



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Bruna Martins Amorim Dutra

**A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder:
teoria do domínio da organização**

Rio de Janeiro

2012

Bruna Martins Amorim Dutra

A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da organização



Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/ REDE SIRIUS/ CCS/C

D978i Dutra, Bruna Martins Amorin..

A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da organização./ Bruna Martins Amorin Dutra. – 2012. 202 f.

Orientador: Prof. Dr. Arthur de Brito Gueiros de Souza.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito Penal – Teses. 2. Imputação (Direito Penal). 3. Teoria do domínio da organização. I. Souza, Arthur de Brito Gueiros de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.222

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese/dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Bruna Martins Amorim Dutra

**A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder:
teoria do domínio da organização**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovado em 2 de julho de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza (Orientador)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Renato de Mello Jorge Silveira
Faculdade de Direito da USP

Rio de Janeiro
2012

DEDICATÓRIA

Ao meu marido, Thiago Madeira Dutra, a quem tanto amo. Você é um presente de Deus para a minha vida. O seu incansável e incondicional apoio a todos os projetos a que me dedico é de fundamental importância para a concretização de cada um deles. Muito obrigada por estar sempre ao meu lado, seja nos momentos de dificuldade me auxiliando a superá-los, seja nos momentos de conquista para nos alegrarmos juntos. Eu te amo! Conte sempre comigo.

A cada integrante da minha valiosa família. Meu pai e minha mãe, Ronaldo Feliciano Amorim e Roseane Bertamé Martins Amorim, meus exemplos de vida. Vocês me ensinaram o que é o amor, a dedicação, o carinho, a perseverança. Muito obrigada por nunca medirem esforços para que eu alcançasse os meus sonhos, me incentivando a prosseguir. Eu amo vocês do fundo do meu coração e serei para sempre grata!

Ao meu querido irmão, Renan Martins Amorim, companheiro de todas as horas. Obrigada pelas incessantes orações e pela força. Eu te amo muito e você será sempre o meu caçulinha! Também à minha amiga e cunhada, Camila Barros Mello, pela torcida e pelas palavras de incentivo.

Aos meus avós maternos, Nilton da Costa Martins e Jeanete Ely Bertamé Martins, tão presentes em minha vida, apesar da distância, pelo imenso amor e carinho! Aos meus avós paternos, Antônio e Leda, *in memoriam*.

Aos meus tios e tias, primos e primas. A união da nossa família é motivo de orgulho e muito me deixa feliz. Eu amo cada um de vocês!

Aos meus queridos sogros, Osmany Dutra da Rosa Filho e Glória Regina Madeira Dutra, e à minha tão companheira cunhada, Thaís Madeira Dutra. O presente que Deus me deu veio completo, porque vocês são maravilhosos! Obrigada pela constante torcida.

Aos meus amigos, pelo amor sincero e incansável compreensão com as minhas ausências. Michele Ribeiro, Isabella Braga, Ingrid Martins, Rachel Veríssimo, Marcelle Naumann, Sara Pereira, Carolina Canal, Michelle Potengy, Rafaelly Gonzalez, Rafaela Baptista, Tatiane Franco, Jackson Quitete, Carolina Masson, Fabiane Lugão, dentre muitos outros. A amizade de cada um de vocês é muito importante para mim!

E, especialmente, ao Senhor Jesus Cristo, por renovar-me as forças e a esperança dia após dia. Durante os dois anos e meio de dedicação a este projeto, a cada vez que me deparava com obstáculos que pareciam grandes demais, eu olhava um pouco mais para o alto e contemplava o tamanho do Deus que me garantia a vitória. Porque Dele, e por Ele, e para Ele são todas as coisas; glória pois a Ele eternamente!

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Artur de Brito Gueiros Souza, cujas lições e atenção insubstituíveis foram essenciais à concretização desse projeto. Mais que um professor, um verdadeiro mestre. Exemplo de profissional dedicado e competente, em quem me espelho.

Aos professores da UERJ, pelas fundamentais contribuições à minha formação acadêmica e por quem nutro profunda admiração. Em especial, Juarez Estevam Xavier Tavares, Carlos Eduardo Adriano Japiassu e Patrícia Mothé Glioche Béze.

Ao professor Renato de Mello Jorge Silveira, titular da cadeira de Direito Penal da USP, pela honra de aceitar o convite para integrar a banca da minha dissertação de mestrado.

Aos meus colegas da pós-graduação, Sávio Guimarães, Ilídio Miguel, Cinthia Menescal, Igor Silva, Eliana Khader, dentre tantos outros que me proporcionaram valiosas trocas de ideias.

Aos profissionais com quem trabalhei, que muito me ensinaram, pelas palavras de incentivo e por todo o auxílio dispensado. Em especial, Ana Cláudia de Sales Alencar, Guilherme Magalhães Martins, Patrícia Couto Vilella e Maria Teresa Ferraz.

As coisas que o olho não viu, e o ouvido não ouviu, e não subiram ao coração do homem, são as que Deus preparou para os que o amam.

I Coríntios 2:9

RESUMO

DUTRA, Bruna Martins Amorim. *A Imputação Penal dos Dirigentes de Estruturas Organizadas de Poder: teoria do domínio da organização*. 2012. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

Analisa-se a imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder, buscando definir os requisitos configuradores e o âmbito de aplicabilidade da teoria do domínio da organização, uma modalidade de autoria mediata em que o executor direto do delito atua de forma livre e responsável. Então, são apreciados os casos de maior notoriedade internacional, notadamente de criminalidade estatal, sobre os quais incidiu a referida construção. A carência de uniformidade no emprego da teoria da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder pelos tribunais estrangeiros constitui corolário das discussões existentes na seara doutrinária. Tais divergências são abordadas no presente trabalho, bem como os modelos propostos por alguns doutrinadores. Por fim, efetua-se uma análise com base em um processo de imputação que respeite os direitos e garantias individuais fundamentais a um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Teoria do domínio do fato. Autoria mediata em virtude do domínio da organização. Macrocriminalidade.

ABSTRACT

The present essay analyzes the criminal responsibility in the crimes committed by organized structures of power, with the typification requirements and the range of applicability of the theory of indirect perpetration, a modality of mediate perpetration in which the direct executor of an offence acts in a free and responsible manner. Cases of great international notoriety are appreciated, especially those relating to state criminality in which the aforementioned construction applies. The lack of uniformity in the adoption by foreign courts of the theory of indirect perpetration by means of an organized apparatus of power constitutes the corollary of existing discussions in the doctrinal field. Such divergences are approached in the present essay, as well as the alternatives proposed by some indoctrinators. A comparison is made between its structure and the fundamental individual rights and guarantees of a Democratic State of Law.

Keywords: Theory of Hegemony Over the Act. Indirect Perpetration by Means of Control of an Organization. Macrocriminality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BGH	Superior Tribunal Federal Alemão (Bundesgerichtshof)
BVerfG	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht)
DDR-Grenzgesetz	Lei de Fronteira da antiga República Democrática da Alemanha
DDR-StGB	Código Penal da antiga República Democrática da Alemanha (Strafgesetzbuch der DDR)
GG	Constituição Federal da Alemanha (Grundgesetz)
StGB	Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch)
VoPoG	Lei da Polícia Popular da antiga República Democrática da Alemanha

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	ESTRUTURAS ORGANIZADAS DE PODER	16
1.1	Estado de não-direito	17
1.2	Estado de exceção	28
1.3	Organizações paraestatais	40
2	MODELOS DE IMPUTAÇÃO PENAL DOS DIRIGENTES DE ESTRUTURAS ORGANIZADAS DE PODER	61
2.1	Modelos tradicionais	62
2.1.1	<u>Participação</u>	62
2.1.2	<u>Autoria direta</u>	67
2.1.3	<u>Coautoria</u>	68
2.1.4	<u>Autoria colateral</u>	75
2.1.5	<u>Autoria mediata</u>	76
2.2	Modelos recentes	81
2.2.1	<u>Empresa criminal conjunta</u>	83
2.2.2	<u>Instigação-autoria</u>	88
2.2.3	<u>Autoria mediata através do domínio da organização</u>	91
3	EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO	100
3.1	Considerações introdutórias	100
3.2	Argentina	101
3.3	Alemanha	108
3.4	Peru	117
3.5	Chile	122
3.6	Direito Penal Internacional	123
3.7	Síntese	126
4	REQUISITOS CONFIGURADORES DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO CONFORME UM PROCESSO DE IMPUTAÇÃO PENAL GARANTISTA	129

4.1	O domínio do fato como conceito aberto	130
4.2	Poder de mando	133
4.3	Fungibilidade dos executores	136
4.4	Disposição executores ao fato	140
4.5	Desejar o resultado como consequência do próprio agir	143
4.6	Aparato desvinculado do direito	144
4.7	Extensão à esfera da criminalidade de empresa	152
4.7.1	<u>Panorama geral</u>	152
4.7.2	<u>Modelos de imputação penal alternativos</u>	156
4.7.3	<u>Delitos de infração de dever e domínio da organização</u>	151
4.7.4	<u>Jurisprudência brasileira</u>	174
4.8	Processo de imputação penal garantista	180
	CONCLUSÃO	185
	REFERÊNCIAS	191

INTRODUÇÃO

É notório que o mundo em que vivemos vem crescendo em complexidade com o decurso do tempo. Atento a esse fenômeno, Niklas Luhmann¹ erige como ponto fundamental de sua teoria dos sistemas a noção de complexidade, a qual corresponde a uma indeterminada gama de possibilidades existentes no ambiente mundial, realizáveis ou não em consonância com as expectativas selecionadas pelas estruturas do sistema social, dentre elas o direito. Então, diante do progressivo incremento das experiências possíveis, o sociólogo constata que a sociedade tem se tornado cada vez mais complexa e contingente, seja comportando novas chances ou perigos.

Nesse contexto, destaque-se que o século XIX foi marcado pelo cientificismo, postulando a filosofia positivista a transposição dos métodos próprios das ciências naturais à seara das assim denominadas ciências humanas. Destarte, à vista do promissor desenvolvimento tecnológico proporcionado pela Revolução Industrial, o domínio da técnica e do pragmatismo invadiu as ciências do espírito, juntamente com os dogmas iluministas do racionalismo e da objetividade². Tal cenário fático de otimismo conduziu à idealização da cada vez mais notória complexidade social crescente numa crença de progresso ilimitado da humanidade, nos moldes da teoria darwiniana da evolução.

Assim, as suposições meramente hipotéticas tornam-se verdadeiros fatos, de modo que aquilo que seria apenas especulativo se transmuda em constatação e gera uma sucessão de não-fatos. Conforme observa Hannah Arendt³, mais objetável do que a limitada utilidade de tal pseudociência é o seu perigo imaneente, vez que enseja a falsa percepção de controle sobre os eventos futuros. Isso é potencializado pela sensação de conforto proporcionada pela ideologia do progresso, porquanto a crença num motor propulsor da história, desencadeador de um processo evolutivo ilimitado, ocasiona a resignação do homem quanto às consequências advindas dos meios escolhidos para a consecução de determinado objetivo.

¹ V. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edição e tradução de Jostxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998, p. 25-67; Id. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 167-181; PRIETO NAVARRO, Evaristo. La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.). *El Derecho en la teoría social: diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: IISJ-Dykinson, 2001, p. 325-356.

² V. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Atualidade e permanência do Direito Natural. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, out.2009/mar.2010, p. 15-19.

³ ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Tradução de André Duarte. 3ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 15-16.

Todavia, a sociedade pós-industrial do século XX se revelou, na verdade, uma sociedade de riscos⁴, assumindo proporções mundiais com o fenômeno da globalização. Com efeito, o acelerado desenvolvimento tecnológico mostrou sua outra face ao permitir a dizimação de toda a humanidade em poucos instantes, notadamente através da criação de armas nucleares, biológicas e químicas de destruição em massa. A complexidade do mundo apresentou-se, então, de forma inversamente proporcional à capacidade de controle dos cursos causais pelo homem, haja vista as incertezas trazidas juntamente com a rápida multiplicação das experiências possíveis. E a eclosão das duas grandes guerras mundiais constituiu o marco crucial para a derrocada da ideologia do progresso.

Destarte, a despeito da consagração positiva de direitos reivindicados como inerentes à condição humana pelo jusnaturalismo nas Constituições dos Estados Nacionais e nas Declarações de Direitos, o século XX foi marcado por violações aos mais basilares direitos do homem numa proporção nunca antes vista. O holocausto perpetrado na Alemanha Nazista, em especial, colocou em evidência o viés mais radical da lógica do progresso ao assumir até mesmo custos humanos para o alcance daquele desiderato, consubstanciado, no caso, no domínio global da raça superior ariana. Diante desse quadro, conclui Hannah Arendt que “o progresso, por certo, é um dos artigos mais sérios e complexos encontrados no mercado de superstições de nosso tempo”⁵.

Consoante adverte Luhmann, o crescente incremento da complexidade na sociedade engendra não somente novas chances, mas também perigos até então desconhecidos⁶. De fato, além do já aludido aparecimento de novos riscos, verifica-se que o *modus operandi* dos delitos tem se tornado mais complexo com o desenvolvimento de inovadoras possibilidades de violação aos bens jurídico-penais. E é dentro desse contexto que exsurge o objeto da presente dissertação.

Com efeito, destaca Luhmann que as organizações são corolário do alto nível de desenvolvimento da sociedade moderna, caracterizando-se por sua estruturação hierárquica, com a formação de cadeias de mando, e pela livre decisão de seus membros em integrá-las⁷. Entretanto, paralelamente à grande importância adquirida por essas estruturas especialmente nas esferas da economia, do direito e da educação, elas começaram a ser utilizadas também para a prática de injustos coletivos. Diante disso, os tradicionais critérios de imputação penal,

⁴ V. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Vientiuno de España, 2002. Título original: *World Risk Society*.

⁵ ARENDT, Hannah. Op. cit. p. 29.

⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 172.

⁷ Id. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 655-672.

construídos sobre a base estrutural dos delitos individuais, foram se revelando, progressivamente, inadequados para os casos de macrocriminalidade.

O presente trabalho, então, objetiva enfrentar a questão da imputabilidade penal nos delitos cometidos através de estruturas organizadas de poder, especificamente nos casos em que o dirigente da organização determina a prática delitiva por intermédio do aparato, detendo o controle do fato criminoso, o qual, contudo, será diretamente perpetrado por um executor imediato, que age consciente e voluntariamente. Referido domínio do curso causal pelo homem de trás advém do modo de funcionamento automático do aparato rigidamente hierarquizado que ele comanda, dispondo de um considerável número de pessoas predispostas ao cumprimento da ordem criminosa e facilmente substituíveis.

Como peculiaridade, nessas hipóteses, perde relevância a conduta do agente que pratica diretamente o crime para assumir a posição central do êxito delitivo o dirigente da estrutura organizativa, não obstante a sua contribuição ao fato se restrinja à fase preparatória. Assim, em geral, quanto maior a distância entre a posição ocupada no aparato de poder e a execução direta do crime, mais importante será a contribuição do agente ao fato, eis que se ascende na escala hierárquica.

É certo que a doutrina tem apontado uma variada gama de soluções para a referida questão, algumas delas baseadas nas teorias clássicas de autoria e participação delitivas, e outras construídas em consideração à estruturação própria dos injustos coletivos. Na dissertação, portanto, buscar-se-á abordar os principais pontos de discussão sobre a temática e, então, expor a construção dogmática que pareça mais adequada para a hipótese ventilada, com a definição dos requisitos configuradores de um efetivo domínio do fato criminoso comandado através da estrutura de poder, resguardadas as garantias objetivas e subjetivas do processo de imputação⁸.

Como premissa, no primeiro capítulo, analisaremos as possíveis formas de manifestação de uma estrutura organizada de poder no desiderato de definir, com maior precisão, os contornos da hipótese delineada. Desse modo, buscaremos assentar que tipos de organização proporcionam um distanciamento temporal e espacial entre a decisão de praticar o delito e o seu efetivo cometimento, conferindo ao dirigente o controle dos fatos por ele ordenados independentemente do atuar livre e consciente do executor direto. A partir daí, enfrentaremos, de fato, a questão da imputabilidade penal nos delitos perpetrados através de

⁸ V. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 253.

aparatos de poder, notadamente em relação ao superior hierárquico que comanda a prática criminosa.

O capítulo seguinte, então, cuidará das principais teorias que se propõem a solucionar a hipótese em tela. Primeiramente, serão abordados os critérios tradicionais de imputação penal, verificando se o dirigente da estrutura organizada de poder deveria ser responsabilizado pelos delitos por ele determinados a título de partícipe, coautor, autor colateral ou autor mediato. Outrossim, analisaremos a questão à luz das recentes teorias da empresa criminal conjunta, do domínio da decisão e do domínio da organização, a fim de apresentarmos o modelo que se revele mais adequado.

A partir daí, trataremos especificamente da teoria roxiniana da autoria mediata através de aparatos organizados de poder. Assim, no terceiro capítulo, serão destacadas as principais experiências internacionais de aplicação da nável construção dogmática, notadamente na Argentina, Alemanha, Peru, Chile e nos tribunais supranacionais. Com isso, busca-se evidenciar a importância progressivamente adquirida pela teoria do domínio da organização, juntamente com as intensas dissonâncias que permeiam a temática.

