uma análise sobre os postulados de Radbruch (ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. Op. cit.), Jakobs desenvolveu alguns críticas à fórmula, como a de que ela dirige a uma “punibilidade jusnaturalista” que não satisfaz o moderno Direito penal (JAKOBS, Günther. Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado: ¿penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana? Traducción de ALCOVER, Pilar Giménez. **Doxa**: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 17-18, p. 445-467, 1995. Disponível em: <<https://bit.ly/2AwABHG>>. Acesso: 18 set. 2018. p. 458-459). E algumas perspectivas deste último autor são incorporadas, também, por Muñoz Conde (MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder... Op. cit.). A posição de Jakobs, contudo, buscou refutar Patricia Faraldo Cabana (FARALDO CABANA, Patricia. La fórmula de Radbruch y la construcción... Op. cit.). Embora se configure toda essa discussão doutrinária, além-se aqui às teorizações de Radbruch e, então, serão mostradas as questões que dela derivam a partir de alguns outros marcos teóricos da Filosofia e do Direito Penal.

<sup>712</sup> HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista de informação legislativa**, v. 30, n. 118, p. 237-282, abr./jun. 1993. Disponível em: <<https://bit.ly/2CNJsGJ>>. Acesso: 7 out. 2018. p. 240.

<sup>713</sup> HASSEMER, Winfried. Loc. cit.

<sup>714</sup> HASSEMER, Winfried. Loc. cit.

um ressurgimento do Direito natural<sup>715</sup> como “reação” à atuação estatal sob regimes ditatoriais, sendo manifesta a posição de Radbruch nesse sentido<sup>716</sup>. Todavia, a busca por “uma segurança suprapositiva” gerou, no âmbito do Direito penal, uma espécie de “fundamentação jurídica” não adequada e que não se pode aceitar para uma sociedade secular, pois, não possibilita uma análise objetiva do substrato<sup>717</sup>. Houve, nessa época de meados dos anos 50, uma enlouquecida procura por fundamentos normativos suprapositivos aptos a refutar “validade ao ilícito” expressado nos moldes “de leis positivas com argumentos teoricamente aceitáveis”<sup>718</sup>. Nesse sentido, a orientação do Direito penal para fundamentos jusnaturalistas (na doutrina e na prática judicial) foi “compreensível” no momento pós-1945 e praticamente “inevitável”<sup>719</sup>. No entanto, aqui, desponta de forma natural a problemática do “grau de intensidade, fundamentalidade, certeza e abstração com que as normas supra positivas devem apresentar-se” para que possam dar conta das tarefas necessárias de maneira satisfatória<sup>720</sup>. Hassemer critica, então, o modo como isso se deu, pois

As ciências penais de orientação jusfilosófica do pós-Guerra voaram normativamente alto demais, [...]. Sobretudo, pode-se asseverar que o debate em torno dos ilícitos penais da era nazista foi, nestes anos, estruturado em termos muito abstratos e normativos, portanto estreitos. [...].<sup>721</sup>

Destarte, quando se trata da desvinculação do Direito como pressuposto da teoria do domínio da organização, com especial ligação aos aparatos de poder estatais, despontam como problemáticas três questões: a postulação por uma dissociação do Direito enquanto “Direito natural” para fundamentar uma autoria mediata no contexto do domínio de aparatos de poder estatais; a equiparação entre Direito internacional, direitos humanos e Direito natural firmada por alguns autores; e a aplicação automática das postulações de Radbruch ao contexto contemporâneo,

<sup>715</sup> HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. Op. cit. p. 242.

<sup>716</sup> Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de: VARRIALE, Carmen C. et al. v. 1. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Título original: Dizionario di política. p. 655-660. p. 659. Sobre uma análise da discussão entre jusnaturalismo e positivismo que se erigiu no período, relacionando-a com hipotético caso concreto de julgamento na Alemanha pós-Segunda Guerra, cf. NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Título original: Introducción al análisis del derecho. p. 19.

<sup>717</sup> HASSEMER, Winfried. Op. cit. p. 242.

<sup>718</sup> HASSEMER, Winfried. Loc. cit.

<sup>719</sup> HASSEMER, Winfried. Ibidem. p. 243.

<sup>720</sup> HASSEMER, Winfried. Ibidem. p. 243-244.

<sup>721</sup> HASSEMER, Winfried. Ibidem. p. 244.

além de uma possível interpretação de seus estudos a partir de noções abstratas de Justiça<sup>722</sup>.

De início, impende ressaltar que Kai Ambos reforça sua posição de que vedações suprapositivas seriam por demais indefinidas para que pudessem ser um obstáculo normativo à realização material de um fato, no sentido de Roxin, de forma que não teria sentido buscar compreender a desvinculação do Direito senão relacionada com o direito positivo<sup>723</sup>. Desse modo, a crítica à concepção ampla<sup>724</sup> de desvinculação do Direito é se o direito suprapositivo pode servir realmente como uma barreira normativa, sendo então exilado pela dissociação do direito suprapositivo em sentido restrito<sup>725</sup>. A discussão trata unicamente de uma “questão de valoração” (não constatável faticamente) “de se o direito suprapositivo é considerado reconhecível para o executor”, de forma que a desvinculação do Direito pelo aparato de poder retire de tal agente todo o bloqueio normativo que, em tese, impediria sua atuação<sup>726</sup>.

Concluiu Kai Ambos, então, que o pressuposto da dissociação do Direito, pelo menos como uma dissociação do direito suprapositivo, aparenta trazer, mais do que utilidade, várias confusões<sup>727</sup>. Esse pressuposto, na modalidade suprapositiva, seria idôneo enquanto requisito da teoria do domínio da organização apenas se a desvinculação fosse apta a remover do autor imediato as possíveis “inibições normativas”<sup>728</sup> ao seu agir. Nesse sentido, caso adotado esse critério, a relevância a ele atribuída por Roxin para demarcação entre casos de autoria mediata e indução se atingiria apenas a partir da sua visão enquanto “desvinculação do direito positivo em sentido restrito”<sup>729</sup>, pois o direito em sentido restrito seria mais perceptível pelo executor para constituição de uma “inibição normativa” que, posteriormente, é retirada a partir da desvinculação do aparato<sup>730</sup>. A desvinculação do direito em sentido

---

<sup>722</sup> Radbruch, em sua obra, busca trazer profunda fundamentação sobre conceitos de justiça, de modo que a noção “abstrata” a que se faz referência poderia ser gerada por algumas visões específicas da fórmula do autor, mas não significa que ele próprio estructure sua teorização dessa maneira.

<sup>723</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional...** Op. cit. p. 237.

<sup>724</sup> A partir desse momento, entretanto, Kai Ambos aparenta misturar conceitos, tratando de modo equivalente desvinculação do direito em sentido restrito com desvinculação do direito em sentido positivo, bem como desvinculação do direito em sentido amplo com desvinculação do direito em sentido suprapositivo. Assim, nesse ponto em específico, parece ser necessário compreender “desvinculação em sentido restrito” como desvinculação do direito positivo e “desvinculação em sentido amplo” como do direito suprapositivo.

<sup>725</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 237.

<sup>726</sup> AMBOS, Kai. *Ibidem*. p. 238, tradução nossa.

<sup>727</sup> AMBOS, Kai. *Ibidem*. p. 239.

<sup>728</sup> AMBOS, Kai. *Loc. cit.*, tradução nossa.

<sup>729</sup> AMBOS, Kai. *Loc. cit.*

<sup>730</sup> AMBOS, Kai. *Passim*.

suprapositivo, embora relevante, sofre das incertezas que envolvem o direito suprapositivo, não sendo apta a servir de critério confiante para delineamento e fundamentação da autoria mediata em virtude do domínio pelo aparato de poder<sup>731</sup>. Assim, tal critério não é essencial para a definição da forma de autoria aqui estudada<sup>732</sup>.

Outrossim, cabe traçar algumas outras observações sobre a incorporação, para o elemento aqui tratado, de uma concepção de Direito vinculada ao Direito natural, como seguem os posicionamentos de Roxin e da fórmula de Radbruch<sup>733</sup>. Do ponto de vista do Direito penal – ainda que também se pautando nas lentes da Filosofia do Direito – a adoção de uma acepção de Direito conectada com um “jusnaturalismo” merece algumas críticas. Embora a adesão a “enunciados jusnaturalistas”, em momentos de dificuldade normativa, possam ser úteis – no mínimo com relação aos resultados alcançados – seu emprego como “dotação normal da justiça penal ou do Direito penal” traz consequências avassaladoras: distanciam-se tanto “da crítica e do controle (pilares de uma organização judiciária no Estado de Direito)” quanto de maneiras alternativas “de decidir ou de fundamentar”; obstam uma atuação “democraticamente” estruturada, dos sujeitos afetados, na elaboração das “normas jurídicas” de todo tipo; disseminam posturas “de dedução normativa”; e confinam a interferência sobre a criação e propagação “do Direito aos especialistas”<sup>734</sup>. Ademais, no momento pós-regime nazista, prescrições normativas com elementos jusnaturalistas, para além de servirem como modo de lutar contra ilícitos plasmados em leis, permitiam uma blindagem contra controvérsias e contra a possibilidade de que fossem rapidamente negados pelo variante clima do momento, afinal, “o distanciamento da historicidade e de condicionantes de tempo e espaço é uma marca específica e tradicional da fundamentação jusnaturalista de normas”<sup>735</sup>.

Esgrimidas, portanto, as problemáticas em torno da adoção de uma concepção de Direito ligada ao Direito natural, surge outra questão decorrente da fórmula de Radbruch. Embora se busque amenizá-la, argumentando que se aplicaria

---

<sup>731</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional...** Op. cit. p. 239.

<sup>732</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>733</sup> Para uma apresentação das críticas ao jusnaturalismo a partir da Filosofia do Direito em Bobbio, cf. SCHEIDWEILER, Lucas Gabriel. **A aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito empresarial.** Op. cit.

<sup>734</sup> HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. Op. cit. p. 245-246.

<sup>735</sup> HASSEMER, Winfried. Ibidem. p. 246.



não para todos os casos e apenas para situações de injustiça extrema<sup>736</sup>, poder-se-ia entender pela possibilidade de o postulado conduzir a interpretações pautadas em noções excessivamente abstratas de Justiça. E mesmo a simples referência à necessidade de uma lei injusta ceder à Justiça parece passível de ser criticada. Afinal, ligada à controvérsia da delimitação do que é Direito natural, é igualmente problemática a definição do que é Justiça para que se possa afirmar que uma lei, frente a ela, seja injusta. São várias as possíveis acepções de Justiça: distributiva, reparadora, formal, substancial, as que ligam a Justiça ao utilitarismo, dentre outras<sup>737</sup>. Nesse sentido, podendo-se considerar a Justiça como um conceito normativo e o problema da viabilidade de defini-la em “termos descritivos”, a melhor alternativa é compreendê-la enquanto “noção ética fundamental e não determinada”<sup>738</sup>. Ora, se a melhor acepção de Justiça é enquanto uma noção indeterminada e se ela admite uma variabilidade de significados, fica difícil poder afirmar que leis *injustas* devam ceder frente à *Justiça*, em especial se considerada esta de forma genérica. Embora seja evidente que no regime nazista houve patentes e escabrosas injustiças nas determinações que pautaram a atuação do Estado, o que se busca apresentar, com o exposto, é a problemática em se definir o que é Justiça e o que é desvinculação do Direito em situações limítrofes.