Por fim, no último capítulo, será efetuada uma abordagem garantista da autoria mediata através do domínio da organização, com o escopo de coaduná-la com um processo de imputação que respeite os direitos fundamentais da pessoa humana. Partindo de um conceito eminentemente empírico de autoria delitiva com base na teoria do domínio do fato⁹, objetiva-se definir os pressupostos que proporcionem ao dirigente um efetivo controle dos crimes determinados por intermédio da estrutura de poder, sem que atue na fase executiva e sendo o executor direto plenamente responsável.

Nesse contexto, avulta de importância a tão debatida questão da aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade de empresa, notadamente por se tratar de um aparato vinculado à ordem jurídica. Em atenção à especificidade do tema, abordaremos, no tópico próprio, os principais modelos de imputação penal propostos pela doutrina do Direito Penal Econômico, bem como os reflexos jurisprudenciais da autoria de escritório naquela esfera, com especial consideração dos tribunais brasileiros.

Em síntese, a presente dissertação se propõe a analisar a imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder, buscando definir os contornos do modelo dogmático que pareça mais adequado para a hipótese de trabalho, característica do incremento de complexidade das práticas delitivas no seio da atual sociedade de riscos. Isso, contudo,

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. V. 1. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 570.

sem descuidar das basilares garantias do processo de imputação orientado por um Direito Penal de fundamentação antropológica, essencial no Estado de Direito.

1 ESTRUTURAS ORGANIZADAS DE PODER

Tradicionalmente, a forma usual de se cometer um delito é através da execução pessoal do fato típico, agindo o autor direto de modo consciente e voluntário. Já em caso de concurso de agentes, havendo divisão de trabalho e resolução criminosa comum, com a detenção conjunta do domínio do curso causal, está caracterizada a coautoria. Por sua vez, perfaz-se a autoria mediata quando o homem de trás determina a prática criminosa por intermédio de uma pessoa impunível, que realiza a conduta típica sob o domínio do erro, da coação ou da inimputabilidade. Assim, os modelos de imputação penal foram desenvolvidos à vista de um paradigma eminentemente individual.

Todavia, a modalidade delitiva objeto da presente dissertação se afasta de tais hipóteses clássicas. Com efeito, considerando que, no contexto da complexidade mundial crescente, as organizações despontam como um fenômeno característico da sociedade moderna, os injustos coletivos vêm se revelando como o novo paradigma de realização do fato típico.

Na dissertação, trabalha-se, especificamente, com a hipótese em que o dirigente de uma estrutura organizada de poder ordena ao seu subordinado a perpetração do fato criminoso. Porém, distintamente dos tradicionais casos de obediência hierárquica, o executor imediato acolhe o comando de forma livre e com fiel representação da realidade, eis que não se encontra sob o domínio da coação, nem tampouco do erro ou da inimputabilidade. Não obstante isso, entende-se que o homem de trás detém o controle do fato, inclusive ocupando a posição central do êxito delitivo, porquanto a estruturação rigidamente organizada do aparato lhe permite a rápida substituição do subordinado que, eventualmente, se recuse a realizar pessoalmente a conduta típica determinada. Desta feita, extrai-se do funcionamento automático da estrutura de poder a garantia de sucesso da ordem delitiva.

Inexiste, contudo, uma definição precisa quanto ao conceito de estrutura organizada de poder, o que dificulta a abordagem a que nos propusemos, dada a relativa indeterminação que ainda apresenta a hipótese de trabalho. Diante disso, a fim de delimitar o âmbito de abrangência da dissertação, serão analisados, primeiramente, os tipos de aparatos organizativos que proporcionam tal distanciamento temporal e espacial entre a decisão de praticar o delito e o seu efetivo cometimento. A partir daí, então, será possível tratar, com maior concretude, da questão principal da imputabilidade penal do dirigente da estrutura de poder.

Impende ressaltar que a definição *a priori* dos modos de manifestação de um aparato organizado de poder não significa que todo e qualquer delito perpetrado naquele contexto consubstancie a hipótese ventilada. De fato, é plenamente factível a prática de crimes dentro dessas organizações sob as modalidades próprias dos injustos individuais.

Por conseguinte, o objetivo desse primeiro tópico é estabelecer, de modo puramente apriorístico, que estruturas comportam a manifestação da hipótese de trabalho, ao passo que a sua efetiva configuração deverá ser identificada *in concreto*. E, desde já, vale anotar que o assunto será retomado em um momento posterior, porém, na oportunidade, já com um enfoque na questão dogmática de como deve se dar a imputação penal dos dirigentes do aparato de poder.

1.1 Estado de não-direito

As questões que envolvem a ideia de justiça são muito antigas, revelando-se o problema da legitimação um dos assuntos mais intensos da filosofia do direito¹⁰. Inicialmente, a temática encontrava-se eminentemente associada ao direito natural de raízes teológicas, tendo seu apogeu na Idade Média com Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. Já com o advento do racionalismo cientificista da Modernidade ilustrada, a razão tornou-se a fonte do direito natural. A origem desse direito natural racionalista é atribuída a Hugo Grotius por idealizar uma comunidade internacional fundada no *dictamen rectae rationis*. A partir daí, então, a filosofia do direito sofreu um processo de secularização.¹¹

O jusnaturalismo, ao propugnar a existência de direitos naturais inatos aos indivíduos, foi utilizado como fundamento filosófico para justificar a insurgência liberal contra o Absolutismo, buscando-se a limitação do poder estatal em face das liberdades individuais. Nesse contexto, exsurge a técnica de separação de Poderes, formulada por Montesquieu, como forma de operacionalizar a desconcentração dos poderes na pessoa do déspota. O

¹⁰ V. ALEXY, Robert. La naturaleza de la filosofía del derecho. Tradução de Carlos Bernal Pulido. *Doxa*, 26, 2003, p. 152, adotando a tese do ideal compreensivo a respeito da natureza da filosofia do direito.

¹¹ V. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57-92; ALEXY, Robert. A natureza dos argumentos acerca da natureza do direito. Tradução de Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Bruno Costa Teixeira. *Panoptica*, 2008, p. 59-69.

liberalismo, portanto, propunha a submissão do Executivo e do Judiciário ao império da lei, sendo esta emanada de um órgão de representação popular.¹²

A ebulição das ideias oriundas do movimento iluminista e do jusnaturalismo racionalista, destarte, culminou no movimento de codificação do século XIX. Seu desiderato consistia em cristalizar as conquistas liberais alcançadas com a revolução por meio da positivação, cujo mais notório símbolo foi o Código Napoleônico de 1804. Paralelamente, surgiram as primeiras Constituições dos Estados Nacionais, marcadas pela previsão de direitos individuais e da separação de Poderes. Então, de início, verifica-se que o positivismo desempenhou uma função consagradora dos direitos tidos como naturais nas codificações, compreendendo a ordem normativa não como um sistema fechado, mas sim vinculada a uma fundamentação jusnaturalista.

Conforme explica Ferrajoli¹³, o positivismo jurídico da época das luzes, ao lançar o seu olhar por um lado para o sistema normativo, e por outro para a sua justificação axiológica, possibilitou a efetivação do processo de laicização do Direito, distinguindo-o da Moral. Isso porque superou a confusão realizada pelas ideologias autoritárias de até então entre o plano da legitimação interna do Direito, concernente à sua validade formal pela observância das normas do ordenamento jurídico, e o plano da legitimação externa, referente à sua justificação axiológica por critérios ético-políticos não positivados de justiça.

Assim, além da análise meramente formal da validade interna do Direito em relação à ordem posta, avultava de grande relevância para a filosofia positivista a sua justificação à vista de critérios valorativos externos, oferecidos pelo jusnaturalismo. Nas palavras do doutrinador, “o problema dos fundamentos e da justificação esteve ao centro da reflexão jurídico-filosófica durante os séculos XVII e XVIII, inserido dentro da temática do direito natural e das suas relações com o direito positivo”¹⁴.

Todavia, no auge do período codificador, com a consolidação do Estado Liberal e, conseqüentemente, da burguesia no poder, o positivismo jurídico se despreendeu de sua fundamentação jusnaturalista da época revolucionária iluminista para assumir uma postura conservadora do *status quo*. Não mais interessava à nova classe detentora do poder hegemônico a defesa de direitos naturais pré-existentes, nem tampouco o reconhecimento de parâmetros de justiça para a legitimação externa do Direito. Ao revés, adotou-se uma filosofia

¹² V. TEIXEIRA, António Braz. *Sentido e valor do direito*: introdução à filosofia jurídica. 2ª ed., rev. e ampl. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003, p. 184-186.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hasan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.199-201.

¹⁴ *Ibid.* p. 211.

reacionária de manutenção irreflexiva da ordem vigente, passando o positivismo a compreender o Direito como um sistema autopoiético. Nessa toada, é importante destacar as lições de Barroso:

O advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.¹⁵

O positivismo normativista passou a veicular a pretensão romântica de uma ciência neutra e objetiva do Direito, encontrando-se este na condição de sistema completo e autossuficiente. Assim, a metodologia do conhecimento jurídico deveria excluir todos os elementos estranhos ao seu objeto, o que deu origem à Escola da Exegese na França e à Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha. Ademais, consagrou-se o método empírico próprio das ciências naturais, carecendo de cientificidade qualquer análise valorativa do Direito, de modo que sua legitimidade decorreria tão-somente da satisfação da legalidade formal. Desta feita, uma vez obedecidos os critérios formais de legitimação interna, a norma jurídica seria válida, afigurando-se despidendo quaisquer considerações acerca da justiça do seu conteúdo.

A filosofia jurídica positivista alcançou o seu ápice no século XX, com a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Com efeito, consoante sistematizado pelo doutrinador, a norma jurídica extrai seu fundamento de validade de uma norma superior, sendo que, no topo da pirâmide, encontra-se a norma fundamental (*Grundnorm*), a qual confere unidade à ordem normativa. Como a norma fundamental não possui natureza material, ela vincula a validade do sistema de normas sob o aspecto estritamente formal, reconhecendo-lhe um caráter dinâmico.¹⁶

Ainda de acordo com Kelsen, o ponto em comum de todos os sistemas morais possíveis é o caráter formalista de norma. Assim, considerando que o Direito visa regular o comportamento humano através de normas jurídicas, infere-se que ele é essencialmente moral. A rigor, para o doutrinador, é a norma, como ato de vontade humana, que fundamenta os juízos de valor, razão pela qual ela não pode ser considerada verdadeira ou falsa, mas

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 238.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 215-224. Título original: *Reine Rechtslehre*.

apenas válida ou inválida. Daí, a relatividade dos valores constituídos pelas normas objetivamente válidas.¹⁷

Saliente-se que a relação que Kelsen vislumbra entre o Direito e a Moral se cinge à questão formal, independentemente do conteúdo assumido por aquele, o que torna toda norma jurídica essencialmente moral. Logo, o positivismo formalista atribui ao Direito um valor em si mesmo, prescindindo da análise externa de sua justificação ético-política. Nesse sentido, é válido transcrever o seguinte trecho de sua obra:

Se a questão do fundamento de validade do Direito positivo, isto é, a questão de saber por que as normas de uma ordem coercitiva eficaz devem ser aplicadas e observadas, visa uma justificação ético-política desta ordem coerciva, ou seja, visa um critério firme segundo o qual uma ordem jurídica positiva possa ser julgada justa e, por isso, válida, ou injusta e, por isso, não válida, então deve dizer-se que a norma fundamental determinada pela Teoria Pura do Direito não realiza uma tal justificação, não fornece um tal critério. Com efeito, o Direito positivo somente pode ser justificado – como já notamos – através de uma norma ou ordem normativa à qual o Direito positivo – segundo o seu conteúdo – tanto pode conformar-se como não se conformar, assim podendo, portanto, ser justo ou injusto.¹⁸

Com efeito, tendo em vista que o cerne da teoria pura kelseniana reside na compreensão da ordem jurídica como um sistema autopoietico, resta inviabilizada a sua crítica desde um ponto de vista externo baseado em parâmetros axiológicos de justiça. Isso conduz ao que Barroso denominou de legalismo acríptico¹⁹. E a legitimação do direito independentemente da valoração do seu conteúdo consubstancia uma confusão entre as esferas do Direito e da Moral.

Nesse contexto, é oportuno destacar as precisas lições de Ferrajoli²⁰, quando identifica que tanto o jusnaturalismo, quanto o formalismo positivista, por si sós, ensejam modelos autoritários em virtude de não distinguirem os planos da legitimação interna e externa do Direito. Primeiramente, o jusnaturalismo sujeita o Direito à Moral, pois trabalha com um direito que independe de consagração positiva, conferindo, assim, juridicidade à moral. Por outro lado, o formalismo positivista subordina a Moral ao Direito, tendo em vista que considera justo o direito positivo que atenda aos parâmetros formais da ordem jurídica interna, prescindindo de uma aferição axiológica externa do direito posto. Nessa esteira, emergem as “ideias de autofundação e de autojustificação do direito e do Estado como valores em si: não meios, mas eles mesmos o fim”²¹.

É certo, porém, que, de acordo com o pensamento fenomenológico, a fundamentação da ordem jurídico-normativa é uma questão essencialmente axiológica, ainda que tal dado seja

¹⁷ Ibid. p. 18-21 e 71-78.

¹⁸ Ibid. p. 242.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 241.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 201-203 e 212-216.

²¹ Ibid. p. 788.

ocultado ou desprezado. Isso se extrai da relação de referibilidade identificada entre o domínio dos seres ideais, integrado por valores pré-existentes, universais e atemporais, e o domínio dos seres reais, que são contingentes, de modo que os valores constituem a essência invariável e, portanto, o fundamento dos fenômenos reais sujeitos à mutabilidade, inclusive o sistema normativo. Os valores, por sua vez, são apreendidos não através da razão humana, mas sim de sua consciência intencional, que, ao doar sentidos ao mundo, constitui o fundamento último, sendo o homem considerado o valor-fonte.²²

A despeito da natureza axiológica dos fundamentos, o método empírico empregado pelo formalismo positivista desconsidera qualquer juízo de valor por se preocupar com um conhecimento supostamente científico do sistema jurídico por intermédio da razão, de forma a atribuir ao Direito valor em si mesmo. É adotada, então, uma concepção estritamente normativa de fundamento, em desprezo à sua verdadeira essência, o que enseja uma retroalimentação do sistema jurídico²³. Some-se a isso que o surgimento da crença positiva no progresso ilimitado da humanidade, no contexto do tecnicismo, direciona o enfoque do jurista para a seara da efetividade do Direito, em detrimento de seus fundamentos²⁴. Desta feita, dissociado de uma fundamentação valorativa, o Direito pode ser utilizado para a consecução de qualquer finalidade, sendo facilmente atingido pelas contingências históricas.

Tal cenário teve seu ápice na Alemanha Nazista, onde graves violações aos mais basilares direitos humanos foram perpetradas sob o manto da legalidade. Com efeito, em março de 1933, o Parlamento alemão (Reichstag) aprovou e o Presidente Paul von Hindenburg sancionou a Lei de Plenos Poderes, também conhecida como Lei Habilitante (Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich)²⁵, a qual conferiu ao chanceler Adolf

²² V. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Direito, valor e técnica. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, out.2008/mar.2009, p. 92; _____. Para uma teoria fenomenológica do Direito - III. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, abr./set.2011, p. 71; _____. Edmundo Russerl e o fundamento fenomenológico do Direito. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, abr./set.2009, p. 67-79. A respeito do tema, v. DUTRA, Bruna Martins Amorim. A questão da fundamentação dos direitos humanos sob o prisma axiológico. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 15-18, ano 2007-2010. Disponível em mídia eletrônica <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/issue/current>> Acesso em 10/01/2012.

²³ CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. Técnica, direito e crise de legitimidade. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, out.2008/mar.2009, p. 45.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 92.

²⁵ “Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich.

Der Reichstag hat das folgende Gesetz beschlossen, das mit Zustimmung des Reichsrats hiermit verkündet wird, nachdem festgestellt ist, daß die Erfordernisse verfassungsändernder Gesetzgebung erfüllt sind:

Artikel 1: Reichsgesetze können außer in dem in der Reichsverfassung vorgesehenen Verfahren auch durch die Reichsregierung beschlossen werden. Dies gilt auch für die in den Artikeln 85 Abs. 2 und 87 der Reichsverfassung bezeichneten Gesetze.

Artikel 2: Die von der Reichsregierung beschlossenen Reichsgesetze können von der Reichsverfassung abweichen, soweit sie nicht die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand haben. Die Rechte des Reichspräsidenten bleiben unberührt.

Artikel 3: Die von der Reichsregierung beschlossenen Reichsgesetze werden vom Reichskanzler ausgefertigt und im Reichsgesetzblatt verkündet. Sie treten, soweit sie nichts anderes bestimmen, mit dem auf die Verkündung folgenden Tage in

Hitler a prerrogativa de legislar. Essa concentração de poderes foi realizada em consonância com a Constituição de Weimar, de modo que a instalação da ditadura nazista ocorreu sob os auspícios da ordem jurídica.²⁶

A partir da promulgação da Lei de Plenos Poderes, destarte, as ordens do Führer adquiriram força de lei, inclusive aquelas concernentes à expulsão, à concentração e, como solução final, ao extermínio do povo judeu. É certo que a Constituição alemã de 1919 previa um extenso rol de direitos humanos fundamentais, sendo até mesmo uma das pioneiras na consagração de direitos de natureza social, a par das clássicas liberdades individuais. Contudo, o art. 48 da Magna Carta de Weimar²⁷ permitia expressamente a suspensão, total ou

Kraft. Die Artikel 68 bis 77 der Reichsverfassung finden auf die von der Reichsregierung beschlossenen Gesetze keine Anwendung.

Artikel 4: Verträge des Reiches mit fremden Staaten, die sich auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung beziehen, bedürfen für die Dauer der Geltung dieser Gesetze nicht der Zustimmung der an der Gesetzgebung beteiligten Körperschaften. Die Reichsregierung erläßt die zur Durchführung dieser Verträge erforderlichen Vorschriften.

Artikel 5: Dieses Gesetz tritt mit dem Tage seiner Verkündung in Kraft. Es tritt mit dem 1. April 1937 außer Kraft, es tritt ferner außer Kraft, wenn die gegenwärtige Reichsregierung durch eine andere abgelöst wird.”

Tradução para o inglês:

“Law to Remedy the Distress of the People and the Nation.

The Reichstag has enacted the following law, which is hereby proclaimed with the assent of the Reichsrat, it having been established that the requirements for a constitutional amendment have been fulfilled:

Article 1: In addition to the procedure prescribed by the constitution, laws of the Reich may also be enacted by the government of the Reich. This includes the laws referred to by Articles 85 Paragraph 2 and Article 87 of the constitution.

Article 2: Laws enacted by the government of the Reich may deviate from the constitution as long as they do not affect the institutions of the Reichstag and the Reichsrat. The rights of the President remain undisturbed.

Article 3: Laws enacted by the Reich government shall be issued by the Chancellor and announced in the Reich Gazette. They shall take effect on the day following the announcement, unless they prescribe a different date. Articles 68 to 77 of the Constitution do not apply to laws enacted by the Reich government.

Article 4: Treaties of the Reich with foreign states which affect matters of Reich legislation shall not require the approval of the bodies of the legislature. The government of the Reich shall issue the regulations required for the execution of such treaties.

Article 5: This law takes effect with the day of its proclamation. It loses force on 1 April 1937 or if the present Reich government is replaced by another.”

Cf. <http://en.wikipedia.org/wiki/Enabling_Act_of_1933> Acesso em 13 out. 2011.

²⁶ LAZZARETTI, Lucas Piccinin. *A deturpação do estado de exceção na teoria constitucional moderna*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 5012-5025. Disponível em < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/10_700.pdf> Acesso em 13 out. 2011.

²⁷ “Artikel 48: Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten.

Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.

Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen.

Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstags außer Kraft zu setzen.

Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz.”

Tradução para o inglês:

“Article 48: If a state does not fulfill the obligations laid upon it by the Reich constitution or the Reich laws, the Reich President may use armed force to cause it to oblige.

In case public safety is seriously threatened or disturbed, the Reich President may take the measures necessary to reestablish law and order, if necessary using armed force. In the pursuit of this aim he may suspend the civil rights described in articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 154, partially or entirely.

The Reich President has to inform Reichstag immediately about all measures undertaken which are based on paragraphs 1 and 2 of this article. The measures have to be suspended immediately if Reichstag demands so.

parcial, dos direitos fundamentais em casos excepcionais, pelo que não subsistem dúvidas de que as atrocidades efetivadas na Alemanha Nazista encontravam arrimo na ordem legal de um Estado soberano.

Nesse contexto, avulta de importância fazer menção ao idealismo alemão de Georg Hegel²⁸, segundo o qual o Estado é a encarnação política do Espírito absoluto, constituindo uma substância real de essência ética que corporifica a razão. Já na qualidade de consciência real, o Espírito absoluto corresponderia aos cidadãos, o que evidencia uma identificação entre indivíduo e Estado. Assim, consoante o filósofo, o Espírito absoluto se preserva ao refletir os indivíduos e, concomitantemente, resguarda estes últimos dentro de si. A obediência às leis humanas, portanto, seria a expressão da própria liberdade individual.

No Terceiro Reich, verifica-se que o Estado ético idealizado por Hegel se personificou na autoridade soberana de Hitler, o qual, paralelamente, encarnava o desejo das massas. Assim, o caráter inicialmente nacionalista do partido nazista cedeu lugar à centralização na pessoa do Führer, esvaziando-se o movimento de todo e qualquer conteúdo programático específico. Essa ideologia de lealdade incondicionada ao líder possibilitou um domínio total, calcado no terror e com pretensões imperialistas de alcance de toda a humanidade.²⁹

A identificação de Hitler com o povo alemão fica manifesta em um discurso por ele realizado na SA, onde afirmou que “tudo o que vocês são, o são através de mim; tudo o que eu sou, sou somente através de vocês”³⁰. Também Schmitt já havia registrado em sua obra “*Staat, Bewegung, Volk*” a confusão que se operou à época entre o movimento nazista, o Estado alemão e o povo³¹. Então, considerando que as ordens do Führer detinham força de lei e representavam o que era bom para os cidadãos alemães em geral, lhes era devida obediência absoluta e acrítica, estando a Moral totalmente sujeita ao Direito. Desse modo, nota Kaufmann que a legitimidade da lei no positivismo tornou-se tão incontestável quanto o era o próprio soberano do Absolutismo³².

If danger is imminent, the state government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps have to be suspended if so demanded by the Reich President or the Reichstag. Further details are provided by Reich law.”

Cf. <<http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/verfassung/index.html>> e <[http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Third Chapter](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Third%20Chapter)> Acesso em 13 out. 2011.

²⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Phenomenology of spirit*. Tradução de A. V. Miller. Nova York: Oxford University Press, 1977, p. 267-268.

²⁹ V. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 3ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 373-375. Título original: *The origins of totalitarianism*; VINCENT, Andrew. *Ideologias políticas modernas*. Tradução de Ana Luísa Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995, p. 165-168.

³⁰ BAYER, Ernst. *Die SA*, Berlim, 1938. Traduzido do *Nazi conspiracy*, IV, 783 *apud* ARENDT, Hannah. Op. cit. p. 375.

³¹ SCHMITT, Carl. *Staat, Bewegung, Volk*, 1934 *apud* ARENDT, Hannah. Op. cit. p. 298-299.

³² KAUFMANN, Arthur. Op. cit. p. 115.

Outrossim, a compreensão do indivíduo como um simples membro do movimento nazista tornava justificável o sacrifício de interesses particulares imediatos, ainda que vitais, em prol do bem comum, retirando dos seres humanos a essência de sujeitos de direito para considerá-los meros objetos dentro da lógica do progresso. Nessa esteira, é interessante a constatação de Mates de que o dogma iluminista da razão, concretizado nos conceitos político de progresso e ideológico de biopolítica, revelou em Auschwitz toda a potencialidade do laico³³.

Com efeito, ao se relegarem as ciências do espírito a um plano meramente transcendental e acientífico em prol do domínio da técnica e do pragmatismo, ensejou-se a coisificação do homem, o qual passou a ser visto como mero elemento dentro do processo histórico de evolução da sociedade globalmente considerada³⁴. O ente coletivo – no caso, o movimento nazista, mais do que o territorialmente limitado Estado ético hegeliano –, então, assumia a posição de fim em si mesmo, passando o ser humano à condição de simples meio, de modo a se inverter radicalmente a metafísica dos costumes kantiana³⁵.

O conjunto desses fatores possibilitou a assunção de custos inclusive humanos na Alemanha Nazista para o alcance do escopo maior de domínio mundial da raça superior ariana, surgindo, dentro do marco do sistema normativo nacional-socialista, o até então desconhecido delito de genocídio. Auschwitz, por conseguinte, revelou a faceta mais cruel da filosofia positivista normativista, ao permitir a total desnaturação do significado de dignidade da pessoa humana sob o manto da legalidade formal. É certo que já Aristóteles distinguia o legal e o correto como diferentes acepções de justiça, e o ilegal e o iníquo como significados diversos de injustiça³⁶; o que, contudo, o filósofo da Antiguidade Clássica parece não ter vislumbrado foi a possibilidade da total dissociação entre o legal e o justo, concretizada contemporaneamente na experiência nazista.

Atento a esses acontecimentos, o alemão Gustav Radbruch mudou o enfoque de sua orientação filosófica inicial para a defesa de uma terceira via, situada entre o positivismo formalista e o jusnaturalismo. Conforme é sabido, o filósofo, partindo do dualismo

³³ MATE, Reyes. *La presencia pública de la religión en la sociedad contemporánea*. In: _____. *La herencia del olvido: ensayos en torno a la razón compasiva*. Madrid: Errata naturae, 2008, p. 178-181.

³⁴ V. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Atualidade e permanência do Direito Natural. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, out.2009/mar.2010, p. 15-19.

³⁵ V. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58, segundo o qual “o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim”.

³⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 3ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, c1985, 1999, p. 92-94.

metodológico de Kant, asseverava que a esfera do dever-ser, totalmente dissociada do ser, seria incognoscível, vez que os valores não poderiam ser apreendidos através da razão. Diante disso, em sua primeira fase, destacava que caberia ao legislador estabelecer o conteúdo do Direito, de forma a garantir a segurança jurídica.³⁷

Contudo, uma vez constatada a potencialidade lesiva da adoção irrestrita do formalismo, Radbruch³⁸ passou a salientar que a norma, para ter reconhecida a sua juridicidade, deveria observar um conteúdo mínimo de justiça. No afã de alcançar esse parâmetro, ele partiu da premissa de que cabe ao Direito assegurar os pressupostos externos para a autorrealização do ser humano no âmbito interno de sua liberdade. Nessa esteira, é válido fazer alusão às lições de Zaffaroni, o qual explica que a autêntica liberdade se opera internamente na consciência do homem, não podendo o Direito interferir na decisão subjetiva sobre o eu, mas apenas garantir a sua manifestação externa³⁹.

Então, correlacionando a garantia exterior da liberdade individual de decisão ética com a essência dos direitos humanos, Radbruch, já no período do pós-guerra, atribui a estes últimos um caráter absoluto. Consoante leciona, “constitui um direito absolutamente injusto a negação dos direitos do homem, quer a partir do ponto de vista supra-individual (“tu não és nada, teu povo é tudo”), quer do ponto de vista transpessoal (“uma estátua de Fídiás compensa a desumanidade praticada contra milhões de escravos antigos”)⁴⁰. Portanto, o filósofo erige o respeito aos direitos humanos, na acepção declinada, como de fundamental relevância para o reconhecimento da própria validade jurídica do Direito.

É de se ressaltar, porém, que a defesa de um mínimo justo não significa que Radbruch, na segunda fase, tenha rejeitado as suas raízes originárias do relativismo axiológico e do subjetivismo. Destarte, embora haja conferido um caráter absoluto aos direitos humanos como forma de estabelecer um conteúdo essencial para o Direito, continuava a compreender os valores como um postulado de fé do sujeito, circunscritos ao domínio do dever-ser.⁴¹

Nessa toada, Kaufmann⁴² se insurge contra a comum afirmação de que teria havido uma ruptura no pensamento de Radbruch a partir da experiência nazista, passando este

³⁷ RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*, 9ª ed. (póstuma), 1983, p. 175; *GRGA*, II, 1993 *apud* KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.* p. 119.

³⁸ Id. *Introdução à filosofia do direito*. Tradução de Jacy de Souza Mendonça, p. 27-28. Disponível em <<http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf>> Acesso em 20/07/11.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. V. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 439-440.

⁴⁰ RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.* p. 28.

⁴¹ *Ibid.* p. 6-7.

⁴² KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 62-64. Título original: *Rechtsphilosophie*. Conforme ilustra o autor, “já em 1919 tinha Radbruch apostrofado o positivismo como uma ‘idolatria do poder’ e ainda antes disso encontra-se nos *Grundzügen* [Princípios] de 1914 a frase: ‘Não se pode conceber nenhuma justificação para a vigência do direito manifestamente injusto.’ Por outro lado, mesmo sob o

filósofo a adotar o jusnaturalismo em detrimento do positivismo. De fato, o que vislumbramos é uma mudança de enfoque em sua orientação filosófica, de molde a atribuir maior destaque à discussão sobre os conteúdos de justiça num segundo momento. Assim, tem-se que a identificação de um núcleo essencial de justiça não ilide a importância da positividade do Direito, como forma de viabilizar a segurança jurídica. É possível associar, portanto, a terceira via propugnada por Radbruch à filosofia pós-positivista, a qual, segundo Barroso, “não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política”⁴³.

E é dentro desse contexto que adquire relevo a célebre afirmação de Radbruch de que a lei extremamente injusta não pode ser considerada Direito. Com efeito, em atenção à segurança jurídica, o filósofo alemão admite a vigência de um direito positivo eivado de certo grau de injustiça. Ressalva, sem embargo, que, se a injustiça alcançar um patamar tão extremado a ponto de comprometer até mesmo o valor da segurança jurídica, restaria fulminada a própria validade da norma.⁴⁴ Tal construção, conforme será evidenciado, é de fundamental importância para a definição da primeira e mais notória manifestação de uma estrutura organizada de poder, correspondente ao que denominamos “Estado de não-direito”.

Analisando a fórmula de Radbruch, o filósofo Robert Alexy⁴⁵ distingue duas principais modalidades de conexões que podem ser estabelecidas entre o Direito e a Moral. A primeira se refere a uma conexão qualificatória, a qual veicula uma pretensão de correção para o Direito, de sorte que as normas ou sistemas positivos que não satisfaçam tal reivindicação de adequação seriam juridicamente defeituosos. Por sua vez, a conexão classificatória retira a própria validade jurídica da norma ou sistema que vulnere determinado critério moral, reconhecendo, com isso, mais do que um mero defeito jurídico.

Assim, é possível perceber que a fórmula construída por Radbruch se utiliza não apenas de uma conexão qualificatória entre o Direito e a Moral, incorporando àquele uma dimensão ideal referente à pretensão de correção. Ela, ademais, estabelece uma conexão classificatória entre as duas esferas, com base no argumento da injustiça extrema em casos de violação ao núcleo essencial dos direitos humanos.

influxo do Estado de não-direito, *Radbruch* não se desligou totalmente do positivismo jurídico. Ele nunca sacrificou a segurança jurídica, como uma parte constitutiva da ideia de direito, a um vago pensamento jusnaturalista.” (p. 63).

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 248.

⁴⁴ RADBRUCH, Gustav. Op. cit. p. 34-35.

⁴⁵ ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. Tradução de José Antonio Seoane. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 5, 2001, p. 83-95; Id. A natureza dos argumentos acerca da natureza do direito. Tradução de Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Bruno Costa Teixeira. *Panoptica*, 2008, p. 62-69.

A partir dessa construção, Robert Alexy⁴⁶ salienta que o mero fato de existirem algumas normas ou decisões individuais contrárias à pretensão de correção (“parasitas”) não tem o condão de retirar o caráter jurídico do ordenamento positivo. Contudo, caso a divergência seja tão intensa a ponto de se concluir que o sistema normativo como um todo abandonou tal pretensão, veiculando uma injustiça extrema, o ordenamento perderá a sua própria validade jurídica. Nesse caso, portanto, valendo-se da premissa de que existe uma conexão qualificatória e classificatória entre Direito e Moral, podemos afirmar estar configurado o Estado de não-direito.

Insta ressaltar que a definição de Estado de não-direito adotada está estribada numa parcial intersecção entre as esferas da Moral e do Direito, vez que se admite que um critério *moral* de injustiça extrema, consistente na violação generalizada ao núcleo essencial dos direitos humanos por parte do sistema positivo globalmente considerado, retire a *juridicidade* do ordenamento. A título ilustrativo, tem-se que um dos mais notórios e terríveis exemplos de Estado de não-direito, na acepção declinada, foi a Alemanha Nazista, onde, conforme já demonstrado, se assumiu o sacrifício da essência da dignidade da pessoa humana em prol de um objetivo progressista final de domínio global da raça ariana, tudo sob os auspícios da legalidade formal.

É fácil perceber que a estruturação rigidamente organizada e hierárquica do Estado de não-direito, com um numeroso quantitativo de subordinados à disposição dos seus dirigentes e inseridos dentro de um ordenamento orientado pela injustiça extrema, confere substrato fático suficiente para que uma ordem ilícita emanada dos escalões superiores seja exitosa, ainda que os seus executores diretos atuem de forma livre e consciente. Isso porque, em caso de recusa em atender ao comando criminoso, o superior hierárquico possui uma larga gama de possíveis executores altamente predispostos e facilmente recrutáveis para o cumprimento do comando. Assim, a despeito da manutenção da esfera de liberdade dos subordinados, é possível afirmar que o dirigente da estrutura de poder detém, efetivamente, o controle do fato por ele determinado.

Com efeito, ainda tomando como exemplo a Alemanha de Hitler, há notícia de que os dirigentes do aparato não se utilizavam de uma coação séria e irresistível para o cumprimento de suas ordens, já que eventual recusa do subordinado em obedecê-las implicaria, no máximo, uma punição disciplinar⁴⁷. Na verdade, verifica-se que, em razão do modo de funcionamento

⁴⁶ Id. On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin’s critique. *Ratio Juris*, v. 13, n. 2, June, 2000, p. 142 e 144.