Por fim, cabe apenas registrar que, não obstante alguns autores<sup>739</sup>, ao tratarem do requisito do afastamento do Direito pela maquinaria de poder, aparentem vincular Direito natural aos direitos humanos ou mesmo Direito natural e Direito internacional, supralegal e suprapositivo, essas noções não são, necessariamente, equivalentes.

De todo o exposto, extrai-se que, seja pela multiplicidade de concepções de Direito admitidas, seja pela dificuldade de reconhecimento de um direito suprapositivo ou, ainda, pela abstração e abertura das noções de Direito natural e Justiça, aparenta

---

<sup>736</sup> FARALDO CABANA, Patricia. La fórmula de Radbruch y la construcción... Op. cit.

<sup>737</sup> Justiça. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de: VARRIALE, Carmen C. et al. v. 1. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Título original: Dizionario di política. p. 660-666.

<sup>738</sup> Justiça. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Ibidem*. p. 661.

<sup>739</sup> As teorizações de Roxin caminham no sentido da necessidade de desvinculação do Direito supralegal, entendido como “direito nacional estatal de nível superior”, “acordos internacionais do Estado em questão”, “costume internacional”, “direitos humanos baseados no direito natural” e “valores fundamentais comuns a todos os povos civilizados”. Patricia Faraldo Cabana, por sua vez, trata amplamente de ordenamento jurídico, vinculando tal amplitude a um Direito “internacional, suprapositivo, supralegal o natural” (FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas**... Op. cit.) – assim, aparenta equiparar todas essas formas de compreensão do Direito.

árdua a defesa do requisito da desvinculação do Direito como pressuposto idôneo para se fundamentar a autoria mediata do indivíduo que dirige um aparato de poder<sup>740</sup>. O problema em se buscar nesse elemento um requisito geral para a teoria do domínio da organização radica, especialmente, nas dificuldades de se definir a existência da desvinculação do Direito em Estados ditatoriais que pautam suas atuações “ilícitas” em uma normativa vigente. É complicado, pois, definir-se o que é Direito e o que é Justiça para afirmar ou negar a presença do elemento da teoria em uma situação concreta. Porém, parece que, ainda que se opte por deixar de lado esse requisito como algo necessário para configuração da autoria mediata em virtude do domínio de aparatos de poder, a possibilidade de se responsabilizar os “dirigentes” de estruturas hierarquizadas na qualidade de autores mediatos permanece em pé.

Com o pressuposto então examinado, portanto, conclui-se um estudo crítico “geral” da teoria do domínio da organização, a qual, como se constatou, precisa ser matizada em alguns de seus pontos. Dadas as críticas construtivas – ou desconstrutivas – a alguns elementos da teoria, parece que o modelo original de Roxin, embora ainda adotado por muitos, passa por transformações. Tratam-se aqui, porém, de posições que buscam aperfeiçoar o entendimento do professor de Munique, e não lhe derrubar por completo. E para além dos entendimentos e críticas gerais à teoria aqui tecidos, a análise dos seus elementos constitutivos assume alguns outros contornos específicos quando se está diante de diversos terrenos por ela alcançados. Seja no Direito Penal Internacional, na criminalidade empresarial ou mesmo nos julgamentos pelos Tribunais brasileiros, é pertinente o exame de como a teoria do domínio da organização dialoga com tais realidades e, igualmente, como tais realidades conformam a teoria.

---

<sup>740</sup> Nesse caminho, igualmente postula Lucas Scheidweiler (SCHEIDWEILER, Lucas Gabriel. **A aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito empresarial**. Op. cit. p. 87).

## 5 O ALCANCE DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

O presente e último capítulo tem como fim trazer ao palco as principais questões decorrentes da disseminação da teoria do domínio da organização, as quais eclodiram tão logo ela tocou novas terras. Para além de a teoria ter tido grande alcance geográfico, viajando da Europa à América, também gozou de grande expansão em termos de segmentos doutrinários e setores de aplicação judicial, espalhando-se – ainda que não sem rejeição – para outros campos do Direito e da práxis, como o Direito Penal Internacional e a criminalidade empresarial. O objetivo aqui perseguido não é o de tratar exaustivamente acerca da aplicação da teoria em cada área que alcançou. Ainda assim, para além da apresentação das possíveis ligações da teoria com o Direito Penal Internacional e com a criminalidade empresarial, será apresentado o modo como foi empregue por alguns tribunais brasileiros (tanto pelo STF quanto por instâncias inferiores).

### 5.1 A TEORIA E O DIREITO PENAL INTERNACIONAL

A autoria mediata em virtude do domínio de aparatos de poder organizados precisa ser diferenciada, no âmbito do Direito Penal Internacional, de outras figuras que eram utilizadas com o objetivo de se atribuir responsabilidade penal àqueles indivíduos que comandavam crimes sistemáticos passíveis de punição internacional, tais quais a *joint criminal enterprise* (“empresa criminal comum”) e a “responsabilidade do superior hierárquico”<sup>741</sup>.

A teoria do domínio da organização encontra-se em uma zona de intersecção entre a responsabilidade coletiva e a individual, de modo que se aproxima da forma de responsabilização “sistêmica” da *joint criminal enterprise* (“empresa criminal conjunta”), relevante no Direito Penal Internacional<sup>742</sup>. Todavia, não deve ser com ela confundida. A *joint criminal enterprise* (JCE) foi empregada para caracterizar a criminalidade de caráter sistemático, antes de o Tribunal Penal Internacional adotar a teoria do domínio da organização<sup>743</sup>. Além disso, era preferida por alguns Tribunais

<sup>741</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 314.

<sup>742</sup> AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. Op. cit. p. 14.

<sup>743</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 326. Em sentido semelhante, cf. BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. La co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana en el Derecho Penal

internacionais para responsabilizar os organizadores de delitos e outros indivíduos que não se encontravam na execução do fato<sup>744</sup>. Essa modalidade de imputação penal foi desenvolvida, inicialmente, pelo Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia, com o fim de dar uma resposta adequada à forma de criminalidade coletiva verificada no caso *Tádic*<sup>745</sup>. Por outro lado, em tribunais nacionais, a doutrina não teve função alguma<sup>746</sup>.

A qualificação da reponsabilidade dos indivíduos, com base na *joint criminal enterprise*, dá-se a partir de uma distribuição “mútua de atos entre uma pluralidade de pessoas atuando na busca de um plano criminal comum, ainda que essas pessoas não realizaram, verdadeiramente, o *actus reus* do delito”<sup>747</sup>. Assim, são abrangidas as situações em que os participantes “executam uma empresa comum”, com base em uma “decisão comum”, bem como as situações “dos campos de concentração” e aquelas em que “os participantes se excedem em relação ao planejado, desde que isso fosse previsível para os demais integrantes”<sup>748</sup>. E acerca de suas modalidades, foram diferenciadas em três, na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia: “básica”, “sistêmica” e “ampliada”<sup>749</sup>. O *actus reus* das três formas é o mesmo: uma multiplicidade de indivíduos; um plano conjunto entre os “coautores” resultando na ou envolvendo a prática de um delito; uma colaboração do acusado para o plano comum<sup>750</sup>. O que as diferencia é a *mens rea*: na forma básica, deve haver conhecimento e vontade; na sistêmica, o indivíduo precisa estar ciente da característica do sistema que integra e atuar para seu prolongamento; na modalidade “ampliada”, o indivíduo pode ser responsabilizado apenas se os crimes manifestam uma previsível e natural consequência do “plano comum”<sup>751</sup>.

---

Internacional? **Revista Penal México**, n. 2, p. 127-136, julio-diciembre 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6158026>>. Acesso: 22 out. 2018. p. 130.

<sup>744</sup> WEIGEND, Thomas. Perpetration through an Organization... Op. cit. p. 105.

<sup>745</sup> MANACORDA, Stefano; MELONI, Chantal. Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise... Op. cit. p. 162.

<sup>746</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 326.

<sup>747</sup> MANACORDA, Stefano; MELONI, Chantal. Op. cit. p. 162, tradução nossa. A denominação *actus reus* é utilizada no Direito Penal Internacional para designar o componente objetivo de um crime, ao passo que *mens rea* designa o elemento subjetivo.

<sup>748</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 326.

<sup>749</sup> MANACORDA, Stefano; MELONI, Chantal. Op. cit. p. 171, tradução nossa. No original, os termos constam como “*basic, systemic and extended*” (MANACORDA, Stefano; MELONI, Chantal. Op. cit. p. 162).

<sup>750</sup> MANACORDA, Stefano; MELONI, Chantal. Op. cit. p. 162.

<sup>751</sup> MANACORDA, Stefano; MELONI, Chantal. *Ibidem*. p. 162-163.

Porém, na visão de Kai Ambos, não seria possível a aplicação dessa espécie de atribuição de responsabilidade tendo-se por fundamento o artigo 25 do Estatuto de Roma – fazê-lo iria contrariamente ao princípio da legalidade<sup>752</sup>. Além disso, a doutrina da *joint criminal enterprise* colide com o princípio da culpabilidade, devido à tendência de, a partir dela, se considerarem todos os intervenientes de forma igualitária no momento de atribuição de responsabilidade<sup>753</sup>. Ao contrário, portanto, da *joint criminal enterprise*, Manacorda e Meloni compreendem que, pela teoria do domínio da organização, torna-se possível uma maior precisão no julgamento da responsabilidade individual do interveniente na prática do delito<sup>754</sup>.

Em conjunto com a doutrina da *joint criminal enterprise*, no Direito Penal Internacional, várias vezes, fez-se uso da “teoria da responsabilidade do superior”<sup>755</sup>. A teoria é denominada, na língua inglesa, pela expressão “*command responsibility*” quando se refere à atribuição de responsabilidade a comandantes militares<sup>756</sup>. Porém, essa modalidade de responsabilidade pode ser estendida a superiores civis, o que teria sido reconhecido de forma definitiva pelo Estatuto de Roma<sup>757</sup>.