⁴⁷ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de Sonia Orieta Heinrich. 1ª ed. São Paulo: Diagrama & Texto, 1983, p. 106.

do Estado Nazista, não se fazia sequer necessário o emprego de qualquer meio para superar a vontade livre e consciente do executor direto, haja vista que o superior dispunha de diversos outros funcionários prontos para atender ao comando proferido dentro da estrutura organizativa.

Ante todo o exposto, é possível assentar que o Estado de não-direito constitui uma primeira modalidade de aparato organizado de poder, cuja estruturação admite, ao menos *a priori*, a manifestação da hipótese de trabalho da presente dissertação.

1.2 Estado de exceção

Percebe-se que a construção da definição de Estado de não-direito, como uma forma de manifestação de estrutura organizativa, foi estribada na filosofia pós-positivista, notadamente de Radbruch e Alexy, ao resgatar a importância – outrora abandonada pelo positivismo normativista – do conteúdo do Direito. Assim, retomaram relevo as questões de justiça, porém sem prescindir da demanda pela segurança jurídica.

Com efeito, verificou-se que um sistema globalmente orientado pela injustiça extrema, ainda que formalmente legal, não pode ser considerado um Estado de direito, não sendo reconhecida a sua juridicidade, donde se extrai a denominação “Estado de não-direito”. Por óbvio, conforme já ressaltado, tal gravosa alcunha exige que o aparato estatal alcance um grau intolerável de injustiça, correspondente à sistemática violação do núcleo essencial dos direitos humanos, sob pena de se sacrificar por inteiro a certeza do Direito. Ainda assim, contudo, essa construção comporta algumas dificuldades, destacando-se, a seguir, aquelas que contribuirão de forma especial para a definição do conceito de “estado de exceção” dentro do contexto atual, como modalidade de estrutura organizada de poder.

Uma primeira dificuldade está relacionada ao princípio da legalidade penal. Quando o ordenamento jurídico adota uma postura extremamente injusta com respaldo normativo, a possibilidade de responsabilização penal daqueles que concorreram para os fatos violadores da essência dos direitos humanos emerge como uma questão de alta indagação. Isto é, tendo em vista que a atuação dos agentes estatais ocorre sob os auspícios da lei, em geral com o amparo de uma causa de justificação, não haveria que se falar em crime e, por consequência, em responsabilidade ou imputabilidade penal.

Nesses casos, porém, Alexy⁴⁸ sustenta, com base no caráter negativo da fórmula de Radbruch, que as causas de justificação extremamente injustas careceriam de validade desde a sua edição, motivo pelo qual subsistiria incólume o âmbito de aplicabilidade dos tipos penais já existentes no ordenamento estatal. Destarte, a consideração daquelas condutas como criminosas atenderia ao comando da anterioridade da lei penal incriminadora. Por sua vez, há autores que abordam a relação entre o princípio da reserva legal e os fatos praticados no seio dos Estados de não-direito já sob o enfoque do Direito Penal Internacional, onde a influência da *commom law*, com o seu menor apego ao direito positivado, é manifestamente predominante em detrimento dos rígidos sistemas de origem romano-germânica⁴⁹. Por isso, a discussão é relegada para o plano dos crimes internacionais, a serem processados e julgados perante tribunais supranacionais.

De todo modo, em se cuidando de um tema demasiado complexo, merecedor de tratamento individualizado com especial atenção ao plano consequencialista, o mesmo não será aprofundado no presente trabalho. Mostra-se relevante, contudo, a aludida remissão porquanto o alcance do princípio da legalidade penal nos casos de violação aos direitos humanos no seio de um Estado de não-direito constitui questão antecedente lógica de qualquer indagação acerca da imputabilidade penal dos agentes envolvidos.

Paralelamente, outra dificuldade da definição de “Estado de não-direito”, construída a partir de uma conexão qualificatória e classificatória entre Direito e Moral, pertine às questões genuinamente filosóficas de conhecimento e justificação moral. É muito debatida a possibilidade de se alcançar um consenso ao menos quanto a um mínimo ético, notadamente quando se lhe atribui a capacidade de ingerir na esfera propriamente jurídica, como propõe a fórmula de Radbruch em casos de injustiça extrema.

Conforme é sabido, no estudo dos valores, prevaleceu, de início, o relativismo, em especial devido às obras de Nietzsche, segundo o qual o caos e o acaso estariam sempre operantes na realidade, regida pela “vontade de poder”, de modo que as coisas não ostentariam existência em si, mas estariam subordinadas às relações de poder⁵⁰. A despeito das diversas roupagens que o relativismo axiológico assumiu ao longo do tempo, se identifica a ideia central da inexistência de valores universais e atemporais. Conforme explana Reale,

⁴⁸ ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. Tradução de José Antonio Seoane. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 5, 2001, p. 94-95.

⁴⁹ A respeito das diferentes teorias sobre o princípio da reserva legal no Direito Penal Internacional, v. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 17-25.

⁵⁰ Vale a ressalva de que existem importantes doutrinadores que se insurgem contra a comum assertiva de que Nietzsche foi o precursor do relativismo. A controvérsia, todavia, não será abordada por extrapolar o objeto do presente trabalho.

“de certa forma, com Marcuse e outros, o que se pretendeu foi a negação radical de qualquer invariante axiológica, ficando o homem anarquicamente entregue à sua ilimitada liberdade, nada lhe sendo proibido”⁵¹. Ainda hoje, o pensamento relativista encontra força, especialmente diante da crise de fundamentos que enfrenta a pós-modernidade.

Por outro giro, os contornos do universalismo axiológico podem ser visualizados já em Immanuel Kant, quando da elaboração do conceito de imperativo categórico⁵². A partir da premissa de que haveria um antagonismo entre a sensibilidade e a razão, Kant erigiu a vontade livre de inclinações individuais – boa vontade – como guia determinante da moralidade, de modo que pudesse ser observada por todo ser racional. Considerando que a sensibilidade comportaria uma multiplicidade de anseios consoante as condições pessoais dos indivíduos, não permitindo a obtenção de uma lei moral universal, tal desiderato deveria ser alcançado através da razão prática. Então, uma máxima seria moral quando tivesse o condão de ser universalizada, vinculando-se à noção de dever como imperativo categórico.

Cabe destacar que, a partir da primeira guerra mundial, o universalismo axiológico ganhou importante adesão de Max Scheler e Nicolai Hartmann, os quais, por sua vez, assumiram como ponto de partida as lições fenomenológicas de Husserl⁵³. Entende-se, assim, que, embora os fenômenos reais estejam sujeitos à mutabilidade, sua essência ou significação seria perene, consubstanciando o valor e, portanto, o fundamento. Segundo Aquiles Guimarães, atual expoente do pensamento fenomenológico no Brasil, a “essência é aquilo que caracteriza a **invariância** do objeto; é a idéia universal e necessária sem a qual não temos a evidência da compreensão daquilo de que falamos”⁵⁴.

Ainda entre os universalistas, remanesce o debate acerca do método a ser empregado para o conhecimento dos valores válidos universalmente. Para a fenomenologia, por exemplo, os valores não podem ser apreendidos racionalmente, mas sim pela consciência intencional do ser humano. Através da redução eidética, a intencionalidade valorativa descreveria o sentido dos objetos, ao passo que a redução transcendental permitiria uma reflexão sobre as significações descritas. A consciência humana, então, ao ser responsável por apreender os valores, doando sentidos ao mundo, consubstanciaria o fundamento do fundamento (fundamento último)⁵⁵.

⁵¹ REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 104.

⁵² V. Ibid. p. 101-102; JAIME, Jorge. *Ser e Valor*. V. 1, 2ª ed. Rio de Janeiro, 2003, p. 48-50.

⁵³ V. REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 104-105; JAIME, Jorge. *Ser e Valor*. V. 1, 2ª ed. Rio de Janeiro, 2003, p. 51-53.

⁵⁴ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Para uma teoria fenomenológica do Direito - I. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, abr./set.2010, p. 21.

⁵⁵ Id. Edmundo Russerl e o fundamento fenomenológico do Direito. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, abr./set.2009, p. 76.

É curial que as discussões travadas dentro do estudo dos valores vão muito além do simplório dualismo exposto entre relativismo e universalismo axiológico. Todavia, aquela sucinta exposição já é capaz de indicar a existência de profundas dificuldades envolvendo a possibilidade de conhecimento e justificação moral, e, por conseguinte, o estabelecimento de uma relação, ainda que parcial, entre Direito e Moral.

Destarte, ao se sustentar que a injustiça extrema, consistente na violação ao núcleo essencial dos direitos humanos, tem o condão de retirar a própria juridicidade da norma ou sistema que a albergue, as indagações genuinamente filosóficas a respeito de um mínimo ético tornam-se uma problemática também para o Direito⁵⁶. Nesse campo, registre-se, Alexy assevera que a moralidade justificável orientadora da pretensão de correção do Direito não necessariamente corresponderá a uma moralidade objetiva compartilhada por todos, mas será aquela capaz de sobreviver a um processo de argumentação racional⁵⁷. De qualquer modo, em síntese, extrai-se de todo o exposto que a definição de Estado de não-direito, por estar fundada numa parcial relação entre Direito e Moral, esbarra na tradicional e incessante discussão de natureza filosófica sobre conhecimento e justificação moral.

Enfim, convém destacar, para os fins aqui propostos, uma última dificuldade⁵⁸ do conceito de Estado de não-direito. Conforme já explanado, Ferrajoli leciona que um modelo jurídico garantista deve estar calcado na separação entre as esferas do Direito e da Moral, distinguindo-se o plano da legitimação interna – referente à validade jurídica das normas positivadas – daquele da legitimação externa – concernente à crítica ético-política do direito posto⁵⁹. Por sua vez, a conexão classificatória entre Direito e Moral, assumida pela fórmula de Radbruch, importa numa parcial confusão entre aquelas esferas, vez que admite que uma norma ou sistema perca sua juridicidade ao veicular uma injustiça extrema, atentatória ao núcleo essencial dos direitos humanos⁶⁰.

A rigor, é possível afirmar, até mesmo, que as demais dificuldades abordadas acima, relacionadas ao alcance do princípio da legalidade penal e às questões filosóficas de conhecimento e justificação moral, são oriundas, em última análise, daquela parcial confusão

⁵⁶ V. ALEXY, Robert. La naturaleza de la filosofía del derecho. Tradução de Carlos Bernal Pulido. *Doxa*, 26, 2003, p. 157-159; Id. A natureza dos argumentos acerca da natureza do direito. Tradução de Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Bruno Costa Teixeira. *Panoptica*, 2008, p. 68-69.

⁵⁷ Id. On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin's critique. *Ratio Juris*, v. 13, n. 2, June, 2000, p. 143-144.

⁵⁸ Reitere-se que a abordagem sobre as dificuldades do conceito adotado de Estado de não-direito não possui qualquer pretensão de exaurimento, tendo sido destacadas apenas algumas delas à vista da finalidade precípua de se estabelecer a definição de Estado de exceção.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 199.

⁶⁰ ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. Tradução de José Antonio Seoane. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 5, 2001, p. 81.

entre o Direito e a Moral. Com efeito, considerando que as condutas violadoras da essência dos direitos humanos, embora contrárias a critérios valorativos de justiça, encontram arrimo no ordenamento positivo, emergem as indagações atinentes à possibilidade da responsabilização penal e ao próprio conteúdo desse mínimo ético capaz de ingerir no campo da validade jurídica.

De fato, não se negam aqui as dificuldades da construção do conceito de Estado de não-direito, notadamente por permitir que um critério valorativo de injustiça extrema interfira no plano da validade interna do direito. Afinal, de acordo com as esclarecedoras lições de Teixeira, uma teoria da justiça constitui problemática afeta à Filosofia do Direito, de forma que essa dimensão axiológica do direito positivo carece da cientificidade - ou melhor, da segurança - presente neste último⁶¹. Contudo, ainda assim, entendemos que aquela construção é preferível em relação aos modelos calcados numa confusão total ou absoluta separação entre as esferas do Direito e da Moral para os específicos e excepcionais casos em que o sistema normativo como um todo veicule uma injustiça extrema, manifestando-se como um aparato de poder⁶².

Isso porque, conforme já abordado, os modelos de confusão total trabalham com uma falaciosa identificação entre os planos da legitimação interna e externa do direito, de forma a legitimar posturas totalitárias, seja dotando de coercitividade a moral ou atribuindo ao direito um fim ético em si mesmo⁶³. Neste último caso, destaque-se o positivismo normativista, que considera justa a norma que tão-só atenda aos parâmetros formais de validade da ordem jurídica interna, independentemente do seu conteúdo, tendo sido o substrato teórico para o desenvolvimento do Estado nazista. Desta feita, está claro que uma distinção, ainda que parcial, entre os planos de legitimidade interna e externa do direito, ao permitir a crítica ético-política do direito posto, constitui uma premissa mais adequada para a garantia dos direitos humanos.

Paralelamente, o juspositivismo crítico de Ferrajoli trabalha sempre com a absoluta separação entre o plano do “ser” do direito positivo, concernente à dogmática jurídica, e o plano do “dever ser” no direito positivo, atinente aos princípios de justiça fundamentais afetos à teoria geral do direito⁶⁴. Assim, caso uma ordem jurídica internamente válida abrigue uma

⁶¹ TEIXEIRA, António Braz. Op. cit. p. 220-221.

⁶² Ver tópico 1.1 da presente dissertação.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 201-203 e 212-216; ver, ainda, BENJAMIN, Walter. *Para uma crítica de la violencia*. Tradução de Héctor A. Murena. Buenos Aires: Leviatán, 1995, p. 24-25, com a interessante constatação de que o direito natural justifica a violência para o alcance de fins justos, ao passo que o direito positivo legitima os meios que constituem a violência através da legalidade.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 853.

violação ao núcleo essencial dos direitos humanos (injustiça extrema), o autor invocará, com base no primado axiológico da pessoa como fundamento externo do direito, a existência de uma *liberdade moral* de desobediência às leis⁶⁵. Tal liberdade seria conferida a partir do reconhecimento de um juízo de consciência moral e política de cada indivíduo autônomo, em paralelo à exigência de uma *obrigação estritamente jurídica* de obediência ao direito positivo. Todavia, ao se asseverar a existência de uma obrigação jurídica de obediência mesmo às normas extremamente injustas, forçoso concluir que não será possível afastar as consequências também jurídicas da resistência moral oferecida pelos indivíduos dotados de autonomia⁶⁶.

Diante de todo o exposto, optamos por utilizar a ideia acima abordada de Estado de não-direito quando o aparato estatal revelar uma orientação globalmente contrária à essência dos direitos humanos. Então, assume-se uma conexão classificatória entre Direito e Moral nas hipóteses de injustiça extrema, embora sem negar as dificuldades a ela inerentes, como uma figura intermediária entre os modelos de confusão total e de separação absoluta daquelas esferas. Repise-se, porém, que tal construção de estrutura organizada de poder se manifestará apenas e tão-somente nas específicas situações em que o ordenamento normativo albergar uma violação generalizada ao núcleo essencial dos direitos humanos.

Por outro giro, o reconhecimento das aludidas dificuldades, decorrentes em especial da interseção parcial entre os planos da legitimidade interna e externa do direito, têm contribuído, dentro do contexto da pós-modernidade, para a construção dos chamados Estados Constitucionais de Direito. Busca-se, então, atender à exigência pós-positivista de uma reaproximação do Direito com a Ética, porém de forma a evitar que uma esfera se imiscua na outra, preservando-se ao máximo a separação entre os domínios do ser e do dever-ser. Todavia, conforme restará demonstrado, no seio dos atuais Estados Constitucionais de Direito poderá se manifestar o estado de exceção, como uma segunda modalidade de aparato organizado de poder, dando azo à configuração *in concreto* da hipótese de trabalho da presente dissertação.

É certo que, já com o advento do liberalismo, as Constituições dos Estados Nacionais e as Declarações de Direitos haviam incorporado a previsão de direitos fundamentais, notadamente de liberdade. Por isso, Ferrajoli ensina que parcela dos critérios de justificação externa foi positivada nos textos constitucionais modernos, passando a corresponder, também,

⁶⁵ Ibid. p. 847-848 e 856-857.

⁶⁶ A menos, ressalve-se, que o direito de resistência possua previsão normativa, como no art. 20 da Constituição da República Federal Alemã.

a parâmetros de legitimação interna, de modo a subordinar a própria validade das normas⁶⁷. Todavia, considerando que os influxos do positivismo normativista conduziram a um legalismo acrítico, sendo a Constituição concebida apenas como uma estrutura formal localizada no topo do sistema jurídico e de cunho programático, Barroso explica que a formação desse Estado de Direito Moderno se deu em um sentido mais fraco (*Rechtsstaat*)⁶⁸. A flexibilidade por ele conferida, então, permitiu o estabelecimento de experiências autoritárias dentro do marco da legalidade formal, com a violação, até mesmo, de direitos humanos de cunho liberal.

A partir da 2ª Guerra Mundial, a ascensão da filosofia pós-positivista proporcionou o surgimento de uma perspectiva substantiva do Estado de Direito (*État de droit, Stato di diritto*), ganhando destaque, a par da legalidade formal, também as questões de legitimidade e justiça⁶⁹. Entra em emergência, assim, em diversos países, o processo de constitucionalização do Direito, com o reconhecimento de força normativa a valores e princípios consagrados na Carta Maior, de sorte a transformá-la na pauta axiológica máxima do ordenamento, devendo todo o sistema infraconstitucional se submeter à filtragem constitucional. Nas palavras de Barroso, “o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica”⁷⁰. Daí a denominação Estado Constitucional de Direito.

Nesse contexto, se desenvolve a nova hermenêutica constitucional, a qual, sem prescindir dos tradicionais critérios gramatical, sistemático, histórico e teleológico de interpretação⁷¹, adota também outras técnicas consentâneas com a feição mais aberta do neoconstitucionalismo. Desta feita, uma vez atribuída imperatividade aos elementos ideais introduzidos na Carta Magna sob a forma de princípios, surge o princípio instrumental da interpretação conforme a Constituição, a nortear todo o processo hermenêutico das disposições infraconstitucionais⁷². Ademais, tendo em vista que a positivação de valores e metas políticas no seio de uma sociedade plural e democrática enseja a possibilidade de conflitos entre princípios, não passíveis de solução pela lógica da subsunção, exsurge a técnica instrumental da ponderação. Então, em se verificando a antinomia, o intérprete deverá

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 217.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 41.

⁶⁹ Loc. cit.

⁷⁰ Ibid. p. 86-87.

⁷¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 450-479.

⁷² Ibid. p. 479-484.

identificar os enunciados normativos em tensão, apurar as particularidades do fato, e, por fim, decidir pela norma aplicável ao caso concreto⁷³, orientado pela meta da concordância prática entre os enunciados em conflito, com a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, bem como pela pretensão de universalidade dos fundamentos e do conteúdo da decisão, e pelo parâmetro substancial de preferência das normas que realizam diretamente os direitos fundamentais⁷⁴.

Os impactos do neoconstitucionalismo, sem embargo, não se restringem à seara interpretativa. Com efeito, além da eficácia interpretativa dos princípios, reconhece-se, ainda, sua eficácia positiva, negativa e vedativa do retrocesso, de forma a se conferir plena efetividade à Constituição. A primeira significa que os princípios têm o condão de gerar direitos subjetivos, detendo aplicabilidade direta e imediata. Já a eficácia negativa implica na inconstitucionalidade das disposições que violem o núcleo essencial dos princípios consagrados na Carta Maior. Por outro lado, decorre da eficácia negativa a vedação do retrocesso, que obsta a revogação de enunciados normativos quando, sem a adoção de medidas compensatórias, ela tiver por consequência a inaplicabilidade dos direitos fundamentais.⁷⁵

Verifica-se que as mencionadas técnicas, em especial as referentes à atividade hermenêutica e ao controle de constitucionalidade das normas, objetivam, em última análise, assegurar um comprometimento do Direito com a Ética já no interior do ordenamento positivo, cabendo ao Poder Judiciário a função contramajoritária de tutela dos direitos fundamentais. De fato, quando parâmetros de legitimação externa são incorporados à Constituição com imperatividade, mormente sob a forma de princípios, a validade dos enunciados normativos fica subordinada não apenas às regras estritamente formais, mas também à justiça do seu conteúdo. Portanto, ao dispor o ordenamento de instrumentos propriamente jurídicos para coibir a violação dos direitos humanos, se torna despidendo recorrer às inevitáveis incertezas de uma conexão classificatória entre Direito e Moral para retirar a validade das disposições que alberguem uma injustiça extrema.

Sintetizando as ideias expostas, cabe transcrever o seguinte trecho escrito em coautoria por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

⁷³ Cabe precisar que, conforme a doutrina constitucionalista, enunciado normativo corresponde ao texto legal em abstrato, ao passo que norma é o resultado da interação do enunciado com a realidade quando de sua concretização, haja vista que o próprio fato contribui para a atividade criativa da interpretação (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 310).

⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 91-146 e 235-274.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 367-371.

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.⁷⁶

Impende salientar que a *reaproximação* do Direito com a Ética, operada no âmbito do Estado Constitucional de Direito sob os influxos da filosofia pós-positivista, de modo algum significa o estabelecimento de uma *confusão* entre aquelas esferas. Ao revés, a constitucionalização de elementos valorativos sob a forma de princípios, adquirindo a Constituição uma supremacia também material da qual decorre a força expansiva dos direitos fundamentais, permite uma salutar separação entre os domínios do ser e do dever-ser, conforme propugnado pelo modelo garantista de Ferrajoli, sem importar no sacrifício das questões contenciosas de justiça.

Paralelamente, no cenário internacional, também é possível notar reflexos desse progressivo processo de eticização do direito positivo. Com efeito, a partir de meados do século XX, foram celebrados diversos tratados internacionais de direitos humanos⁷⁷, trabalhando com a contemporânea concepção de universalidade e indivisibilidade, além de surgirem diferentes sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, visando conferir-lhes justiciabilidade⁷⁸. Nesse ínterim, opera-se a revisão da tradicional noção de soberania estatal absoluta, paralelamente ao reconhecimento do próprio indivíduo como sujeito de direito internacional, tudo em atenção ao desiderato maior de tutela da pessoa humana e de sua dignidade. Nasce, destarte, o “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, o qual é regido pelo critério da primazia da norma mais favorável às vítimas.⁷⁹

“Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é o princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade”, resume precisamente Flávia

⁷⁶ Ibid. p. 336.

⁷⁷ A título exemplificativo: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção contra a Tortura, Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio, Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Convenção sobre os Direitos das Crianças, Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Pacto de São José da Costa Rica, dentre outros.

⁷⁸ A título exemplificativo: Sistemas Interamericano, Europeu e Africano de Proteção dos Direitos Humanos, Tribunal Penal Internacional, dentre outros.

⁷⁹ V. PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes; BINENBOJM, Gustavo; NETO, Cláudio Pereira de Souza (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 459-463; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3-12 e 113-288; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Piovesan.⁸⁰ E a incorporação com imperatividade daquele valor, tanto nos textos constitucionais, quanto nos pactos internacionais firmados pelos Estados, proporciona a superação, em grande medida, das dificuldades inerentes à construção do conceito de Estado de não-direito. De fato, quando o próprio sistema positivo atribui à dignidade da pessoa humana uma supremacia axiológica a informar todo o ordenamento, atende-se à demanda pós-positivista de reaproximação do Direito com a Ética, sem se imiscuírem os distintos planos de legitimidade interna e externa do direito.

Ocorre que, no seio do Estado Constitucional de Direito pós-moderno, comprometido normativamente com a tutela dos direitos humanos até mesmo perante a comunidade internacional, emerge o estado de exceção como uma forma de manifestação de aparato organizado de poder, dentro do qual é possível a configuração da hipótese paradigma erigida na presente dissertação. Como registro, a nomenclatura “estado de exceção” é aqui empregada com base na obra de Giorgio Agamben, embora possivelmente não assuma uma correspondência exata com as ideias desenvolvidas pelo autor ao longo de todo o seu trabalho⁸¹.

De acordo com Agamben, o estado de exceção se caracteriza por uma zona de anomia, onde, embora a norma jurídica permaneça em vigor, sua aplicação é suspensa. Nessa esfera de indiferença, então, separa-se a “força de lei”, que se refere estritamente ao campo da aplicabilidade, da “lei”, que continua em vigor a despeito da suspensão de sua aplicação. Nas palavras de Agamben, “o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de ~~lei~~ sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força de lei)”⁸².

Nota o autor que o desenvolvimento do estado de exceção não depende de sua consagração positiva nos ordenamentos jurídicos. Destarte, ainda que alguns países busquem estabelecer uma relação entre o direito e a sua própria ausência com a previsão normativa do estado de exceção, é certo que, independentemente disso, as zonas de anomia, de fato, existem e retratam a dissociação que há entre norma e realidade, entre vigência e aplicação. Trata-se, portanto, de uma técnica adotada mesmo nos Estados de Direito, estabelecendo-se esferas onde a lei permanece em vigor, mas não é aplicada. A título ilustrativo, vale transcrever alguns trechos em que Agamben aborda a relação do direito com essas zonas de indiferença dentro do Estado de Direito:

Um exame da situação do estado de exceção nas tradições jurídicas dos Estados ocidentais mostra uma divisão – clara quanto ao princípio, mas de fato muito mais nebulosa – entre

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

⁸¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁸² *Ibid.* p. 61.

ordenamentos que regulamentam o estado de exceção no texto da constituição ou por meio de uma lei, e ordenamentos que preferem não regulamentar explicitamente o problema. Ao primeiro grupo pertencem a França (onde nasceu o estado de exceção moderno, na época da Revolução) e a Alemanha; ao segundo, a Itália, a Suíça, a Inglaterra e os Estados Unidos.

[...]

Ainda que, no plano da constituição formal, a distinção seja indiscutivelmente importante (visto que pressupõe que, no segundo caso, os atos do governo, realizados fora da lei ou em oposição a ela, podem ser teoricamente considerados ilegais e devem, portanto, ser corrigidos por um *bill of indemnity* especial); naquele da constituição material, algo como um estado de exceção existe em todos os ordenamentos mencionados; e a história do instituto, ao menos a partir da Primeira Guerra Mundial, mostra que seu desenvolvimento é independente de sua formalização constitucional ou legislativa.

[...]

A força de ~~lei~~ separada da lei, o *imperium* flutuante, a vigência sem aplicação e, de modo mais geral, a idéia de uma espécie de “grau zero” da lei, são algumas das tantas ficções por meio das quais o direito tenta incluir em si sua própria ausência e apropriar-se do estado de exceção ou, no mínimo, assegurar-se uma relação com ele.⁸³

Diante disso, conclui-se que, embora o Estado Constitucional de Direito pós-moderno esteja compromissado normativamente com a Ética, buscando assegurar já internamente a realização da justiça através da constitucionalização de critérios de legitimação externa com imperatividade, seria ilusório supor que tal associação alcançará necessariamente integral concretização no domínio do ser. Afinal, como já dizia Kant, a esfera do ser não se confunde com aquela do dever-ser.

Ou seja, é fato que determinações contrárias ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que sob a forma legal, não encontram abrigo no sistema jurídico, haja vista a nova hermenêutica constitucional e a técnica do controle formal e material de constitucionalidade das normas. Todavia, não se pode ignorar que estará caracterizado o estado de exceção sempre que, a despeito disso, agentes estatais se utilizem de sua superioridade hierárquica e do modo de funcionamento automático do Estado para comandar práticas criminosas, de forma a estabelecer zonas de anomia em que é suspensa a aplicação das normas em vigor.

Por conseguinte, o estado de exceção, assim como o Estado de não-direito, constitui uma forma de manifestação de aparato organizado de poder - sendo que, naquele caso, no interior do próprio Estado de Direito -, de molde a permitir, ao menos *in abstracto*, a configuração da hipótese de trabalho. Porém, há que se salientar que, no estado de exceção desenvolvido no seio do Estado Constitucional de Direito, dentro do contexto filosófico pós-positivista, ficam atenuadas as dificuldades inerentes a uma conexão classificatória entre Direito e Moral empregada na construção da definição de Estado de não-direito.

Isso porque, repise-se, com a incorporação constitucional de valores e princípios com força normativa, deixa de ser necessário invocar um parâmetro unicamente axiológico de

⁸³ Ibid. p. 22, 23 e 80.

injustiça extrema para retirar a juridicidade da norma ou sistema, vez que já existem instrumentos propriamente jurídicos vocacionados para tal desiderato. Desta feita, e especialmente para fins de imputabilidade penal dos dirigentes do aparato estatal, tem-se que, no estado de exceção formado dentro do atual Estado Constitucional de Direito, é mais fácil atender à segurança exigida pelo princípio da legalidade penal, bem como lidar com as indagações filosóficas acerca do conhecimento e justificação morais, pois todo o ordenamento jurídico está jungido normativamente à tutela da pessoa humana.

Por fim, vale o registro de que, a par desse plano interno de legitimação do direito comprometido com as questões contedísticas de justiça, subsiste a importância do plano externo de crítica do direito posto com base em parâmetros ético-políticos. Com efeito, a consagração positiva de valores e princípios, embora se afigure de grande relevo para a assecuração dos direitos humanos, jamais poderá importar em um novo abandono da questão da fundamentação ético-política externa do Direito, senão o sistema jurídico reassumiria a característica formalista autopoiética. Conforme já evidenciado, o Direito não constitui um fim em si mesmo, não podendo seu fundamento ser meramente normativo, mas sim estar relacionado a uma questão axiológica externa. Consoante os ensinamentos de Aquiles Guimarães:

A questão dos fundamentos do Direito não se restringe a uma análise daquilo que constitui o seu suporte factual ou normativo que denominamos de fundamento de segunda ordem. A estrutura normativa da ordem jurídica alicerça a efetividade da aspiração humana à justiça mas, por si mesma, não constitui o seu fundamento, conforme estamos habituados a acreditar. Os fundamentos do Direito provêm das suas essências, dos sentidos que caracterizam os seus objetos que, por sua vez, são o resultado da consciência doadora de sentidos ao mundo. Esses fundamentos são de primeira ordem pela sua própria posição fundante da estrutura essencial do Direito que antecede a trama normativa.⁸⁴

Dessa forma, a discussão sobre o fundamento do Direito se mostra permanentemente relevante, na medida em que constitui o antecessor necessário do arcabouço normativo. Ao contrário do que apontava a crença positivista num progresso ilimitado da humanidade, reconhece-se, hoje, que o ordenamento jurídico nunca alcançará a plena perfectibilidade, motivo pelo qual seus fundamentos deverão ser constantemente debatidos na esfera político-filosófica.

Assim, de acordo com Ferrajoli, a incorporação normativa dos critérios valorativos de justificação por parte do Estado de Direito nunca será completa, subsistindo a política como ponto de vista externo para a crítica do direito posto⁸⁵. No mesmo sentido, García Amado, com base nos escritos de Habermas, assenta que o direito positivo sempre carecerá de uma

⁸⁴ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Edmundo Russerl e o fundamento fenomenológico do Direito. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, abr./set.2009, p. 77.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 817.

racionalidade definitiva, de sorte que a democracia pressupõe uma abertura permanente para o debate dos seus fundamentos⁸⁶.

Em síntese, é preciso atentar que o processo pós-positivista de consagração normativa das referências axiológicas do Direito jamais poderá implicar no abandono da questão externa dos fundamentos em prol de uma ilusória aparência de autossuficiência.

1.3 Organizações paraestatais

Não há dúvidas de que o Estado de não-direito e o estado de exceção constituem as duas principais formas de manifestação de estrutura organizada de poder, o que justifica a ampla abordagem acima encetada. Tal constatação advém do fato de que os aparatos estatais em geral ostentam uma organização rigidamente hierarquizada e complexa, com numerosos funcionários públicos à disposição das autoridades que detêm o poder de mando, o que confere o substrato fático ideal para a caracterização *in concreto* da hipótese de trabalho.

Contudo, a despeito da existência de opiniões dissonantes - que terão tratamento específico em outra oportunidade sob um viés mais dogmático⁸⁷ -, entendemos que as organizações paraestatais, sejam elas vinculadas ou não à ordem jurídica dos Estados em que se encontram inseridas, também podem consubstanciar estruturas de poder em potencial. Tal designação, então, se mostrará adequada, desde que as características apresentadas pelas organizações paraestatais se assemelhem com aquelas inerentes aos aparatos estatais, de modo a permitir que seus dirigentes detenham o controle dos fatos criminosos por eles determinados, ainda que não atuem diretamente na fase executória. Inclusive, dada a estruturação fortemente hierarquizada e o grande porte que assumem essas organizações, Roxin as denomina de verdadeiros “Estados dentro do Estado”⁸⁸.

No presente tópico, portanto, trataremos das organizações paraestatais por intermédio das quais são praticados fatos criminosos, buscando definir os caracteres mínimos necessários para que possam ser tidas como estruturas de poder, considerados os fins aqui propostos. Assim, uma vez delimitada com maior precisão a hipótese de trabalho nesse primeiro

⁸⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Habermas y el derecho. In: _____ (Coord.). *El Derecho en la teoría social: diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: IISJ-Dykinson, 2001, p. 394.

⁸⁷ V. capítulo 4 da presente dissertação.

⁸⁸ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 278.

capítulo, passaremos a abordar a questão principal da imputabilidade penal dos dirigentes dos aparatos organizados de poder.

É debatida a origem do tão falado - embora, de fato, ainda pouco conhecido - fenômeno da “criminalidade organizada”. Há quem sustente que ele apresenta raízes históricas já na pirataria dos séculos XVII e XVIII, adquirindo maior desenvolvimento com as tríades chinesas, a Yakusa japonesa e a máfia italiana⁸⁹. Por sua vez, Figueiredo Dias assevera que o crime organizado é um fenômeno social, econômico, político e cultural, característico da sociedade contemporânea⁹⁰. No Brasil, costuma-se atribuir o seu surgimento à atuação do cangaço, com o incremento da estruturação organizacional a partir da exploração do jogo do bicho⁹¹.