Essa forma de responsabilização busca punir a omissão de um superior, o qual será responsável pelo fato de, à frente dos atos criminosos de seus subordinados (“crimes base”), não ter adotado nenhuma medida contrária a isso ou, de todo modo, não ter empregado as “medidas necessárias e razoáveis”<sup>758</sup>. Aqui há, portanto, um descumprimento do dever de “prevenção, supervisão e sanção” de todo delito que seja possível de ser ou de fato seja praticado pelos seus subordinados, de modo que tal forma de responsabilidade expressa a “obrigação jurídica” de agir do superior, em relação à qual se omite<sup>759</sup>.

A Corte Suprema de Justiça do Peru coloca em destaque que essa modalidade de atribuição de responsabilidade é distinta daquela da teoria do domínio da organização<sup>760</sup>. A forma de autoria derivada desta última concepção se dará

<sup>752</sup> AMBOS, Kai. Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. **Journal of International Criminal Justice**, [s.l.], Volume 5, Issue 1, p. 159-183, 1 March 2007. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/5/1/159/879620>>. Acesso em: 13 out. 2018. p. 173.

<sup>753</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>754</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 327.

<sup>755</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>756</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**... Op. cit. p. 395-396.

<sup>757</sup> AMBOS, Kai. Loc. cit.

<sup>758</sup> AMBOS, Kai. Ibidem. p. 296, tradução nossa.

<sup>759</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 652.

<sup>760</sup> PERU. Loc. cit.

sempre a partir de um ato de *comissão* – e não de omissão – que é passado de desde a emissão do comando pelo nível superior até a sua prática concreta pelo indivíduo interposto<sup>761</sup>. Além disso, tratar de forma semelhante os casos de exercício de um poder de mando para controle de um aparato de poder incumbido da prática de crimes e aqueles em que superiores, de forma culpável, apenas infringiram “seus deveres de vigilância” levaria a um afastamento da exatidão que se atingiu com a teoria do domínio da organização, no que atine à atribuição de responsabilidade na forma de autoria<sup>762</sup>.

Além disso, para a Corte Suprema de Justiça peruana, em termos de Direito Penal Internacional do TPI, essa forma de “responsabilidade do superior” está prevista de forma específica, no Estatuto de Roma, no artigo 28, pois o artigo 25(3)(a) faz referência com maior exatidão à autoria mediata<sup>763</sup>. Devido à redação do Estatuto de Roma, todavia, a interpretação dessa figura gera inúmeros debates<sup>764</sup>. De todo modo, pode-se concluir que tal forma de responsabilização possui um âmbito de aplicação próprio e não pode ser confundida com a autoria mediata verificada a partir do domínio de aparatos de poder organizados.

Compreende-se, assim, que a teoria do domínio da organização teria dado um passo adiante em relação à *joint criminal enterprise* e à forma de responsabilização pautada na *command responsibility*<sup>765</sup>, o que revela sua importância para o âmbito jurídico-penal internacional. E esse posicionamento é corroborado pela atuação do Tribunal Penal Internacional.

Embora, inicialmente, a teoria do domínio da organização não tenha gozado de grande acolhimento no campo do Direito Penal Internacional, isso mudou com a atuação inicial do TPI e a partir da fundamentação jurídica proporcionada pelo artigo 25(3)(a) do Estatuto de Roma<sup>766</sup>, o qual prevê de forma explícita a possibilidade de uma autoria mediata configurada a partir de um executor com responsabilidade

---

<sup>761</sup> PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Op. cit. p. 652.

<sup>762</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 329.

<sup>763</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 328.

<sup>764</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**... Op. cit.

<sup>765</sup> BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. Foreword. **Journal of International Criminal Justice**, [s.l.], Volume 9, Issue 1, p. 85-89, 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/2AFo3xY>>. Acesso em: ago. 2018. p. 88.

<sup>766</sup> “**Artigo 25** Responsabilidade Criminal Individual [...] 3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: [...] a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;”

plena<sup>767</sup>. Kai Ambos argumenta que, por meio do art. 25(3)(a) e (b), do Estatuto de Roma, fez-se presente a forma da autoria mediata, pois, incrimina-se como autor quem pratica o fato por meio de outro ou quem ordena sua realização (este último caso, afirma o autor, se aproxima mais da autoria mediata do que da participação)<sup>768</sup>. O Tribunal Penal Internacional, igualmente, afirma que os elaboradores do Estatuto de Roma buscaram definir uma forma de prática de crimes, no art. 25(3)(a), que abrange aquela realização por meio de pessoas não inocentes, mas responsáveis, que servem como um instrumento<sup>769</sup>. Kai Ambos, todavia, ao tratar da forma como a autoria mediata se expressa no Direito Penal Internacional, aduz que, embora a autoria mediata pelo domínio de aparatos de poder possua uma vigência internacional, há necessidade de uma concretização suplementar de seus pressupostos<sup>770</sup>.

Após apenas indícios de uma jurisprudência no sentido da adoção das teorizações de Roxin no segmento do Direito Penal Internacional, a Sala de Questões Preliminares I do Tribunal Penal Internacional adotou, em 2008, no caso “*The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*”, a teoria do jurista alemão relativa à autoria mediata em virtude do domínio de aparatos de poder organizados<sup>771</sup>. O Tribunal Penal Internacional, ao tratar da responsabilidade por autoria mediata a partir do art. 25(3)(a), do Estatuto de Roma, empreendeu grande esforço para analisar os pressupostos de reconhecimento de autoria mediata pelo domínio de uma organização, trazendo à arena as construções dogmáticas de Roxin<sup>772</sup>. No caso, o TPI, para além de adotar a teoria do domínio do fato (e rejeitar critérios subjetivos ou objetivos de definição de autoria), chega a analisar alguns dos principais elementos que integram a teoria do domínio da organização – como propostos por Roxin – com o fim de aferir a responsabilidade penal de Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui: controle sobre a organização, aparato de poder

---

<sup>767</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 314.

<sup>768</sup> AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**... Op. cit. p. 196.

<sup>769</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. Decision On The Confirmation Of Charges... Op. cit. p. 168.

<sup>770</sup> AMBOS, Kai. Op. cit. p. 196-197.

<sup>771</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 339.

<sup>772</sup> Quanto a esse posicionamento, porém, cabe registrar que Werle e Burghardt entendem que o Tribunal deveria ter realizado uma “interpretação sistemática e teleológica” do Estatuto de Roma, e não um exercício de direito comparado, como fez, para evocar a autoria mediata em virtude do domínio de aparatos organizados de poder (BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. La co-autoría mediata... Op. cit. p. 131-132).

organizado e hierárquico, execução dos delitos garantida por uma quase automática anuência<sup>773</sup>. Outrossim, também no mandado de prisão emitido contra o presidente do Sudão Al Bashir, de 2009, pela prática de crimes contra a humanidade e de crimes de guerra, a Sala de Questões Preliminares I do TPI baseou-se na teoria do domínio da organização para a aferição da sua responsabilidade penal<sup>774</sup>.

O que se extraem das decisões do Tribunal Penal Internacional, em especial do caso *Katanga e Ngudjolo Chui*, são os contornos específicos que os pressupostos da teoria do domínio da organização podem tomar em face das situações que envolvem a realização de alguns dos “crimes mais graves contra a humanidade” (como crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de guerra) não apenas pelo Estado, mas também por grupos milicianos paramilitares. Alguns desse contornos puderam ser aferidos ao longo deste trabalho, quando da análise dos distintos pressupostos ligados à teoria do domínio da organização: a estruturação de organizações pautadas por vínculos informais, os modos de se conseguir a obediência de subalternos (como por treinamentos militares intensivos), o poder de mando exercido de maneira pessoal pelo líder de organizações, dentre outros. Tais peculiaridades que enfrenta o Direito Penal Internacional revelam, destarte, a importância de se estudar o modo de utilização da teoria do domínio da organização no Tribunal Penal Internacional e a forma pela qual ela é adaptada às situações concretas.

Por fim, cabe mencionar que Werle e Burghardt<sup>775</sup> identificaram que o Tribunal Penal Internacional aceita a possibilidade de uma “coautoria mediata”, caracterizada pela conjugação de componentes da coautoria e da autoria mediata. No entanto, os autores entendem que aquilo que o Tribunal trata como “coautoria mediata” (como nos casos “Katanga e Chui” e “Al Bashir”) deve ser analisado sob títulos de imputação distintos<sup>776</sup>. Apenas no caso Katanga teria sido corretamente utilizada a denominação “coautoria mediata”<sup>777</sup>. Nele, essa forma de intervenção criminal, por ser uma variação da coautoria, foi caracterizada pela existência de distintos aparatos de poder

---

<sup>773</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. Decision On The Confirmation Of Charges... Op. cit. p. 168. Sobre breve menção a essa adoção dos pressupostos, cf. BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. La co-autoría mediata... Op. cit. p. 132.

<sup>774</sup> ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 315.

<sup>775</sup> BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. Op. cit. p. 130.

<sup>776</sup> BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. Ibidem. p. 134.

<sup>777</sup> BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. Loc. cit.



dominados de forma independente por cada um dos acusados<sup>778</sup>. Então, a fundamentação para responsabilizar os dois indivíduos pela obra completa e na qualidade de autores apenas é possível em se adotando os princípios elementares da coautoria, ou seja, havendo uma mútua imputação pelas contribuições do outro ao fato<sup>779</sup>. Assim, há possibilidade de que ao menos um coautor preste uma contribuição ao fato planejado, pelos instrumentos por ele dominados, para que a coautoria mediata seja configurada<sup>780</sup>. E deve-se ressaltar que, nessa modalidade, a possibilidade para se afirmar a existência de um “domínio funcional do fato” sobre o acontecimento total se dá quando não apenas os indivíduos de trás cooperam entre si, mas também os executores<sup>781</sup>. Por outro lado, no caso Al Bashir, a expressão “coautoria mediata” teria sido empregada erroneamente, pois tratar-se-ia de uma situação de “autoria mediata em coautoria”<sup>782</sup>. Tal modalidade de contribuição delitiva é caracterizada quando o domínio do fato, o controle sobre ele ou ainda sobre executores é efetivado por vários indivíduos que contribuem em conjunto, de maneira associada<sup>783</sup>. Nessa hipótese, aquele que se encontra por detrás e que faz funcionar o domínio da organização é um “coletivo”, e não um único indivíduo<sup>784</sup>. Interessante observar que Muñoz Conde reconheceu esta segunda modalidade de intervenção delitiva para os delitos praticados mediante aparatos de poder empresariais, embora a tenha denominado de “coautoria mediata”, como se verá posteriormente<sup>785</sup>.

Essas duas últimas formas de imputação penal tratadas e que foram reconhecidas pelo Tribunal Penal Internacional representam, assim, as variações que a autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder pode assumir e proporcionar.

Com todo o exposto, fica claro como a teoria do domínio da organização ocupou importante espaço no Direito Penal Internacional, servindo para responsabilizar de forma mais precisa os indivíduos que praticam crimes a partir do controle de organizações – especialmente se comparada com a *joint criminal*

<sup>778</sup> BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. La co-autoría mediata... Op. cit. p. 134.