Em que pesem as divergências históricas, fato é que, no contexto da complexidade mundial crescente notada por Luhmann⁹², as formas de prática delitiva também vêm se tornando cada vez mais complexas, auferindo especial funcionalidade através da divisão de tarefas no bojo de uma organização social hierarquicamente estruturada. Tal fenômeno é potencializado com o advento da globalização, pois, uma vez operada a integração econômica, social, cultural e política em escala global, considerável parcela das organizações adquire um caráter de transnacionalidade.

Percebe-se, desde já, que o espectro de eventos comumente designados como “criminalidade organizada” é muito amplo, o que enseja uma imprecisão conceitual que persiste até os dias atuais. Essa constatação, inclusive, conduziu Zaffaroni a afirmar que o crime organizado, na verdade, se trata de uma categoria frustrada, sendo irrealizável a

⁸⁹ POLIMENO, Celso Domingos. Organização criminosa: controvérsias de interpretação e aplicabilidade na execução penal. *Revista da ESMESC*, v. 18, n. 24, 2011, p. 221-222. Disponível em < <http://revista.esmesc.org.br/re/article/download/30/34> > Acesso em 15/04/12; PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 372; FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência, garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 70, jan.-fev. 2008, p. 239.

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 71, 2008, p. 14. Nesse sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, n. 1, 1º semestre de 1996. Rio de Janeiro: Relume Dumará, p. 46, segundo o qual, como tentativa de categorização, o crime organizado é um fenômeno essencialmente vinculado à sociedade capitalista do século XX, dados os caracteres de estrutura empresarial e mercado ilícito, extraídos do discurso americano.

⁹¹ POLIMENO, Celso Domingos. Organização criminosa: controvérsias de interpretação e aplicabilidade na execução penal. *Revista da ESMESC*, v. 18, n. 24, 2011, p. 222; PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 372; FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência, garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 70, jan.-fev. 2008, p. 240.

⁹² V. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edição e tradução de Jostxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998, p. 25-67; Id. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 167-181; PRIETO NAVARRO, Evaristo. La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.). *El Derecho en la teoría social: diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: IISJ-Dykinson, 2001, p. 325-356.

pretensão de deter num conceito criminológico a dinâmica de mercado⁹³. Nessa esteira, Juarez Cirino dos Santos nota que o emprego generalizado do termo, apesar do seu caráter mitológico, revela uma função política de legitimação do poder, justificando a restrição das garantias penais em prol de maior eficiência no “combate contra o inimigo”⁹⁴.

De fato, os discursos sobre segurança pública, em geral, costumam identificar o indeterminado fenômeno do crime organizado com o grande inimigo da atual sociedade de riscos, fazendo-se necessário um Direito Penal de emergência para combatê-lo com a máxima efetividade. Utiliza-se, assim, ainda que veladamente, a distinção de Jakobs entre o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo.

De acordo com o doutrinador alemão, o Direito Penal do cidadão é aplicável aos fatos delitivos cotidianos, resguardas as garantias materiais e processuais clássicas, de modo que a pena ostentaria uma função de prevenção geral positiva. Por seu turno, o Direito Penal do inimigo seria direcionado aos autores delitivos perigosos, notadamente aqueles integrantes de organizações criminosas terroristas, a quem o Estado não deveria tratar como pessoas. A pena, então, se destinaria a eliminar o inimigo, promovendo uma custódia de segurança antecipada em prol dos cidadãos.⁹⁵

Com tal distinção, Jakobs objetiva evitar que a restrição das garantias penais, necessária para uma eficaz reação contra os indivíduos perigosos que se insurgem contra a própria legitimidade do ordenamento jurídico, alcance a seara do Direito Penal do cidadão. Em suas palavras, “un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo”⁹⁶.

Todavia, fica patente que o Direito Penal do inimigo é absolutamente incompatível com um Estado Constitucional de Direito, em que se reconhece a supremacia axiológica da dignidade da pessoa humana. Com efeito, ao se considerar que os indivíduos reputados como inimigos não devem ser tratados como pessoas pelo Estado, opera-se uma coisificação do ser humano. E a negativa de sua dignidade tem o condão de legitimar qualquer resposta estatal contra o “inimigo”, por mais desumana que seja, tudo em prol do bem comum dos “verdadeiros cidadãos”⁹⁷.

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 54-55.

⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 42, jan.-mar. 2003, p. 222-224.

⁹⁵ JAKOBS, Günther; MELLÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 2003, p. 19-56.

⁹⁶ *Ibid.* p. 56.

⁹⁷ Cabe lembrar da recente execução do líder da Al Qaeda, Osama Bin Laden, simbolizando a vitória dos EUA contra o inimigo que personificava o terrorismo, em total desrespeito ao *due process of law* e aos direitos humanos. A respeito do fato, ver: AMBOS, Kai. Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não devia ter sido executado – nem mesmo em um conflito

Desta feita, caso adotada essa vertente do Direito Penal do autor pelo ordenamento jurídico estatal, estaríamos diante da formalização de um estado de exceção, que, levado ao extremo, poderia conduzir até mesmo a um Estado de não-direito, nos moldes explanados anteriormente. Por sua vez, o Direito Penal de um Estado Constitucional de Direito deve necessariamente possuir uma fundamentação antropológica⁹⁸, estando axiologicamente referido ao próprio ser humano, considerado o valor-fonte de todos os valores⁹⁹.

Outrossim, a expansão irracional do Direito Penal, com a flexibilização das garantias individuais para combater o inimigo da sociedade de risco, alcunhado de crime organizado, é certamente incapaz de atingir aquele desiderato. Daí exsurge o seu caráter simbólico, com uma finalidade política latente de legitimação do poder. Afinal, o Direito Penal não é a única modalidade de controle social, mas apenas a *ultima ratio* em razão da gravidade de sua intervenção¹⁰⁰. Ademais, ele não tem aptidão para substituir as políticas públicas de promoção social, mas se revela, ao revés, como um instrumento repressivo eminentemente seletivo, que cuida de problemas sociais como questões unicamente penais¹⁰¹.

Acerca desse caráter simbólico assumido pelo Direito Penal, são esclarecedoras as lições de André Callegari e Maiquel Wermuth:

O Direito Penal vê-se, assim, transformado em um instrumento que passa a ser utilizado politicamente para a busca de fins que não lhe são próprios em um Estado Democrático de Direito. Quando manejado no sentido de dar respostas “eficazes” às novas formas de criminalidade, assume um caráter meramente simbólico, dado que proporciona resultados político-eleitorais imediatos a partir da criação, no imaginário popular, da impressão tranquilizadora da existência de um legislador atento à realidade social.¹⁰²

Diante da atual conjuntura fática, afigura-se de suma importância considerar um viés crítico acerca do tão falado crime organizado antes de qualquer abordagem mais específica. Destarte, uma vez destacado que esse indeterminado e ainda pouco conhecido fenômeno deve ser encarado sob a ótica indissociável de um Estado Democrático de Direito e, por

armado. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n. 223, jun. 2011, p. 02, o qual conclui seu artigo com uma interessante crítica: “A superioridade política e moral de uma sociedade livre e democrática consiste, justamente, em tratar seus inimigos como pessoas com direitos mínimos e não se colocar no mesmo nível deles. Por isso, não se leva a cabo uma ‘guerra’ contra os terroristas, mas sim, procura-se combatê-los com os meios do direito penal do Estado de Direito. Somente assim, presta-se um serviço à justiça e se cria a base para a superação do injusto terrorista”.

⁹⁸ V. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. V. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 421-443. A respeito do tema, DUTRA, Bruna Martins Amorim. Os fundamentos do Direito Penal e sua relação com a racionalidade legislativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 96, 2012.

⁹⁹ V. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Direito, valor e técnica. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, out.2008/mar.2009, p. 92-93; REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 105.

¹⁰⁰ V. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 413-417.

¹⁰¹ V. HERINGER JÚNIOR, Bruno. A crise constitucional do estado contemporâneo: estado de exceção e repressão penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 80, set./out. 2009, p. 301-319.

¹⁰² CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 79, jul.-ago. 2009, p. 12; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n. 83, mar./abr. 2010, p. 224-225.

consequente, de um Direito Penal de fundamentação antropológica, cuidaremos do tema, notadamente com vistas à questão da imputabilidade penal dos dirigentes das organizações paraestatais.

O termo “organized crime” foi empregado originariamente nos Estados Unidos, no século XX, associado a uma teoria conspiratória étnica. A designação, portanto, se referia à realização de atividades ilícitas de mercado por grupos étnicos, especialmente imigrados italianos, organizados em uma estrutura empresarial. Assim, operou-se uma questionável transposição do paradigma mafioso para a construção da definição de crime organizado nos Estados Unidos.¹⁰³

As máfias, por sua vez, surgiram na Itália do século XIX, num contexto de transição do feudalismo para o capitalismo, assumindo progressivamente uma organização hierárquica com feição empresarial, para o desenvolvimento de atividades concomitantemente lícitas e ilícitas no mercado. Além do poder econômico, elas também apresentam uma especial simbiose com o poder político estatal, mormente através da corrupção. Verifica-se, desse modo, que o paradigma mafioso é fruto do contexto doméstico italiano, motivo pelo qual, repise-se, é questionável seu deslocamento irrestrito para qualquer outra realidade sem que efetuada uma pesquisa empírica séria.¹⁰⁴

Nesse ínterim, tem-se que, desde a generalização do termo “crime organizado”, vêm sendo envidados grandes esforços no sentido de uma definição precisa do fenômeno em âmbito mundial. Inclusive, a já aludida discussão acerca de sua origem histórica é um reflexo da carência de consenso sobre as características essenciais do que seja uma criminalidade organizada, distinguindo-a do mero concurso eventual de pessoas e da formação de quadrilha.

A doutrina apresenta conceituações muito diversificadas, que vão desde as mais sintéticas até aquelas que exigem a satisfação de inúmeros requisitos para a configuração do fenômeno. Nucci, por exemplo, primando pela sumariedade, define organização criminosa como a associação de duas ou mais pessoas, em formato ordenado e estruturado, para o desenvolvimento de atividade delitiva¹⁰⁵.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, n. 1, 1º semestre de 1996. Rio de Janeiro: Relume Dumará, p. 49-55; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p. 215-218.

¹⁰⁴ POLIMENO, Celso Domingos. Op. cit. p. 221-222; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p. 215-218, o qual, ao tratar especificamente das organizações mafiosas italianas, sintetiza que “seriam estruturas de poder informal constituídas para proteger a realização de objetivos de lucro, geralmente mediante intermediação parasitária das relações entre capital e trabalho (por exemplo, os sindicatos), entre produção e consumo (por exemplo, as redes de distribuição) ou entre Estado e cidadão (por exemplo, os contratos para obras públicas)”.

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 251.

Com isso, contudo, fica muito nebulosa a distinção entre o complexo fato social do crime organizado e qualquer criminalidade de grupo que ostente um mínimo de organização, confundindo-se com a própria formação de quadrilha. Desta feita, se o crime organizado é, de fato, algo distinto do bando, faz-se mister a indicação de características que especifiquem a nova categoria alçada.¹⁰⁶

Assim, segundo Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini¹⁰⁷, os requisitos básicos da quadrilha, a saber, associação estável e permanente, mínimo de quatro integrantes e finalidade de cometer crimes, correspondem ao conteúdo significativo mínimo do crime organizado. Além disso, então, seria necessária a concorrência de, no mínimo, três das seguintes características: previsão de acumulação de riqueza indevida, hierarquia estrutural, planejamento empresarial ou meios tecnológicos sofisticados. O penalista, ainda, elenca alguns elementos acidentais que, se não denotam substancialmente o crime organizado, estão geralmente associados ao mesmo. São eles: o recrutamento de pessoas e divisão funcional das atividades, a conexão estrutural ou funcional com o poder público, a ampla oferta de prestações sociais, a divisão territorial das atividades ilícitas, o alto poder de intimidação, a capacitação efetiva para a fraude difusa na vertente do colarinho branco, e a conexão local regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Paralelamente, Mingardi¹⁰⁸ aponta cinco caracteres essenciais para a configuração da criminalidade organizada, quais sejam, hierarquia, previsão de lucros, divisão de trabalho, planejamento empresarial e simbiose com o Estado. De acordo com o sociológico, o crime organizado, nesses termos, pode se apresentar mediante três diferentes modalidades. Na tradicional, o relacionamento entre os membros da organização estaria baseado no apadrinhamento. Já na empresarial, as relações existentes seriam apenas de trabalho. Por fim, na modalidade endógena, o crime organizado nasceria dentro de determinadas instituições, normalmente no seio do próprio aparato estatal ou das empresas.

A definição adotada por Regis Prado¹⁰⁹ se aproxima das duas anteriormente expostas. De acordo com o autor, a organização criminosa corresponde a uma associação estável e duradoura de um número razoável de pessoas, dotada de estrutura hierárquica e empresarial, com divisão de trabalho, alto poder de corrupção e intimidação, acumulação de poder

¹⁰⁶ CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Op. cit. p. 23-24.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94-99.

¹⁰⁸ MINGARDI, Guaracy. O trabalho de inteligência no controle do crime organizado. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 61, 2007, p. 56-58. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a04v2161.pdf>> Acesso em 15/04/12.

¹⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 375-376.

econômico e tendo a finalidade precípua de cometer um determinado crime continuamente. Afigura-se, porém, relevante acentuar a ressalva encetada por Regis Prado, no sentido de que as organizações criminosas não são homogêneas, mas, enquanto algumas ostentam alta hierarquização estrutural com a centralização de poder e gestão, outras comportam uma direção mais descentralizada.

Já Alberto Silva Franco¹¹⁰ desenvolveu uma conceituação ainda mais restrita para o fenômeno do crime organizado, demandando a concorrência de numerosos requisitos específicos para a sua configuração. Destarte, além de uma estrutura organizativa razoável, seria imprescindível a transnacionalidade, a alta danosidade social, o emprego de tecnologia, a existência de conexões com outros grupos delinquentiais e com os quadros oficiais, a prática de atos de extrema violência, poder de corrupção de difícil visibilidade, a capacidade de fragilizar os Poderes Públicos e a compreensão de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas.

Por outro giro, há diversos autores que apregoam a impossibilidade de se alcançar uma definição precisa de crime organizado. Alguns deles, porém, destacam aspectos proeminentes da manifestação, ainda que sem a pretensão de elaborar uma categorização.

Nessa esteira, Zaffaroni¹¹¹ trabalha com um paradigma empresarial ao constatar que o crime organizado designaria o exercício de atividades ilícitas no mercado econômico. Por isso, atribui ser tal manifestação típica da sociedade capitalista, cujo dinamismo conduziria a uma tentativa frustrada de categorização.

Também Misse¹¹² constata uma inevitável polissemia do termo. O sociólogo, todavia, enxerga o fato social sob um enfoque diverso, indicando que o ponto nodal distintivo da criminalidade organizada não seria o tipo de mercadoria utilizada ou a rede de comercialização, mas sim a violência que o comércio ilegal pode produzir.

A partir da análise, longe de ser exaustiva, de algumas posições doutrinárias a respeito do tema, não é possível vislumbrar sequer uma tendência de homogenização no sentido de uma linha de pensamento. As profundas dissonâncias acerca dos caracteres essenciais do crime organizado, além dos questionamentos sobre a própria existência da categoria, prejudicam o estabelecimento de uma conceituação precisa e segura, o que contribui para a já

¹¹⁰ FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCRIM*, n. 21, set. 1994, p. 05.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 46 e 50-55. Ver, ainda: SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p. 214-224; HIRECHE, Gamil Föppel El. Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. *Manifestação do Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹¹² MISSE, Michel. Crime organizado e crime comum no Rio de Janeiro: diferenças e afinidades. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 40, out. 2011, p. 13-25. Disponível em <<http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/031.pdf>> Acesso em 15/04/12.

referida utilização política do termo num Direito Penal simbólico. Outrossim, tampouco existe convergência entre as definições já adotadas por importantes instituições.

Com efeito, para a Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL), a criminalidade organizada corresponde a um grupo com estrutura corporativa, que visa auferir recursos financeiros e poder através de atividades ilegais, geralmente associadas ao medo e à intimidação¹¹³.

Por sua vez, o conceito consagrado pelo Conselho da União Europeia, no art. 1º da Ação Comum de 21 de dezembro de 1998, elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, se revela mais específico. Considera-se, assim, organização criminosa a “associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista cometer infracções puníveis com pena privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infracções constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a actuação de autoridades públicas”¹¹⁴.

Tal definição se aproxima daquela cunhada pela Organização das Nações Unidas, notadamente por se restringir às organizações criminosas estáveis formadas com o objetivo de praticar delitos reputados mais graves. Desta feita, de acordo com o art. 2º, alínea *a*, do Tratado de Palermo, resultante da Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a Delinquência Organizada Transnacional em 2000, grupo criminoso organizado é o “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”¹¹⁵. E, consoante disposto na alínea *b*, infração grave é aquela punível com pena de privação de liberdade, cujo máximo seja igual ou maior que quatro anos.