<sup>779</sup> BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. Loc. cit.

<sup>780</sup> BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. Ibidem. p. 136.

<sup>781</sup> BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. Ibidem. p. 135.

<sup>782</sup> BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. Loc. cit.

<sup>783</sup> BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. Loc. cit. Essa forma foi utilizada pelo BGH ao condenar o Conselho de Defesa Nacional da RDA pelos assassinatos na fronteira entre as Alemanhas (ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”... Op. cit. p. 339).

<sup>784</sup> BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. Op. cit. p. 135.

<sup>785</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación... Op. cit. p. 112.

*enterprise*. Desse modo, seja pela positivação de uma forma de “autor por de trás de outro autor”, no Estatuto de Roma, que pode ser interpretada pelas lentes da teoria do domínio da organização, seja pela adoção expressa da teoria de Roxin pelo Tribunal Penal Internacional, parece que a teoria firmou seu espaço e dificilmente será deslocada desse segmento do Direito Penal. Todavia, parece que não com tanta segurança e aceitação foi a teoria do domínio da organização transladada a um outro segmento do Direito, isto é, àquele voltado à criminalidade de empresas. Nesse ponto, a tese permanece gerando controvérsias.

## 5.2 A TRANSPOSIÇÃO DA TEORIA À CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

A teoria do domínio da organização foi apresentada e examinada, até o capítulo quatro deste estudo, basicamente em termos “gerais”. No ponto a que se passa agora, acerca da aplicação da tese à criminalidade empresarial, as discussões tomam contornos específicos. Embora aquilo que foi posto em xeque, no que toca aos elementos que servem para configurar a autoria mediata aqui estudada, também se aplique quando da análise do emprego da teoria para a criminalidade empresarial, o confronto da construção dogmática com este substrato permite que os seus elementos sejam novamente postos à prova, sob outras perspectivas.

Roxin, o pai da teoria do domínio da organização, postula pela impossibilidade de aplicação de sua construção teórica para crimes praticados em empresas<sup>786</sup>. No seu entender, nesse âmbito, não é possível, com fulcro nos requisitos do domínio da organização, a fundamentação de uma autoria mediata daqueles superiores que “induzem” seus empregados à prática de crimes<sup>787</sup>. Dos quatro elementos necessários para configuração da autoria mediata pelo domínio de aparatos de poder, careceriam, em geral, três: desde que não estejam, desde um início, vinculadas com atividades criminais, as empresas não atuam, em geral, desligadas do Direito; não há uma substitutividade daqueles que estão “dispostos” à execução de condutas delitivas; e não se pode afirmar a existência de uma “disposição consideravelmente elevada ao fato” por parte dos integrantes das empresas, tendo em vista que, a partir da realidade, seria possível constatar que a prática de crimes econômicos e contrários ao meio

---

<sup>786</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 21.

<sup>787</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

ambiente possui um relevante “risco de punibilidade” e um “risco de perda do posto na empresa”<sup>788</sup>, o que retira aquela propensão à prática delitiva.

Para o âmbito da criminalidade empresarial, então, Roxin entende ser mais apropriado fazer uso da teoria dos delitos de infração de dever e, a partir disso, seria possível sustentar a existência de uma autoria dos cargos de controle da empresa, mas desde que lhes seja imputada uma posição de garantidor para assegurar a “legalidade” das condutas da entidade empresarial<sup>789</sup>.

Não obstante essa última opção do professor de Munique, dada a “necessidade político-criminal” de punir na qualidade de autores aqueles que dirigem empresas e que, nelas, “propõem, promovem ou, inclusive, apenas permitem ações criminais”, surgiram outras correntes como opções à autoria mediata nesse âmbito específico<sup>790</sup>, mas que se aproximam daquelas alternativas a essa forma de autoria tratadas no capítulo terceiro deste estudo. Tanto Schünemann quanto Muñoz Conde propuseram que entre os indivíduos da direção e aqueles que executam o fato houvesse uma responsabilidade penal na forma de coautoria<sup>791</sup>. A seguir, merecem destaque as teorizações do segundo autor<sup>792</sup>.

Para Muñoz Conde, no caso das empresas, é necessário que se retire a possibilidade de haver um domínio da vontade a partir do controle de aparatos organizados de poder<sup>793</sup>. Defende isso não pelo fato de tais organizações não estarem fora dos lindes do Direito, mas pela razão de não se configurarem, aqui, os demais elementos que embasam essa forma de domínio da vontade, quais sejam, o “domínio da organização” e a “fungibilidade dos executores”<sup>794</sup>. Assim, seria mais adequado tratar as situações na forma de “coautoria ‘normal’”, como propôs Jakobs para as hipóteses de domínio da organização<sup>795</sup>. Todavia, Roxin critica essa postura, devido ao fato de que, também para as empresas, aplicar-se-iam os argumentos contrários a

---

<sup>788</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 21, tradução nossa.

<sup>789</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 22.

<sup>790</sup> ROXIN, Claus. Ibidem. p. 21, tradução nossa.

<sup>791</sup> ROXIN, Claus. Loc. cit.

<sup>792</sup> Com relação ao posicionamento teórico de Schünemann, pode ser conferido em SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal em el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, t. 55, n. 1, p. 9-38, 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1429556>>. Acesso em: 27 out. 2018.

<sup>793</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación... Op. cit. p. 81.

<sup>794</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>795</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Loc. cit.

uma coautoria entre superiores e subordinados em aparatos de poder<sup>796</sup>. Ainda assim, como apresentado no início deste trabalho, Muñoz Conde entende que o requisito da necessidade de intervenção do coautor também na “fase executiva” do crime não deve ser visto, no seio da criminalidade empresarial, da mesma forma como nos crimes contrários à vida, à propriedade ou à liberdade<sup>797</sup>. Nesse sentido, como já exposto neste estudo, na visão do professor espanhol, o “domínio funcional do fato” (que é o fundamento da coautoria) pode ocorrer, igualmente, na “fase preparatória quando *configura* a execução ou está tão intimamente vinculada com ela que deve valorar-se como um todo em uma consideração global do sucesso”<sup>798</sup>. E, destarte, a defesa da necessidade de compreensão da “coautoria como coexecução” é ainda mais questionável nos terrenos da criminalidade de empresa<sup>799</sup>. Nessa senda, no âmbito de estruturas organizadas de poder não estatais e não dissociadas do Direito – tal como em geral o são as organizações empresariais – e no que atine ao crimes econômicos nelas praticados como consequências das decisões nos Conselhos de Administração ou dos próprios diretores delas, não é possível aceitar-se um “domínio da vontade” a partir do controle do aparato de poder e, então, tampouco é possível adotar-se uma autoria mediata nisso fundamentada<sup>800</sup>. Assim, como alternativa, tem-se: uma “(co)autoria mediata”, para os casos em que as decisões são praticadas por “um executor ou instrumento irresponsável”, ou um caso normal de coautoria, nas situações em que “o executor é responsável”, e não “um simples “instrumento”<sup>801</sup>. Destarte, Muñoz Conde reitera não ser possível a aplicação da teoria do domínio da organização para os dirigentes de empresas<sup>802</sup>. Estes possuiriam responsabilidade, por exemplo, por uma “coautoria mediata” ao realizarem votações por meio das quais ditassem atividades penalmente ilícitas a serem levadas a cabo por subordinados<sup>803</sup>.

Embora haja uma grande gama de autores que adota a impossibilidade da transposição da teoria do domínio da organização para a criminalidade empresarial, alguns buscaram definir a possibilidade de sua aplicação nesse meio. Quanto a isso, a doutrina alemã empreendeu esforços no sentido de realizar uma reconstrução da

---

<sup>796</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Op. cit. p. 22.

<sup>797</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación... Op. cit. p. 82.

<sup>798</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>799</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Loc. cit.

<sup>800</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Ibidem. p. 83.

<sup>801</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>802</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Ibidem. p. 112.

<sup>803</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Loc. cit.

teoria do domínio por organização ou de lhe definir uma nova estruturação, com o fim de construir uma solução para a problemática da autoria nos crimes praticados, principalmente, por meio de organizações empresariais<sup>804</sup>. Porém, com isso, na visão de Pablo Alflen, teriam surgido vertentes completamente distintas que acentuaram os problemas<sup>805</sup>. Assim, defende que se deve adotar a impossibilidade de transposição da teoria do domínio da organização à criminalidade levada a cabo por meio de empresas, como postula Roxin<sup>806</sup>.

Entretanto, parece que alguns autores demonstraram com sucesso de que modo os principais requisitos clássicos da teoria do domínio da organização verificam-se nas estruturas empresariais e como alguns outros são infirmados em tal contexto<sup>807</sup>. Para o âmbito empresarial, isso resulta na possibilidade de responsabilização de superiores como autores mediatos tendo por fundamento a teoria do domínio da organização reconstruída criticamente. É de suma importância, assim, perpassar por essas análises levadas a cabo pela doutrina.

Inicialmente, quanto à viabilidade ou não de se considerar as organizações empresariais como “aparatos de poder”, Hefendehl postula que uma “organização econômica” busca manifestar poder ou aumentar o que tem e, para isso, tem à disposição uma “estrutura organizada e de mando rígida”<sup>808</sup>. Ademais, em se entendendo que o “conceito de poder” amplie-se a partir de um “conceito de domínio”, isso deixa claro, por um lado, que “tanto o poder como o domínio são signos de um governo, seja de uma estrutura mafiosa ou inclusive precisamente de uma empresa econômica”<sup>809</sup>. E, embora as grandes estruturas empresariais contemporâneas não se caracterizem por uma forma piramidal hierárquica (como a burocracia no seu estilo clássico), com isso não são envergadas as “estruturas de poder” nesses âmbitos, elas apenas estão moldadas de uma forma mais tênue<sup>810</sup>. Assim, com relação às empresas, deve-se deixar claro que não altera a existência de um “poder de

---

<sup>804</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. Op. cit. p. 227.

<sup>805</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit.

<sup>806</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Ibidem. p. 71.

<sup>807</sup> Sobre uma extensa tratativa sobre a possibilidade de aplicação da teoria do domínio da organização para a criminalidade empresarial (trazendo ao palco alguns autores também aqui mencionados), assim como quais outros modos de imputação de responsabilidade podem configurar-se nesse meio, cf. SCHEIDWEILER, Lucas Gabriel. **A aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito empresarial**. Op. cit.

<sup>808</sup> HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en empresas desde una perspectiva criminológica. Op. cit. p. 49, tradução nossa.

<sup>809</sup> HEFENDEHL, Roland. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>810</sup> HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 50.

imposição” a substituição de uma arquitetura estritamente vertical por “estruturas parcialmente mais planas”, nas quais a responsabilidade tem sua raiz nos grupos, e não nos indivíduos<sup>811</sup>. Nesse sentido, a concepção de um aparato organizado de poder, ligado à teoria do domínio da organização, abarcaria também a empresa econômica<sup>812</sup>.

Por outro lado, acerca do requisito da desvinculação do Direito por parte da organização, pode-se dizer que as seguintes questões ligadas às características da estrutura de poder a ser analisada sob as lentes da teoria do domínio da organização não possuem um papel determinante: se a organização constituiu-se essencialmente com base no Direito; se em algumas situações a organização deixa de lado essa base; se é um aparato criminal; ou, ainda, se é nela verificada uma “criminalidade organizada”, com aspecto paraestatal<sup>813</sup>. Ao contrário, o que é pertinente é o traço das condutas praticadas nas e pelas organizações, isto é, que a partir dessas estruturas seja possível emitir comandos “arbitrários” e, pois, penalmente ilícitos com feições “de autoridade”<sup>814</sup>. Entretanto, em organizações dissociadas do Direito, a probabilidade de que sejam realizadas ordens não albergadas pelo ordenamento é maior do que em empresas que trabalham, essencialmente, sobre o jurídico<sup>815</sup>.

A conclusão que se extrai desses argumentos de Hefendehl, portanto, é a de que, especialmente sob o crivo da criminalidade empresarial, o requisito da dissociação do Direito não subsiste como pressuposto idôneo da teoria do domínio da organização. Destarte, ao ser renegado novamente esse requisito, é possível, pelo menos em termos teóricos, aplicar a teoria do domínio da organização àquelas situações em que o crime tenha sido praticado no âmbito de uma estrutura de poder não estatal ou não dissociada do Direito, como as empresas<sup>816</sup>.

Acerca da fungibilidade dos executores, por sua vez, alguns autores defendem que ela, em geral, não se apresenta nas empresas e que, nas situações de uma organização que atua com fundamentação jurídica, é necessário crer que determinações em contrariedade com o Direito não serão cumpridas<sup>817</sup>. Entretanto,

---

<sup>811</sup> HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en empresas desde una perspectiva criminológica. Op. cit. p. 50, tradução nossa.

<sup>812</sup> HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 49.

<sup>813</sup> HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 51.

<sup>814</sup> HEFENDEHL, Roland. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>815</sup> HEFENDEHL, Roland. Loc. cit.

<sup>816</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación... Op. cit. p. 78.

<sup>817</sup> HEFENDEHL, Roland. Op. cit. p. 46.

as críticas ao elemento aparentam misturar distintas ordens de ideias<sup>818</sup>. Por ser a fungibilidade dotada de caráter estrutural, ela não dá uma solução à pergunta de por que razão, na falha de um dos integrantes do aparato de poder, a sua substituição funciona<sup>819</sup>, de modo que se alcance a consecução do objetivo do superior hierárquico por outro indivíduo. Nesse sentido, a fungibilidade deve ser compreendida como a existência, em uma organização, de uma quantia de indivíduos “idôneos” e substituíveis enquanto executores, ao passo que a resposta àquela pergunta seria conferida pelo elemento da elevada propensão dos executores à prática de fatos delitivos<sup>820</sup>. Entretanto, no nosso contexto mundano extremamente especializado, “a possibilidade de intercâmbio no sistema se converteu em realidade em um signo do pós-moderno”<sup>821</sup>. Destarte, na sociedade hodierna, ninguém poderia considerar-se como insubstituível, muito embora os indivíduos possam desenvolver características próprias no seu mundo laboral<sup>822</sup>. Assim, seja “frustrante” ou “tranquilizador”, fato é que “sem nós pode seguir funcionando praticamente qualquer instituição”<sup>823</sup>. Nessa senda, como “regra geral”, o elemento da fungibilidade se verificará nas empresas<sup>824</sup>. E, ademais, é necessário exigir-se que ela seja verificada em “termos positivos”<sup>825</sup>. Isso é preciso, pois esse requisito restringe as possibilidades de responsabilização pela autoria mediata em empresas especializadas ou pequenas, nas quais a fungibilidade segue como uma chance apenas em teoria<sup>826</sup>.

Ainda sobre a fungibilidade, impende ressaltar que, quanto maior o nível hierárquico em que ela seja analisada, mais difícil será a possibilidade de uma troca de indivíduos, além de que, mesmo em um “mundo fungível” como o contemporâneo, encontram-se pessoas especializadas que, devido às suas aptidões ou experiências, são insubstituíveis<sup>827</sup>.

Todavia, as noções de poder, hierarquia e fungibilidade não explicam suficientemente o motivo de um aparato de poder permanecer atuando quando é possível substituir um executor por outro que levará a cabo a realização do fato

---

<sup>818</sup> HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en empresas desde una perspectiva criminológica. Op. cit. p. 47.

<sup>819</sup> HEFENDEHL, Roland. Loc. cit.

<sup>820</sup> HEFENDEHL, Roland. Loc. cit.

<sup>821</sup> HEFENDEHL, Roland. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>822</sup> HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 48.

<sup>823</sup> HEFENDEHL, Roland. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>824</sup> HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 47.

<sup>825</sup> HEFENDEHL, Roland. Loc. cit.

<sup>826</sup> HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 49.

<sup>827</sup> HEFENDEHL, Roland. Loc. cit.

delitivo<sup>828</sup>. É com esse motivo que alguns autores misturam suas críticas à fungibilidade, pois não seria ela a razão de um aparato de poder permanecer funcionando após a substituição de um executor<sup>829</sup>. Ao tratar sobre tais questões, Hefendehl aparenta aproximar-se de uma análise ligada ao requisito da elevada disposição dos executores ao fato, a qual seria aquele motivo da continuidade de funcionamento de um aparato de poder e que também pode ser analisada, no âmbito empresarial, sob perspectivas da criminologia e da psicologia.

Inicialmente, pode-se afirmar que Clinard, Quinney e Wildeman estabelecem a existência de nove espécies de sistemas de comportamento criminal e, dentre elas, inserem as condutas criminais empresariais como um tipo autônomo<sup>830</sup>. Nesse sentido, práticas criminais são parte das operações empresariais econômicas e as transgressões são “racionalizadas” como algo natural aos “negócios empresariais”<sup>831</sup>. Assim, na concepção de Hefendehl, para o âmbito empresarial, é possível compreender, como Clinard, Quinney e Wildeman<sup>832</sup> postularam, que um indivíduo acaba sendo influenciado pelas regras comportamentais no interior de empresas, as quais podem levar à perda da validade das normas jurídicas<sup>833</sup>. O descumprimento de normas pode constituir-se em um “padrão normativo” no interior de empresas, padrão esse que acaba sendo, com frequência, compartilhado entre os executivos e as corporações<sup>834</sup>. Para Hefendehl, também Cressey teria identificado que, no contexto da criminalidade econômica, os indivíduos podem ter uma visão distinta sobre suas atuações que não os faz enxergá-las como um fato passível de punição<sup>835</sup>. Ademais, embora se possa entender que as teorizações de Sykes e Matza acerca dos “mecanismos de neutralização” também tenham vigência para o âmbito empresarial, essas “técnicas” configuram-se apenas de forma indireta a partir de aspectos coletivos<sup>836</sup>. E na criminalidade econômica essa configuração se dá de maneira

---

<sup>828</sup> HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en empresas desde una perspectiva criminológica. Op. cit. p. 51.

<sup>829</sup> HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 47, 51.

<sup>830</sup> CLINARD, Marshall B.; QUINNEY, Richard; WILDEMAN, John. **Criminal behavior systems: a typology**. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Routledge, 2015. p. 15.

<sup>831</sup> CLINARD, Marshall B.; QUINNEY, Richard; WILDEMAN, John. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>832</sup> HEFENDEHL, Roland. Op. cit. p. 52; CLINARD, Marshall B.; QUINNEY, Richard; WILDEMAN, John. Op. cit. p. 204 et seq.

<sup>833</sup> HEFENDEHL, Roland. Op. cit. p. 52.

<sup>834</sup> CLINARD, Marshall B.; QUINNEY, Richard; WILDEMAN, John. Op. cit. p. 204.

<sup>835</sup> CRESSEY, Donald R. Application and Verification of the Differential Association Theory. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 43, issue 1, p. 43-52, 1952. Disponível em: <<https://bit.ly/2P1zDvO>>. Acesso em: 16 out. 2018. p. 49 et seq; HEFENDEHL, Roland. Op. cit. p. 52.

<sup>836</sup> HEFENDEHL, Roland. Op. cit. p. 52.



especial quando a conduta do indivíduo encontra-se distante do bem jurídico e da vítima<sup>837</sup>.

Além de tais perspectivas da criminologia para o exame ora conduzido, também têm relevância aquelas oriundas do campo da psicologia. Primeiramente, deve-se destacar que Stanley Milgram constatou, a partir de experimentos, uma elevada disposição de adultos obedecerem, em qualquer extensão, as ordens de autoridades<sup>838</sup>. E o núcleo da obediência está em que determinada pessoa vê-se como um “instrumento” que realiza os comandos de outro indivíduo, deixando de se considerar como responsável pela sua própria conduta<sup>839</sup>. Assim, pode-se dizer que como dispositivo de neutralização utilizado nos contextos de criminalidade empresarial, faz-se uso também da rejeição de uma responsabilidade individual devido ao pertencimento a um coletivo<sup>840</sup>. Como segundo ponto, é possível afirmar que, a partir de uma visão sociológico-organizacional, um ambiente que promove “motivação” a partir de “sistemas formalizados possibilita que quaisquer informações tornem-se dotadas de autoridade”<sup>841</sup>. Assim, não é necessária uma influência oriunda de um órgão de direção para que um subordinado pratique dado fato ordenado, pois sua “dependência” do seu posto laboral conduzi-lo-ia, em situação de incerteza, a praticar aquela conduta que vê como sendo funcionalmente adequada aos objetivos da empresa<sup>842</sup>, ainda que ilícita. Além disso, a partir das lentes da “sociologia organizacional”, devido ao fato de um grupo de trabalhadores (o qual não integraria a elite empresarial) ser tanto um “grupo social” quanto uma “parte da organização”, a pressão para que sejam satisfeitas as determinações estabelecidas pelos órgãos diretivos da empresa se acentua (pois, uma falha faria com que todo o grupo fosse responsável), de modo que as possibilidades de neutralização para a realização de fatos ilícitos são aumentadas ainda mais<sup>843</sup>.

Todas essas perspectivas auxiliam na percepção de como seria possível constatar em empresas uma elevada propensão de subordinados à prática de fatos delitivos, o que viabilizaria fundamentar a autoria mediata dos seus superiores.

---

<sup>837</sup> HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en empresas desde una perspectiva criminológica. Op. cit. p. 52.