Há que se destacar, ademais, a conceituação de crime organizado alcançada por ocasião do XVI Congresso Internacional de Direito Penal da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), realizado em Budapeste, no ano de 1999, onde estavam em discussão os sistemas de Justiça Penal em face do crime organizado. Consoante estabelecido na

¹¹³ DANTAS, George Felipe de Lima. *A escalada do crime organizado e o esfacelamento do Estado*. Disponível em <<http://www.mp.am.gov.br/index.php/centros-de-apoio/combate-ao-crime-organizado/doutrina/416-a-escalada-do-crime-organizado-e-o-esfacelamento-do-estado>> Acesso em 15/04/12.

¹¹⁴ Cf. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998F0733:PT:HTML>> Acesso em 15 abr. 2012.

¹¹⁵ Cf. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em 15 abr. 2012.

Resolução da Seção I, concernente ao Direito Penal Geral, o fenômeno apresenta uma organização altamente estruturada, com o escopo de obter poder ou proveito, distinguindo-se da criminalidade tradicional pelas seguintes características: divisão de trabalho, diluição da responsabilidade individual, substituição de pessoas, sigilo, mistura de atividades lícitas e ilícitas, capacidade de neutralizar a aplicação da lei pela intimidação, violência e corrupção, e capacidade de transferir proveitos.¹¹⁶

Especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, foi internalizado o conceito constante da Convenção da ONU sobre a Delinquência Organizada Transnacional, haja vista o aceite definitivo do documento internacional através da edição do Decreto Executivo n. 5.015, de 12 de março de 2004. Outros diplomas normativos internos, por sua vez, como o art. 52, § 2º, da Lei 7.210/84, o art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, e o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, fazem menção expressa ao termo “organização criminosa”, porém sem declinar uma significação específica. Nessa seara, cumpre anotar que o Projeto de Lei n. 3.516/89, convertido na Lei n. 9.034/95, definia organização criminosa como uma estrutura criminal com atuação regional, nacional e/ou internacional, que operasse de forma sistematizada. Essa parcela do texto, contudo, não foi aprovada pelo Congresso Nacional, de sorte que aquele diploma legal versa apenas sobre os aspectos processuais do crime organizado, sem a previsão de um conceito. Valer fazer menção, por fim, à existência de numerosos projetos de lei com diferentes definições para o fenômeno.

Há intensas discussões acerca da admissibilidade do conceito adotado pela Convenção de Palermo no ordenamento pátrio, notadamente porquanto o princípio da legalidade exige que a lei penal seja oriunda de órgão de representação popular, em conformidade com o devido processo legislativo. Por sua vez, embora o tratado internacional ostente, em regra, o *status* de lei ordinária, o mesmo não consubstancia lei em sentido formal por ser incorporado na ordem jurídica através de decreto executivo¹¹⁷. De todo modo, considerando que a questão se distancia do objeto do trabalho, nos cingiremos à referência encetada.

Diante do cenário delineado, a única certeza que alcançamos é que o complexo fenômeno do crime organizado ainda é permeado por profundas imprecisões. A despeito disso, é fato que ele já produz reflexos em diversos campos do Direito, tais como o Direito Penal Geral, o Direito Penal Especial, o Processo Penal e o Direito Penal Internacional. Daí se

¹¹⁶ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Resoluções das Seções I e II do XVI Congresso Internacional da AIDP*. Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/p_resolucoes.htm> Acesso em 15/04/12.

¹¹⁷ Anote-se que a jurisprudência do STF e do STJ vem aceitando o conceito estabelecido na Convenção de Palermo (por todos, v. HC 138.058-RJ, 6ª Turma do STJ, Rel.: Min. Haroldo Rodrigues, julgado em 22/03/11, Informativo n. 467), posição esta consagrada, inclusive, na Recomendação n. 03/06 do Conselho Nacional de Justiça.

extraí a importância de uma abordagem séria da temática sob diferentes prismas, como a realizada no XVI Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP, que deu ensejo à edição de resoluções dentro daquelas quatro seções¹¹⁸.

Assim, os juristas têm discutido os meios de prova consentâneos com um Estado de Direito, os instrumentos de cooperação internacional adequados, os modelos de responsabilidade penal para os delitos organizacionais, o cabimento de regimes disciplinares diferenciados em sede de execução, a necessidade de um tipo penal específico para as organizações criminosas, dentre outras questões. Na presente dissertação, entretanto, o enfoque reside na imputabilidade penal do dirigente das estruturas organizadas de poder em relação aos delitos cometidos valendo-se do automatismo do aparato. Portanto, é importante salientar que não se objetiva tratar aqui das organizações criminosas na condição de crime autônomo¹¹⁹, mas sim da responsabilidade penal nos delitos efetivamente cometidos por intermédio das mesmas, especificamente quando o superior hierárquico detém o controle dos fatos por ele determinados mesmo sem concorrer diretamente na fase executiva.

Para tanto, mais importante do que eleger a conceituação que reputamos mais adequada para o fenômeno do crime organizado, é analisar o modo de estruturação dessas organizações, a fim de identificar se as mesmas comportam, ao menos *in abstracto*, a manifestação da hipótese de trabalho. Nesse desiderato, efetuamos um corte epistemológico para analisar especialmente algumas organizações paraestatais incursas na realidade brasileira, buscando verificar se elas, de fato, apresentam uma estruturação hierarquizada e organizada, que proporcione aos seus dirigentes poder de mando sobre os integrantes a eles subordinados, de modo a caracterizar verdadeiros aparatos de poder.

No Brasil, as organizações de tráfico de drogas, conhecidas como “comandos”, têm recebido bastante atenção por parte da mídia e dos discursos de segurança pública, sendo alçadas à qualidade de “inimigo” da sociedade. Com isso, surge uma demanda de “combate mais eficaz” do fenômeno, através de operações policiais de choque, da edição de leis mais

¹¹⁸ V. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Resoluções das Seções I e II do XVI Congresso Internacional da AIDP*. Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/p_resolucoes.htm> Acesso em 15/04/12; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Resoluções da Seção III do XVI Congresso Internacional da AIDP*. Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/p_sec3.htm> Acesso em 15/04/12.

¹¹⁹ Assim, não enfrentaremos importantes questões relacionadas à previsão de um tipo penal autônomo de organização criminosa, como a própria constitucionalidade da figura, o bem jurídico tutelado, a natureza de crime de perigo abstrato ou concreto, os postulados de *lex stricta*, *scripta*, *praevia* e *certa* decorrentes do princípio da legalidade, a alternativa de previsão das organizações criminosas como majorante/ agravante, dentre outras. Cabe o registro, sem embargo, de que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê, atualmente, um tipo específico de organização criminosa, mas apenas da tradicional figura da quadrilha ou bando, sendo certo que a Convenção de Palermo traz apenas uma conceituação do que seja um grupo criminoso organizado. Desta feita, a discussão sobre a admissibilidade de tal definição em face do princípio da legalidade penal se restringe à possibilidade de sua utilização para integrar o sentido das normas legais que fazem alusão ao termo “organização criminosa”.

severas e da flexibilização de garantias individuais. Impende questionar, todavia, se os comandos apresentam, efetivamente, uma estruturação hierárquica rígida, com o alto poder de organização a eles atribuído pelos noticiários, bem como, em um momento posterior, aferir a legitimidade dos modelos de responsabilidade penal vocacionados aos delitos organizacionais.

Os estudiosos do assunto afirmam que as principais organizações de tráfico de drogas foram formadas no interior dos presídios, ganhando notoriedade a partir da década de 1970, com o surgimento da “Falange Vermelha”, posteriormente denominada “Comando Vermelho”. Embora existam discordâncias¹²⁰, costuma-se atribuir o desenvolvimento de um modelo organizacional entre os presidiários comuns do Rio de Janeiro ao convívio que tiveram com os presos políticos e suas técnicas de guerrilha à época da ditadura militar¹²¹.

Uma vez consolidada a estruturação organizacional do Comando Vermelho, com a acumulação de recursos provenientes principalmente de assaltos a banco, o grupo alcançou, na década de 1980, considerável domínio do tráfico de drogas, em especial da cocaína, nas favelas do Rio de Janeiro. Então, as quadrilhas que exerciam a atividade mercantil ilegal dentro do seu âmbito territorial foram interligadas nessa rede mais abrangente, havendo a formação de cadeias de mando dentro de uma estrutura hierárquica e a divisão funcional de trabalho¹²². Dessa forma, a busca de um oligopólio do tráfico de drogas pela facção criminosa assumiu contornos tipicamente empresariais¹²³.

Consoante descreve o sociólogo Michel Misse:

O movimento proliferou com uma rede de capitalização baseada numa espécie de “empréstimo” com garantia em “vínculos de amizade” ou parentesco, mas sob a tensão do justicamento sumário dos devedores. Mas foi a organização dos presidiários nos últimos anos da década de 1970 que fortaleceu (o nome dado a esse projeto foi esse mesmo, “fortalecimento”) e tentou oligopolizar esse mercado a partir de 1983-1984. O Comando bancava tudo à pessoa que se dispunha a “botar o movimento” numa área nova: dava-lhe armas, contatos para a compra da droga, dinheiro. Em troca, ele pagaria regularmente com uma parte ponderável de seu lucro à “caixa” comum do Comando e respeitaria as regras de apoio mútuo, aliança contra adversário, respeito, apoio e “proteção” aos moradores locais e, principalmente, aos “amigos”. Qualquer tentativa de fraudar a rede (“dar um banho”), em qualquer nível, seria punida com a morte.¹²⁴

É importante notar que o vértice dessa rede constituída pelo Comando Vermelho nunca foi ocupado por uma única autoridade superior, mas sim por um colegiado informal.

¹²⁰ PAIXÃO, Antônio Luiz. *Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso*. São Paulo: Cortez, 1987, p. 77 *apud* SALLA, Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 71, 2008, p. 374.

¹²¹ MISSE, Michel. Crime organizado e crime comum no Rio de Janeiro: diferenças e afinidades. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 40, out. 2011, p. 18; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. cit. p. 185-236; AMORIM, Carlos. *CV-PCC: a irmandade do crime*. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 58 *apud* POLIMENO, Celso Domingos. Op. cit. p. 232.

¹²² MISSE, Michel. Op. cit. 18-19.

¹²³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. cit. p. 215-216.

¹²⁴ MISSE, Michel. Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 61, 2007, p. 150. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a10v2161.pdf>> Acesso em 15/04/12.

Isso porque a articulação da facção era realizada com base em ajustes informais entre “donos do movimento”, muitas vezes detidos, que, por sua vez, repassavam suas ordens aos gerentes, de modo que a cadeia de mando se formava “intramuros” e “extramuros”.¹²⁵

Ocorre que, no período de 1987 a 1994, se intensificaram os conflitos entre os diferentes grupos que integravam a rede do Comando Vermelho, ocorrendo uma fragmentação de territórios. Segundo Misse, essa foi a fase mais violenta do mercado ilegal de drogas no Rio de Janeiro, ocasionando a estruturação do tráfico de armas e comprometendo substancialmente a articulação entre o interior e o exterior do sistema penitenciário. Tal conjuntura concorreu para a pulverização de novos comandos, como o Terceiro Comando, o Comando Vermelho Jovem, os Amigos dos Amigos e o Terceiro Comando Puro, que até hoje disputam territorialmente o domínio do tráfico de drogas nas favelas do Rio.¹²⁶

Conforme se verifica, o grau de organização que o mercado ilegal de drogas carioca atingiu com o Comando Vermelho na década de 1980, através da formação de uma rede que partia dos presídios e se espalhava por grande parte das favelas, se arrefeceu em razão das ferrenhas disputas internas que tiveram seu ápice no período de 1987 a 1994 e que resultaram na fragmentação do domínio territorial do movimento. Daí ser comum a assertiva de que a organização do tráfico de drogas apresenta uma estrutura horizontal, que comporta múltiplas conexões entre as redes de atacado e varejo¹²⁷.

De fato, não se vislumbra a existência de uma liderança definida no topo do mercado ilegal de drogas no Rio de Janeiro, que detenha o controle de todo o movimento. Contudo, ainda que não haja uma interligação unificada, é possível afirmar – sem generalizar – que existem estruturas hierarquizadas, circunscritas ao domínio territorial onde possuem o controle do tráfico de drogas. De acordo com as explicações de Misse:

Em cada território dominado pelo tráfico organizou-se uma divisão de trabalho e uma hierarquia de poder que ainda mantêm-se quase trinta anos depois, embora em algumas áreas tenha se simplificado em decorrência da forte repressão policial na última década: um “dono”, seus “gerentes”, um para a *cannabis* (gerente do “preto”), outro para a cocaína (gerente do “branco”) e outro ainda para a segurança do território (gerente dos “soldados”). Abaixo vêm os “vapores” (vendedores diretos, cada um com uma “carga” de 300 unidades da droga em média); os “aviões” (que trabalham longe da “boca” ou até mesmo fazem a revenda em outros lugares) e os “soldados”, que carregam o armamento pesado e estão preparados para enfrentar invasores concorrentes (chamados na gíria de “alemães”) ou a polícia.¹²⁸

¹²⁵ Ibid. p. 149-151.

¹²⁶ Ibid. p. 151; Id. Crime organizado e crime comum no Rio de Janeiro: diferenças e afinidades. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 40, out. 2011, p. 19-20.

¹²⁷ V. ZALUAR, Alba. *Paradoxos do crime-negócio global no Brasil*, p. 3. Disponível em <<http://www.ims.uerj.br/nupevi/paradoxos.pdf>> Acesso em 15 abr. 2012.

¹²⁸ MISSE, Michel. Crime organizado e crime comum no Rio de Janeiro: diferenças e afinidades. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 40, out. 2011, p. 18.

Outrossim, também em São Paulo, por exemplo, identificamos um processo assemelhado. O Primeiro Comando da Capital (PCC), considerado uma das principais organizações criminosas do país, foi formado em 1993, dentro do Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, objetivando oferecer maior resistência à opressão carcerária, cujo marco foi o Massacre do Carandiru, bem como regular a relação entre os presos. A estruturação do PCC apresenta maior grau de formalização, tendo em vista a elaboração até mesmo de um estatuto, com a previsão de regras básicas para o “partido” e seus integrantes¹²⁹.

Os especialistas no assunto divergem se o PCC seria, de fato, uma organização com hierarquia verticalizada, ou apenas um grupo sem coesão interna, mais próximo dos moldes de uma “irmandade”. Nesse último sentido, merece destaque a obra da Karina Biondi, intitulada “Junto e Misturado: uma etnografia do PCC”, e realizada com base em suas

¹²⁹ Cf. <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u22521.shtml>> Acesso em 15 abr. 2012. *Verbis*:

“1. Lealdade, respeito, e solidariedade acima de tudo ao Partido

2. A Luta pela liberdade, justiça e paz

3. A união da Luta contra as injustiças e a opressão dentro das prisões

4. A contribuição daqueles que estão em Liberdade com os irmãos dentro da prisão através de advogados, dinheiro, ajuda aos familiares e ação de resgate

5. O respeito e a solidariedade a todos os membros do Partido, para que não haja conflitos internos, porque aquele que causar conflito interno dentro do Partido, tentando dividir a irmandade será excluído e repudiado do Partido.

6. Jamais usar o Partido para resolver conflitos pessoais, contra pessoas de fora. Porque o ideal do Partido está acima de conflitos pessoais. Mas o Partido estará sempre Leal e solidário à todos os seus integrantes para que não venham a sofrerem nenhuma desigualdade ou injustiça em conflitos externos.

7. Aquele que estiver em Liberdade "bem estruturado" mas esquecer de contribuir com os irmãos que estão na cadeia, serão condenados à morte sem perdão

8. Os integrantes do Partido tem que dar bom exemplo à serem seguidos e por isso o Partido não admite que haja assalto, estupro e extorsão dentro do Sistema.

9. O partido não admite mentiras, traição, inveja, cobiça, calúnia, egoísmo, interesse pessoal, mas sim: a verdade, a fidelidade, a honrabilidade, solidariedade e o interesse como ao Bem de todos, porque somos um por todos e todos por um.

10. Todo integrante tem que respeitar a ordem e a disciplina do Partido. Cada um vai receber de acordo com aquilo que fez por merecer. A opinião de Todos será ouvida e respeitada, mas a decisão final será dos fundadores do Partido.

11. O Primeiro Comando da Capital PCC fundado no ano de 1993, numa luta descomunal e incansável contra a opressão e as injustiças do Campo de concentração "anexo" à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, tem como tema absoluto a "Liberdade, a Justiça e Paz".

12. O partido não admite rivalidades internas, disputa do poder na Liderança do Comando, pois cada integrante do Comando sabe a função que lhe compete de acordo com sua capacidade para exercê-la.

13. Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 02 de outubro de 1992, onde 11 presos foram covardemente assassinados, massacre este que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. Porque nós do Comando vamos mudar a prática carcerária, desumana, cheia de injustiças, opressão, torturas, massacres nas prisões.

14. A prioridade do Comando no montante é pressionar o Governador do Estado à desativar aquele Campo de Concentração "anexo" à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, de onde surgiu a semente e as raízes do comando, no meio de tantas lutas inglórias e a tantos sofrimentos atrozes.