<sup>838</sup> MILGRAM, Stanley. The perils of obedience. **Harper's Magazine**, 247:1483, p. 62-77, 1973. Disponível em: <<https://bit.ly/2yFRY7O>>. Acesso: 25 out. 2018. p. 62.

<sup>839</sup> MILGRAM, Stanley. Loc. cit. p. 62.

<sup>840</sup> HEFENDEHL, Roland. Op. cit. p. 53.

<sup>841</sup> HEFENDEHL, Roland. Loc. cit., tradução nossa.

<sup>842</sup> HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 54.

<sup>843</sup> HEFENDEHL, Roland. Loc. cit.

A partir de toda sua análise, Hefendehl conclui pela possibilidade de aplicação da teoria do domínio da organização àquela criminalidade dirigida no âmbito de empresas econômicas, especialmente pelo fato de a fórmula da autoria mediata em virtude do domínio de aparatos de poder organizados servir como um complemento àquelas construções de autoria mediata estruturadas a partir do erro e da coação<sup>844</sup>. Todavia, para o autor, a abordagem das situações de criminalidade de empresa a partir da teoria do domínio da organização deveria permanecer encolhendo, caso se entenda que tais situações estão em uma fronteira entre o erro e a coação, os quais, de qualquer modo, podem embasar a autoria mediata do indivíduo que emite as ordens<sup>845</sup>.

Por fim, cabe deixar registrado que, no âmbito da doutrina brasileira, Paulo César Busato posiciona-se favoravelmente à possibilidade de reconhecimento de uma autoria mediata a partir do domínio de aparatos no âmbito empresarial, renunciando ao pressuposto da desvinculação do Direito e defendendo os demais requisitos como essenciais para a teoria<sup>846</sup>.

A conclusão que se extrai de todo o exposto – ainda que contrariamente a Roxin e a outros de seus seguidores – é pela possibilidade de aplicação, em regra, da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade produzida pelo controle de empresas. Há, porém, a necessidade de uma análise concreta, caso a caso, para se confirmar a possibilidade de seu emprego em determinados contextos, pois, em pequenas empresas, provavelmente não seria possível constatarem-se os pressupostos da teoria. Não obstante, ainda se entende como alternativa viável, em certos casos, a responsabilização penal a título de coautores dos indivíduos que controlam os aparatos empresariais e aqueles que executam suas ordens, nos moldes como propôs Muñoz Conde. Em um aparato empresarial, o contexto de prática delitiva parece distinto daquele das organizações formais estatais e burocráticas, de modo que as críticas tecidas à imputação de uma coautoria nessas organizações talvez não sobrevivam aqui<sup>847</sup>.

---

<sup>844</sup> HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en empresas desde una perspectiva criminológica. Op. cit. p. 56.

<sup>845</sup> HEFENDEHL, Roland. Loc. cit..

<sup>846</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Op. cit. p. 716.

<sup>847</sup> Lucas Scheidweiler, discorrendo acerca das possíveis formas de responsabilização penal nas empresas, chega a tratar da coautoria como uma alternativa à autoria mediata pelo domínio da organização, tomando por base principal a perspectiva trazida por Muñoz Conde (SCHEIDWEILER, Lucas Gabriel. **A aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito empresarial**. Op. cit.).

Embora seja possível a transladação, à criminalidade empresarial, da teoria da autoria mediata pelo domínio de organizações, é necessário que sua aplicação nesse campo siga, rigorosamente, os pressupostos elencados pela doutrina. Mesmo em não se aceitando as críticas a alguns dos requisitos da tese, a teoria deve, ao menos, ser aplicada como proposta por Roxin. Contudo, infelizmente, não é esse rigor metodológico que se segue em vários casos. Especialmente no campo judicial brasileiro, os pressupostos de aplicação da teoria aparentam não serem levados em consideração, seja como desenhados por Roxin, seja como estruturados pela doutrina crítica.

### 5.3 O DIREITO BRASILEIRO E A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

No Brasil, a teoria do domínio da organização encontra terreno pedregoso. Para além de não haver tantas publicações sobre o tema, o tratamento que lhe dá a jurisprudência é confuso.

A partir de uma análise de julgados brasileiros, percebe-se que a teoria do domínio da organização é empregada, principalmente, em casos envolvendo a criminalidade empresarial econômica. Entretanto, a aplicação judicial da teoria sofreu de várias vicissitudes no Brasil. Talvez, a mais patente delas tenha sido na Ação Penal 470 julgada pelo Supremo Tribunal Federal (caso “Mensalão”).

Na APn 470, a teoria do domínio do fato foi manifestamente empregada com o fim de fundamentar a “responsabilidade penal” de indivíduos que ostentavam postos de proeminência em organizações hierárquicas<sup>848</sup>. A Ministra Rosa Weber chegou a afirmar que, no campo da criminalidade empresarial, existe uma “presunção relativa de autoria dos dirigentes”<sup>849</sup>. Em se provando o modo de atuar de uma empresa, os dirigentes seriam presumidos como sendo os autores dos seus atos, pois a vontade deles constituiria “a própria ação final da ação delituosa da empresa”<sup>850</sup>.

Todavia, os Ministros do STF acabaram por incorrer em três graves erros, com suas posições: o emprego da teoria do domínio do fato na forma de argumento que embasa a “responsabilidade penal”; a estruturação de uma “responsabilidade penal

---

<sup>848</sup> LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição?**... Op. cit. p. 45.

<sup>849</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 28 fev. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 fev. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2P1xMY4>>. Acesso em: nov. 2017. p. 1161.

<sup>850</sup> BRASIL. Ibidem. p. 1162.

pela posição”; e a redução da teoria do domínio do fato a uma de suas manifestações, isto é, a teoria do domínio da organização<sup>851</sup>. Assim, uma das principais críticas tecidas contrariamente à decisão é a de que, em qualquer “sistema de autoria e participação”, há uma exigência mínima para atribuição de responsabilidade penal: que haja “uma ação ou omissão concretas”<sup>852</sup>. Nesse sentido, não há responsabilidade pelo mero preenchimento de um posto no interior de um aparato hierárquico, de modo que a atribuição de responsabilidade penal pelo pertencimento a uma posição é, no ordenamento brasileiro, ilegal, por constituir expressa violação da segunda parte do art. 13, *caput*, do Código Penal<sup>853</sup>. Acerca do emprego da teoria do domínio da organização nesse sentido, o próprio Roxin, em entrevista à Folha de S. Paulo, afirmou que a “posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta”<sup>854</sup>. É preciso que aquele que detém uma posição no estamento alto de um aparato tenha ordenado a prática do fato para poder ser responsabilizado; caso contrário, seria um mal emprego da teoria a sua utilização para embasar a condenação de alguém com a suposição de que teria participado dos delitos carreados pelo aparato apenas por conta de sua localização hierárquica<sup>855</sup>. Nessa senda, considerando que, a partir da teoria do domínio do fato, o autor será aquele que ostenta um “poder de decisão” acerca da realização do delito, é insignificante a mera localização do superior na hierarquia, sob pena de se conduzir a uma real responsabilidade de caráter objetivo<sup>856</sup>. Ou seja, o autor, para deter um domínio do fato, precisa controlar os executores, não bastando somente deter “uma posição de superioridade ou de representatividade institucional”, no modo como se interpretou na jurisprudência nacional<sup>857</sup>. Inclusive, caso aplicada de forma correta àquelas situações de atuação delitiva por controladores de estruturas empresariais, “a teoria do domínio do fato tende a restringir, e não ampliar a responsabilização penal”<sup>858</sup>. Mas, infelizmente, é aquela forma de “responsabilidade

---

<sup>851</sup> LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição?**... Op. cit. p. 45-46.

<sup>852</sup> LEITE, Alaor. *Ibidem*. p. 47, grifo do autor.

<sup>853</sup> LEITE, Alaor. *Loc. cit.*

<sup>854</sup> ROXIN, Claus. Entrevista Claus Roxin: participação no comando de esquema tem de ser provada. **Folha de S. Paulo**, 11 nov. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2EM5ThN>>. Acesso: 20 out. 2018.

<sup>855</sup> ROXIN, Claus. Entrevista Claus Roxin: participação no comando de esquema tem de ser provada.

<sup>856</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Conceito de autoria: a teoria do domínio do fato e a autoria colateral. **Revista Consultor Jurídico**, 18 nov. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2qmfSkb>>. Acesso em: out. 2017.

<sup>857</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Loc. cit.*

<sup>858</sup> LEITE, Alaor. *Op. cit.* p. 49.

pela posição” que se extrai da concepção mencionada pela Ministra Rosa Weber<sup>859</sup> e que também foi adotada por outros julgadores no caso do Mensalão. Portanto, na APn 470, a recepção nacional da teoria do domínio do fato pelo STF deu-se com sua utilização não “como razão”, mas como “apelo com efeitos retóricos, e, assim, falsificada”<sup>860</sup>.

De todo modo, deve-se destacar que alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal estariam revendo a posição disposta na APn 470, o que revela a procura por um ajuste da direção tomada pela teoria do domínio do fato na práxis judicial brasileira<sup>861</sup>. Não obstante tal tentativa de reorientação jurisprudencial, é importante que não se esqueça o posicionamento do STF no “caso Mensalão” para que nos mesmos erros não se incorram novamente.

Por fim, para não ficar apenas nas críticas, tão contundentes, à decisão do STF na APn 470, é necessário compreender como alguns tribunais brasileiros de instâncias inferiores tratam as teorias sob estudo.

Os tribunais nacionais teriam adotado implicitamente a teoria do domínio da organização, pois fariam uso dos parâmetros delineados a partir das noções basilares da teoria<sup>862</sup>. E haveria um adoção implícita da construção dogmática pelo fato de que os tribunais não teriam se manifestado expressamente acerca da teoria<sup>863</sup>. Um exemplo disso tem-se no caso julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Criminal nº 2002.70.02.006666-0/PR<sup>864</sup>. Para Pablo Alflen, esse caso é “representativo” de uma situação em que há configuração de uma estrutura de poder não estatal ou, em outras palavras, de um aparato de poder delitivo que se destina a perdurar ou aumentar o poder a partir de uma “estrutura rigorosa de poder e de mando”<sup>865</sup>. Assim, na situação, a teoria do domínio da organização poderia servir, de

---

<sup>859</sup> LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição?**... Op. cit. p. 47.

<sup>860</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**. 7-8, p. 386-393, 2015. Disponível em: <[http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015\\_7-8\\_937.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf)>. Acesso em: out. 2015. p. 388.

<sup>861</sup> LEITE, Alaor. Op. cit. p. 50.

<sup>862</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. §3-A Comentários sob a perspectiva brasileira. In: AMBOS, Kai. **Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2006. p. 113-116. p. 115.

<sup>863</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit.

<sup>864</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit.

<sup>865</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Loc. cit.

maneira conclusiva, para a caracterização da organização e do nível de contribuição para o fato<sup>866</sup>.

No entanto, parece que os tribunais pátrios conferem um tratamento desencontrado à teoria do domínio do fato. Por exemplo, na Apelação Criminal nº 2001.70.09.001504-1/PR, julgada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, um dos Desembargadores, em voto-vista, aparenta tratar de forma confusa e distinta as figuras da autoria mediata pelo domínio da organização e a da teoria do domínio do fato, sendo que, todavia, aquela é uma das formas de expressão desta (o autor mediato tem o domínio do fato, sendo considerado, justamente por isso, autor)<sup>867</sup>. Por outro lado, na mesma Apelação Criminal, o Relator orientou-se na direção de respeito à ideia nuclear da teoria do domínio do fato, decidindo-se, diversamente do modo como fez o STF, que é interdita no ordenamento jurídico brasileiro uma responsabilização penal objetiva<sup>868</sup>.

Essas posições contribuem para deixar claro que, na jurisprudência brasileira, aparenta haver uma desordem de posicionamentos sobre o modo de aplicação da teoria do domínio do fato e, mais especificamente, da concepção da autoria mediata em virtude do domínio de aparatos organizados de poder (muito embora, com relação a essa última concepção, nem chegue a ser manifestamente mencionada pelos tribunais enquanto teoria). Talvez seja a ausência de uma maior atenção às construções teóricas envolvidas à teoria do domínio do fato que colabora para usos desfocados dessas teorias e, por consequência, para o desencontro de posicionamentos jurisprudenciais. Desse modo, a aplicação da teoria do domínio da organização na realidade brasileira é mais um ponto controverso ligado a essa construção dogmática.

---

<sup>866</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. §3-A Comentários sob a perspectiva brasileira. Op. cit. p. 115.

<sup>867</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 2001.70.09.001504-1/PR. Relator Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado. **D.E.**, Porto Alegre, 10 maio 2007. Disponível em: <<https://www2.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso: nov. 2017. p. 10.

<sup>868</sup> BRASIL. *Ibidem*. p. 7.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do domínio da organização passou por mares agitados ao longo da sua existência. Possivelmente, foram os alicerces teóricos da concepção do domínio do fato que lhe possibilitaram a estruturação necessária para se manter em pé.

A teoria do domínio do fato erigiu-se, na visão de boa parte da doutrina, como a concepção mais adequada destinada à demarcação dos autores de fatos delitivos – e, por consequência, quem poderiam ser considerados partícipes desses acontecimentos. A partir dessa construção teórica, foi possível diferenciarem-se três formas de autoria: direta (pelo domínio da ação), mediata (pelo domínio da vontade) e coautoria (por um domínio funcional do fato). A autoria mediata, por sua vez, pode ser subdividida em distintas modalidades: por erro, por coação, por emprego de “instrumentos” inimputáveis e pelo domínio de aparatos de poder organizados (esta última, como se viu, foi uma das mais controvertidas construções teóricas envolvendo as espécies de autoria mediata).

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, compreendeu-se pela possibilidade de que nele sejam empregadas teorias destinadas à diferenciação entre autores e partícipes, em casos de concurso de pessoas. Afinal, a partir de distintas visões da doutrina, foi possível compreender que o modelo adotado, no Código Penal, seria o de um sistema que permite a diferenciação entre contribuições delitivas. Assim, entendeu-se pela possibilidade de transladação da teoria do domínio do fato à realidade jurídica brasileira, nos termos como propôs Roxin – embora haja quem defenda a necessidade de uma construção própria à realidade nacional. Com isso, seria cabível a sustentação de aplicação, nesse sistema, da teoria do domínio da organização.

Neste estudo, para além das aproximações atinentes às possibilidades de delimitação da autoria em fatos delitivos, foram desenvolvidos os assuntos ligados àquela modalidade de intervenção delitiva acessória à autoria, isto é, a participação. Essa forma de contribuição para um crime foi diferenciada em algumas espécies: participação “moral” (subdividida em induzimento e instigação) e “material” (denominada cumplicidade ou auxílio). Além disso, formas peculiares de configuração da participação foram apresentadas, como aquela estruturada em cadeia e aquela que ocorre de maneira sucessiva. Foi importante trazer à tona essa modalidade de contribuição delitiva, especialmente devido àquelas propostas para se considerar o

suporte fático da autoria mediata pelo domínio de aparatos de poder como situação de participação “moral”.

Superada a fundamentação teórica do concurso de pessoas no âmbito penal, formou-se a base necessária para uma melhor compreensão da modalidade de autoria constituída a partir de aparatos organizados de poder. Para que se passasse ao estudo teórico de tal forma de autoria, foi necessário transpassar pelos casos judiciais que serviram de base para sua construção inicial ou que a aplicaram em distintas situações. Passar por essa *práxis* possibilitou uma compreensão mais adequada dos motivos que levaram Roxin à construção da teoria do domínio da organização, bem como os modos como poderia se verificar na realidade. Assim, passando do caso Eichmann (como principal fonte de inspiração para Roxin) a alguns julgamentos em que a construção dogmática foi empregada (Juntas Militares argentinas, atiradores do muro de Berlim e o caso do ex-presidente peruano, Alberto Fujimori), foi possível compreender como a incidência prática da concepção contribuiu para o seu desenvolvimento.

A partir do trajeto percorrido, chegou-se a um dos pontos centrais e um dos principais escopos de todas as considerações tecidas até então: a apresentação dos pressupostos que envolvem a teoria do domínio da organização, como arquitetada originalmente por Roxin e complementada por alguns adeptos seus. Nesse ponto, os pressupostos apresentados foram a estrutura hierarquicamente organizada (requisito subjacente à teoria de Roxin, tratado mais minuciosamente pela Corte de Justiça peruana, no caso Fujimori), o poder de mando (ligado à emissão da ordem para a prática de fatos delitivos), a desvinculação do ordenamento jurídico pelo aparato de poder (um dos fundamentos centrais, para Roxin, da forma de autoria mediata estudada), a fungibilidade dos executores (a possibilidade de serem substituídos na realização do fato) e a elevada disposição dos agentes à prática de fatos ilícitos (isto é, a propensão dos executores para o cumprimento da ordem superior e realização de delitos).

No entanto, toda essa estruturação dogmática engendrou vários debates, capitaneados principalmente por aqueles que refutam a construção do professor de Munique. As alternativas propostas, então, passaram pela coautoria, participação “moral”, autoria acessória e cumplicidade/cooperação necessária. Contudo, foi a teoria do domínio da organização estruturada de tal modo que permitiu manter-se com autonomia frente a esses diversos títulos de imputação penal. Ainda assim, embora



afastadas tais alternativas ao domínio da organização, viabilizam elas uma visão importante acerca das possibilidades de distribuição de responsabilidade penal em estruturas hierarquizadas. Afinal, em aparatos de poder, como visto, podem concorrer distintas formas de contribuição delitiva, não se excluindo por completo a verificação daquelas alternativas nesse meio. O que se deve deixar claro, porém, é que as opções sugeridas não servem para fundamentar toda responsabilidade penal nas atuações em aparatos de poder, em especial daqueles que os dirigem.

Mesmo mantida a teoria do domínio da organização como a alternativa mais adequada de responsabilização penal daqueles que comandam estruturas organizadas de poder, precisou ela ser analisada criticamente em seus elementos constitutivos. Afinal, um olhar mais clínico sobre as proposições permite um aperfeiçoamento da teorização – seja pelo reforço de alguns elementos, seja pelo enfraquecimento de outros. Nesse sentido, foi possível compreender que um aparato de poder pode configurar-se de distintas maneiras, seja no interior de uma estrutura estatal, seja fora dela; seja por elementos formais, seja por informais. Então, próximas a essa análise e vinculadas ao elemento do poder de mando do homem de trás, foram aferidas quais as possibilidades de atribuição de responsabilidade penal em estruturas hierarquizadas. Aqui, acaba sendo necessário entrarem em jogo outras modalidades de responsabilização, para além da forma de autoria mediata pelo domínio da organização. O principal objetivo, nesse momento, foi o de apresentar as distintas possibilidades de imputação penal que o funcionamento de maquinarias de poder delitivas envolvem, mais do que dar uma resposta certa a todos os casos possíveis. Além disso, as nuances do elemento da fungibilidade puderam ser apreendidas: seu caráter abstrato e hipotético, sua debilidade empírica com a consequente necessidade de ser melhor fundamentado normativamente e, por fim, as distintas possibilidades de sua configuração, especialmente quando verificados os conflitos africanos submetidos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. A elevada disposição do executor ao fato, a seu turno, pode ser compreendida sob um viés mais profundo do que como consta nas teorizações de Roxin. A partir do exame feito, ainda que breve, foi possível compreender as peculiaridades psicológicas e criminológicas que envolvem a constituição, em um indivíduo que integra um aparato de poder delitivo, de uma propensão para a realização de ações criminosas. Nesse ponto, a teoria pode ser aprofundada e reforçada. Afinal, sob distintas visões da psicologia e da criminologia, é possível melhor fundamentar o requisito então examinado. Por outro lado, a

desvinculação do Direito, pelo aparato de poder, parece ter sofrido estremecimento nos seus alicerces. A partir da análise empreendida sob uma perspectiva filosófica e da Teoria do Direito, foi compreendida a dificuldade de sustentação desse requisito como pressuposto necessário à fundamentação de uma responsabilidade penal na qualidade de autoria mediata pelo domínio de aparatos de poder. O exame feito demonstra a excessiva abertura e a incerteza gerada para a responsabilização como autores mediatos dos que dominam organizações, caso se adote esse pressuposto como necessário para a teoria do domínio da organização.

Portanto, com o estudo da teoria do domínio da organização empreendido até esse momento, foi possível verificar todas as controvérsias que envolvem a estruturação dogmática da teoria e sua aplicação em casos práticos. Passando pelos seus pressupostos, críticas e matizações que lhes conferem tanto a doutrina quanto as Cortes, identificaram-se as alternativas viáveis a essa arquitetura teórica e quais componentes poderiam ser melhor desenvolvidos ou matizados.

Com a pesquisa realizada, constataram-se muitos pontos de início para novas investigações. Afinal, a teoria do domínio da organização estruturou-se e gerou discussões de tamanha amplitude que a sua análise espalhou-se e atingiu novas veredas a ela estranhas quando da sua arquitetura inicial. No Direito Penal Internacional, a teoria aparenta possuir longa estrada, tanto pelo fato do que dispôs o Estatuto de Roma quanto pela orientação jurisprudencial do Tribunal Penal Internacional nos casos por ele julgados. Além disso, também na criminalidade empresarial a teoria mostra suas inúmeras alternativas. Embora seja um campo de aplicação controvertido da teoria, pode ela trazer para esse âmbito variadas contribuições para aferição de responsabilidades penais. No entanto, com relação a essa incidência, sempre deverão ser seguidos, rigorosamente, os pressupostos delineados para a teoria. Ainda que não se adote uma proposição mais crítica para aplicação dos requisitos, deve ser seguida, então, a proposta de Roxin. A importância disso decorre dos riscos em se desvirtuar a teoria do domínio da organização, caso seus pressupostos não sejam levados em consideração. Um aplicação desfocada da teoria, nesse sentido, representou o julgamento da APn 470, pelo Supremo Tribunal Federal. Nele, chegou-se a estruturar uma responsabilidade penal objetiva, em contrariedade aos mais basilares fundamentos do Direito penal. Assim, não deve a teoria de Roxin ser empregada como mero argumento retórico, até porque é uma construção dogmática plena de conteúdo.

Ao se chegar ao fim do presente estudo, portanto, percebe-se a envergadura teórica da construção de Roxin relativa à autoria mediata em virtude do domínio de aparatos de poder organizados. Tanto pelos debates construtivos que proporcionou quanto pelas alternativas viabilizadas, deve a construção dogmática gozar de respeito pela doutrina e, também, de uma posição de realce. E não obstante tudo o que proporcionou até o momento, ainda há de conceder muitos frutos para o constante desenvolvimento dogmático que demandam o Direito penal e a realidade por ele abarcada.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. Traducción de SEOANE, José Antonio. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, España, n. 5, p. 75-96, 2001. Disponível em: <<https://bit.ly/2z7GzwR>>. Acesso em: 14 out. 2018. Título original: Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. §3-A Comentários sob a perspectiva brasileira. In: AMBOS, Kai. **Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2006. p. 113-116.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- AMBOS, Kai. Domínio do fato por organização: a responsabilidade do comando militar argentino pela morte de Elisabeth Käsemann. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. In:\_\_\_\_\_. **Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2006. p. 83-112.
- AMBOS, Kai. Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. **Journal of International Criminal Justice**, [s.l.], Volume 5, Issue 1, p. 159-183, 1 March 2007. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/5/1/159/879620>>. Acesso em: 13 out. 2018.
- AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 3, 25 p., jul. 2011. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/839.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2017.
- AMBOS, Kai. Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el expresidente peruano Alberto Fujimori. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 43-90.
- AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática**. Montevideo: Fundacion Konrad-Adenauer, 2005. 594 p. Inclui bibliografia e índice. ISBN 9974786851 (broch.).
- AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010.
- AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, [s.l.], n. 24, p.3-22, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2yl86p9>>. Acesso em: nov. 2017.
- ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de: SIQUEIRA, J. R.. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Título original: Eichmman in Jerusalem: A Report on the Banality of Evyl.
- ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital. Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas

Armadas en cumplimiento del decreto 158\83 del Poder Ejecutivo Nacional -part 29. Buenos Aires, 09 dez. 1985. **Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación**, Argentina, 1986, t. 309, v. 2. Disponível em: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=siguiente>. Acesso em: 26 set. 2018.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas de autoria e participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Conceito de autoria: a teoria do domínio do fato e a autoria colateral. **Revista Consultor Jurídico**, 18 nov. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2qmfSkb>>. Acesso em: out. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOLEA BARDON, Carolina. **Autoría mediata en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blach, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.492/86, de 16 de junho de 1986. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jun. 1986. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.605/98, de 12 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 17 dez. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 fev. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2P1xMY4>>. Acesso em: nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 2001.70.09.001504-1/PR. Relator Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó.

D.E., Porto Alegre, 10 maio 2007. Disponível em: <<https://www2.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso: nov. 2017.

BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. Foreword. **Journal of International Criminal Justice**, [s.l.], Volume 9, Issue 1, p. 85-89, 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/2AFo3xY>>. Acesso em: ago. 2018.

BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. La co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana en el Derecho Penal Internacional? **Revista Penal México**, n. 2, p. 127-136, julio-diciembre 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6158026>>. Acesso: 22 out. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata**: el caso Fujimori. Lima: Ara, 2010. p. 141-186.

CLINARD, Marshall B.; QUINNEY, Richard; WILDEMAN, John. **Criminal behavior systems**: a typology. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Routledge, 2015.

CRESSEY, Donald R. Application and Verification of the Differential Association Theory. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 43, issue 1, p. 43-52, 1952. Disponível em: <<https://bit.ly/2P1zDvO>>. Acesso em: 16 out. 2018.

DOTTI, René Ariel. Apresentação. In: ALAOR LEITE, **Domínio do fato ou domínio da posição?**: autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016. 82 p. Inclui referências. ISBN 9788593570001. p. 9-25.

FARALDO CABANA, Patricia. La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, España, n. 13, p. 145-163, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ddkgu6>>. Acesso: 18 nov. 2017.

FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas**: la autoría mediata con aparatos organizados de poder. 2004. No prelo. Não paginado.

GARCÍA CAVERO, Percy. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata**: el caso Fujimori. Lima: Ara, 2010. p. 187-209.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**.

7-8, p. 386-393, 2015. Disponível em: <[http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015\\_7-8\\_937.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf)>. Acesso em: out. 2015.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista de informação legislativa**, v. 30, n. 118, p. 237-282, abr./jun. 1993. Disponível em: <<https://bit.ly/2CNJsGJ>>. Acesso: 7 out. 2018.

HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en empresas desde una perspectiva criminológica. **Derecho Penal y Criminología**, [s.l.], v. 25, n. 75, p. 43-56, 2004. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319341>>. Acesso: 13 out. 2017.

HERZBERG, Rolf Dietrich. La Sentencia-Fujimori: Sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 125-140.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen. In: AMELUNG, Knut (Hrsg.). **Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft**. Pro Universitate Verlag, 2000.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-trial Chamber I. Decision On The Confirmation Of Charges nº ICC-01/04-01/07. The Hague, 30 sep. 2008. **The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui**, The Hague, 2008. Disponível em: [https://www.legal-tools.org/en/browse/ltfolder/0\\_629/#results](https://www.legal-tools.org/en/browse/ltfolder/0_629/#results). Acesso: nov. 2017.

JAKOBS, Günther. Beteiligung. In: DÖLLING, Dieter et al (comp.). **Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht ; Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag**. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

JAKOBS, Günther. Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado: ¿penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana? Traducción de ALCOVER, Pilar Giménez. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n. 17-18, p. 445-467, 1995. Disponível em: <<https://bit.ly/2AwABHG>>. Acesso: 18 set. 2018.

JAKOBS, Günther. Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização de conceitos jurídicos). Tradução de: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. **Coleção estudos de direito penal**. v. 9. São Paulo: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 103-114.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. 2.ed. corr. Madrid: M. Pons, 1997. 1113 p.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil**. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de: VARRIALE, Carmen C. et al. v. 1. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Título original: Dizionario di política. p. 655-660.

Justiça. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de: VARRIALE, Carmen C. et al. v. 1. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Título original: Dizionario di política. p. 660-666.

LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição?**: autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016. 82 p. Inclui referências. ISBN 9788593570001.

MANACORDA, Stefano; MELONI, Chantal. Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?. **Journal of International Criminal Justice**, [s.l.], Volume 9, Issue 1, p. 159-178, 1 March 2011. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/issue/9/1>>. Acesso em: 27 set. 2018.

MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. a.v. 19-2001). In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata**: el caso Fujimori. Lima: Ara, 2010. p. 211-230.

MILGRAM, Stanley. The perils of obedience. **Harper's Magazine**, 247:1483, p. 62-77, 1973. Disponível em: <<https://bit.ly/2yFRY7O>>. Acesso: 25 out. 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del derecho”? **Revista Penal**, [s.l.], n. 6, p. 104-114, 2000. Disponível em: <<https://bit.ly/2P3i7HR>>. Acesso em: 21 set. 2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?. **Revista Penal**, [s.l.], n. 9, p. 59-98, 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2AC45Ej>>. Acesso em: 10 out. 2017.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Título original: Introducción al análisis del derecho.

OSIEL, Mark. **Making sense of mass atrocity**. New York: Cambridge University Press, 2009.



PARIONA ARANA, Raúl. La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 231-249.

PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. Sentencia de la Sala Penal Especial en el Exp. N° A.V. 19-2001. Lima, 7 abr. 2009. **Expediente N° A.V. 19-2001**, Lima, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2qF7puq>>. Acesso: ago. 2018.

RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). Translated by PAULSON, Bonnie Litschewski; PAULSON, Stanley L. **Oxford Journal of Legal Studies**, [s.l.], v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ojls/article/26/1/1/1505665>>. Acesso em: 28 out. 2018. Título original: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. México - Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1951. 192 p. (Breviarios del Fondo de Cultura Económica. Filosofía del derecho, n.42).

ROTSCH, Thomas. De Eichmann hasta Fujimori. Sobre la recepción del dominio de la organización después de la Sentencia de la Sala Penal especial de la Corte Suprema de Perú. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 31-41.

ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. p. 91-102.

ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Revista de Direito**, Lisboa, n. 3, p. 39-54, 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2qjTlyQ>>. Acesso em: 28 out. 2018.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. Crimes as part of organized power structures. Tradução de Ms Belinda Cooper. **Journal of International Criminal Justice**, [s.l.], Volume 9, Issue 1, p. 193-205, 1 March 2011. Título original: Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/issue/9/1>>. Acesso em: 27 set. 2018.

ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. **REJ – Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 7, p. 11-22, 2006. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q67DDP>>. Acesso em: 08 out. 2017.

ROXIN, Claus. Entrevista Claus Roxin: participação no comando de esquema tem de ser provada. **Folha de S. Paulo**, 11 nov. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2EM5ThN>>. Acesso: 20 out. 2018.

ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. **Revista Penal**, [s.l.], n. 2, p. 61-65, 1998. Disponível em: <<https://bit.ly/2qgRbWk>>. Acesso em: out. 2017.

ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÔHM, María Laura (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 309-340.

SCHEIDWEILER, Lucas Gabriel. **A aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito empresarial**. 2017. 128 p. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/56101>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. Disposición al hecho *versus* fungibilidad. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Ed.). **La autoría mediata**: el caso Fujimori. Lima: Ara, 2010. p. 115-124.

SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal em el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, t. 55, n. 1, p. 9-38, 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1429556>>. Acesso em: 27 out. 2018.

SYKES, Gresham M'Cready; MATZA, David. Técnicas de Neutralización: una teoría de la delincuencia. **Cad. CRH**, Salvador, v. 21, n. 52, p. 163-170, Abr. 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2ETpexO>>. Acesso em: 23 out. 2018.

WEIGEND, Thomas. Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept. **Journal of International Criminal Justice**, [s.l.], Volume 9, Issue 1, p. 91-111, 1 March 2011. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/article/9/1/91/911056>>. Acesso em: ago. 2018.

WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. In: **Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie**, Berlin: Walter De Gruyter, 1975. p. 161-193.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.