16. Partindo do Comando Central da Capital do KG do Estado, as diretrizes de ações organizadas simultâneas em todos os estabelecimentos penais do Estado, numa guerra sem trégua, sem fronteira, até a vitória final.

17. O importante de tudo é que ninguém nos deterá nesta luta porque a semente do Comando se espalhou por todos os Sistemas Penitenciários do estado e conseguimos nos estruturar também do lado de fora, com muitos sacrifícios e muitas perdas irreparáveis, mas nos consolidamos à nível estadual e à médio e longo prazo nos consolidaremos à nível nacional. Em coligação com o Comando Vermelho - CV e PCC iremos revolucionar o país dentro das prisões e nosso braço armado será o Terror "dos Poderosos" opressores e tiranos que usam o Anexo de Taubaté e o Bangu I do Rio de Janeiro como instrumento de vingança da sociedade na fabricação de monstros.

Conhecemos nossa força e a força de nossos inimigos Poderosos, mas estamos preparados, unidos e um povo unido jamais será vencido.

LIBERDADE! JUSTIÇA! E PAZ!

O Quartel General do PCC, Primeiro Comando da Capital, em coligação com Comando Vermelho CV
UNIDOS VENCEREMOS”

pesquisas de campo dentro do sistema prisional de São Paulo. De acordo com a antropóloga, os membros do PCC se enxergam como iguais, não reconhecendo a existência de uma relação de mando e obediência dentro do comando. Em um trecho de entrevista concedida pela autora, ela explica que “não há uma mente (ou algumas mentes) brilhante que pense, projete, coordene ou organize a ação do grupo. Porque também não há grupo. O PCC não é a soma de seus membros, que estariam submetidos a leis ou a formas prévias de organização”¹³⁰.

Por sua vez, o Estatuto do PCC denota a existência de uma rígida hierarquia, dispondo o artigo 10 que deve sempre prevalecer a decisão final dos seus fundadores, ainda que a opinião dos demais integrantes seja ouvida e respeitada. Ademais, o artigo 12 prevê uma divisão funcional de trabalho dentro do “partido”, em consonância com as habilidades de cada membro. Nessa esteira, o cientista político Mingardi e os sociólogos Adorno e Salla sustentam que tal panorama se reproduz efetivamente na realidade fática, sendo que a mais notória demonstração da capacidade de organização do PCC residiria nos ataques e rebeliões de 2006, dirigidos a partir do interior de presídios de segurança máxima¹³¹.

A despeito da aparente contradição entre as duas posições, o que vislumbramos, na verdade, é uma diversidade de pontos de vista. Com efeito, conforme explica Biondi, a antropologia é uma ciência social do observado, e não do observador, primando a autora por uma análise eminentemente descritiva da realidade vivida pelos integrantes do PCC que se encontram detidos. Já a ciência política e a sociologia buscam explicar os fenômenos sociais sob uma perspectiva exógena, a partir dos dados colhidos pelo pesquisador.¹³²

Explorando a diversidade de perspectivas, vale destacar o artigo intitulado “Memória e Historicidade em Dois 'Comandos' Prisionais”, escrito em coautoria por Karina Biondi e

¹³⁰ Cf. <<http://idecrim.com.br/index.php/noticias/74-pcc-nao-tem-lideres-revela-autora-de-livro-sobre-a-facao>> Acesso em 15 abr. 2012. Ver, ainda, <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/fechado-com-o-comando/>> e <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/47333/antropologa+investiga+em+livro+o+pcc+a+maior+facao+crim+nosa+do+pais+.shtml>> Acesso em 15 abr. 2012.

¹³¹ ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 61, 2007, p. 7-29. Disponível em <<http://www.nevusp.org/downloads/down167.pdf>> Acesso em 15/04/12. Em suas palavras, “as lideranças estavam sustentadas em uma organização mantida por um quadro hierarquizado de “funcionários”, disciplinados e obedientes, capazes de executar ordens sem questioná-las. Possivelmente, operando à base de redes de apoio disseminadas em distintos pontos móveis por todo o território do Estado, revelou dispor de um hábil e ágil sistema de comunicação entre lideranças, liderados e executantes de ordens, mediante vias protegidas e pouco permeáveis às interferências externas e por meio do emprego de celulares, centrais telefônicas, “pombos-correios”. Esse sistema foi colocado à prova justamente durante as ondas de ataque, mostrando que a organização estava capacitada para controlar o andamento simultâneo de inúmeras rebeliões; para atacar alvos distintos sem uma lógica predeterminada e com elevada dose de surpresa; para estar em qualquer lugar e desaparecer de imediato; para expedir ordens e, logo depois, determinar a suspensão das ações; para negociar com altas autoridades do Estado.” (p. 9); MINGARDI, Guaracy. O trabalho de inteligência no controle do crime organizado. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 61, 2007, p. 51-69. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a04v2161.pdf>> Acesso em 15/04/12.

¹³² Cf. <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/fechado-com-o-comando/>> Acesso em 15 abr. 2012. Assim, de acordo com a entrevistada Biondi, “minha pesquisa não oferece uma verdade absoluta. É um ponto de vista entre os inúmeros possíveis. Minha visão sobre o PCC não é nem mais, nem menos verdadeira do que a visão dos juristas, políticos, promotores, policiais. E cada um desses pontos de vista remetem a realidades distintas, todas elas absolutas em suas perspectivas”.

Adalton Marques¹³³. Então, com base nas pesquisas efetuadas pelos antropólogos, foi formulado um diálogo entre dois personagens fictícios, um pertencente ao PCC (Zeta) e outro ao Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade (Sigma), de forma a se demonstrar os distintos modos de compreensão sobre a “guerra” travada entre as organizações.

Conforme se extrai do artigo de Biondi e Marques, o PCC surgiu com uma estruturação fortemente piramidal, sendo que, no final da década de 1990, o domínio exercido pelos dois fundadores ainda vivos, Geleirão e Césinha, foi se intensificando, inclusive para atender a fins pessoais, o que ocasionou acirradas dissidências internas. Considerando ter se desenvolvido uma relação de opressão dentro do próprio partido, alguns membros se desligaram e formaram o CRBC.¹³⁴

Por sua vez, devido à desvirtuação dos ideais originários do PCC, Geleirão e Césinha, no ano de 2002, foram finalmente expulsos do comando, com a assunção da liderança por Marcola. A partir daí, foi adicionado ao lema “liberdade, justiça e paz”, traduzido no artigo 2 do estatuto do PCC, o termo “igualdade”. Portanto, o atual líder Marcola não é reconhecido pelos membros da organização como um superior hierárquico, mas sim como uma pessoa de respeito. Já os integrantes do CRBC, assim como Mingardi, Adorno e Salla, identificam a existência de uma efetiva relação de poder dentro do PCC, disfarçada pelo lema da igualdade. Da mesma forma, o dever de contribuição previsto nos artigos 4 e 7 do estatuto é visto pelos membros do PCC como uma assistência aos iguais, ao passo que o CRBC o enxerga como um modo de extorsão.¹³⁵

Resta cristalina, destarte, a diversidade de pontos de vista a respeito do modo de funcionamento do PCC, não necessariamente conflitantes, seja a partir de uma perspectiva interna compartilhada pelos seus próprios integrantes e traduzida pela antropóloga Biondi, seja sob um enfoque exógeno dos membros de outras organizações e dos sociólogos e cientistas políticos. Conforme sintetizam Biondi e Marques:

A partir do que foi exposto, podemos dizer que, para Sigma, a história do PCC é cortada por algumas mudanças até o final de 1998 e meados de 1999, quando se deu o surgimento do CRBC; já para Zeta só existiu um corte na história do PCC, já no fechamento do ano de 2002: a instituição da “Igualdade” como princípio. Em outras palavras, se para os relativos ao PCC a “fundação”, o “estatuto” e as “guerras” (estes dois últimos indicativos de relações de “mando”) aparecem “juntos e misturados”, para os relativos ao CRBC isso aparece como etapas distintas de um longo processo. Nesse sentido, a “irmandade” de que Sigma lembra saudoso nunca existiu para Zeta, para quem a história do PCC, desde o início, foi transpassada por relações fortemente hierarquizadas, constituindo um bloco histórico que abrange desde a época de “fundação” até a “revolução” proporcionada por Marcola. Deste ponto de vista, o PCC teria se aperfeiçoado ao longo do tempo e “aprendido com os erros do passado”. Já para Sigma, o PCC teria surgido repleto de “intenções” positivas e as foi perdendo,

¹³³ BIONDI, Karina; MARQUES, Adalton. Memória e historicidade em dois “comandos” prisionais. *Lua Nova*, n. 79, 2010, São Paulo, p. 39-70.

¹³⁴ *Ibid.* p. 59-60.

¹³⁵ *Ibid.* p. 52-57.

gradativamente, no decorrer de sua história, tornando-se o que os presos do CRBC mais desprezam: um “comando de lagartos”.¹³⁶

De todo modo, tem-se que, semelhantemente ao que ocorre no Rio de Janeiro, em São Paulo também há uma fragmentação dos comandos, existindo, além do PCC, o Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade (CRBC), a Seita Satânica (SS), o Comando Democrático pela Liberdade (CDL), o Terceiro Comando da Capital (TCC), dentre outros. Ocorre que o PCC possui um amplo predomínio em relação às demais facções paulistas, notadamente nas prisões, já que, no ano de 2010, estava presente em aproximadamente 90% das 147 unidades do Estado¹³⁷. E os estudos realizados apontam que o vértice da organização é ocupado por Marcola, ainda que vigore entre os presos um ideal de igualdade e voluntariedade em atender às determinações do partido.

Diante de todo o exposto, concluímos que as organizações paraestatais de tráfico de drogas podem constituir aparatos de poder em potencial, permitindo a configuração da hipótese objeto do presente trabalho. É preciso, contudo, cautela para uma correta compreensão dessa assertiva. Primeiramente, saliente-se, é fantasiosa a ideia de que existe uma rede geral verticalmente estruturada, com uma gestão centralizada do movimento. Ao revés, a atual realidade demonstra que as disputas de poder pelo rentável mercado informal ocasionaram a pulverização dos comandos, notadamente no Rio de Janeiro.

Ademais, não é possível atestar, genericamente, que o domínio fragmentado do tráfico de drogas ostenta uma organização interna suficientemente estruturada, a ponto de conferir aos “donos” de cada território o efetivo controle dos fatos por eles determinados. Afinal, essas organizações, em algumas áreas e especialmente no varejo, apresentam um arranjo mais simplificado, não se confundindo com as estruturações complexas que comportam uma verdadeira cadeia de mando. Desta feita, a identificação das organizações de tráfico de drogas com aparatos de poder deverá ser efetuada casuisticamente, à luz do seu real modo de funcionamento, sem interferência da velada função política legitimadora que carrega o termo “crime organizado”.

A partir de então, o modelo de responsabilidade penal a ser adotado – tema este que terá tratamento a partir do próximo capítulo – deverá ser compatível com um Direito Penal de fundamentação antropológica, imprescindível no Estado de Direito. Afiguram-se inaceitáveis, portanto, as execuções policiais sumárias de supostos traficantes nas favelas, formalmente legitimadas pelos Autos de Resistência.

¹³⁶ Ibid. p. 62.

¹³⁷ Ibid. p. 39.

Com efeito, de acordo com dados oficiais, o Rio de Janeiro é o Estado com as mais altas taxas de letalidade policial do país, tendo sido registradas 4.370 mortes em confronto com policiais no período de 2007 a 2010¹³⁸. Apenas no ano de 2011, foram lavrados 563 Autos de Resistência, e, nos meses de janeiro a março de 2012, o quantitativo já era de 108¹³⁹. E é comum, nas pautas dos noticiários brasileiros, o anúncio da morte de “suspeitos de envolvimento com o tráfico de drogas em confronto com a polícia” nas favelas cariocas.

Parece-nos que essa é uma das mais patentes manifestações do Direito Penal do inimigo dentro da realidade brasileira. De fato, tendo em vista a total resignação com as numerosas mortes refletidas nos Autos de Resistência, geralmente associadas, mesmo que sem elementos probatórios concretos, com o comércio ilegal de drogas, está claro que os traficantes não são tratados como pessoas pelo Estado. Então, uma vez lavrados os autos, tais ações são revestidas de legalidade formal, justificando-se a imposição de verdadeira pena capital ao inimigo, com desprezo ao devido processo legal. Assim, com base na obra de Agamben¹⁴⁰, é possível afirmar que os “suspeitos de envolvimento com o tráfico”, cuja dignidade tem sido ignorada, constituem vida nua, estando incursos em bolsões invisíveis dentro do Estado de Direito, eis que o próprio direito suspende a sua aplicabilidade com os Autos de Resistência.

Em síntese, diante do cenário declinado, é muito importante ter cautela com a afirmação de que as organizações de tráfico de drogas podem ser identificadas com aparatos hierarquizados de poder, permitindo, ao menos *in abstracto*, a configuração da hipótese de trabalho. Assim, tal aferição deverá ser feita caso a caso, considerando o concreto modo de funcionamento da organização em questão, sendo defeso efetuar uma correspondência automática que ignore a realidade fática. Afinal, um Direito Penal referenciado axiologicamente à pessoa humana demanda que as violações aos bens jurídico-penais sejam julgadas em consonância com o devido processo legal, através de um processo de imputação penal que respeite as garantias individuais.

Ainda dentro do contexto das organizações paraestatais, é válido fazer alusão ao recente surgimento das denominadas “milícias”. Conforme explica Misse¹⁴¹, com o enfraquecimento do tráfico de drogas no Rio de Janeiro, em especial devido à pulverização dos comandos, grupos de policiais passaram a dominar territorialmente algumas favelas,

¹³⁸ Cf. <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,estado-ainda-lidera-em-autos-de-resistencia-e-letalidade-policial,771867,0.htm?reload=y>> Acesso em 15 abr. 2012.

¹³⁹ Cf. <<http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?id=150>> Acesso em 15 abr. 2012.

¹⁴⁰ V. AGAMBEN, Giorgio. Op. cit. p. 14-15.

¹⁴¹ MISSE, Michel. Crime organizado e crime comum no Rio de Janeiro: diferenças e afinidades. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 40, out. 2011, p. 19 e 21.

proporcionando proteção compulsória aos moradores em troca do pagamento de taxas. O modelo miliciano, que conta com o apoio de associações locais e líderes políticos, foi se disseminando, o que deu ensejo, inclusive, à articulação de uma estruturada organização conhecida como “Liga da Justiça”, presente em aproximadamente 90% da região de Campo Grande. De acordo com o sociólogo, os dados do Ministério da Justiça evidenciam que, no ano de 2011, já existiam 96 favelas cariocas sob o domínio das milícias.

Objetivando a investigação do novo fenômeno, foi instaurada, em 2008, uma Comissão Parlamentar de Inquérito no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Conforme consta do relatório final da CPI¹⁴², embora a formação das milícias seja recente, ela possui raízes históricas numa cultura de violência contra as camadas populares, perpetrada pela polícia mineira, justiceiros ou matadores, que buscavam sua legitimação através da eliminação de pessoas consideradas indesejáveis para a comunidade, como usuários de drogas e ladrões.

Em especial a partir das contribuições do sociólogo Ignácio Cano, a CPI constatou que as milícias se caracterizam por cinco eixos: controle territorial e de seus habitantes por um grupo armado irregular; caráter coativo do controle, em geral sob a forma de extorsão; finalidade lucrativa, alcançada através do fornecimento compulsório de segurança, transporte alternativo, gás, televisão por assinatura e internet; discurso de legitimação referido à proteção dos moradores, impedindo a instalação do tráfico de drogas; participação de agentes estatais, como policiais, agentes penitenciários e bombeiros. A estruturação das milícias apresentaria um grau de organização superior ao do mercado ilegal de drogas, notadamente na região de Jacarepaguá e nos bairros de Campo Grande.

Em consideração a todo o constatado, o relatório final da CPI cunhou a seguinte conceituação para o recente fenômeno das milícias: “grupos armados para prática de diversas extorsões e exploração irregular de serviços públicos, controlados por integrantes das instituições de segurança pública e/ou das Forças Armadas, para fins econômicos escusos, não raro com representação direta de parlamentares ou indiretamente na forma de sustentação dessa atividade criminosa, contando, no mínimo, com a tolerância de autoridades de Poderes Executivos (braço político-eleitoral)”.

Destarte, entendemos que as milícias também ostentam características que podem denotar uma estrutura organizada de poder, ensejando a manifestação da hipótese de trabalho. É válido, salientar, contudo, que, em razão do dinamismo apresentado pelo fenômeno,

¹⁴² <<http://www.marcelofreixo.com.br/site/upload/relatoriofinalportugues.pdf>> Acesso em 15 abr. 2012.

comportando distintos modelos de controle territorial¹⁴³, tal constatação deverá ser realizada concretamente, afigurando-se descabida qualquer correspondência automática com o crime organizado que despreze a realidade fática.

Por fim, dentro do espectro da criminalidade organizada, cabe destacar, ainda, o fenômeno da criminalidade econômica, que é objeto de estudo do Direito Penal Econômico¹⁴⁴. De acordo com as lições de Silva Sánchez, a globalização e a integração supranacional agregaram os elementos organização, transnacionalidade e poder econômico às formas de cometimento de ilícitos. Assim, criminalidade organizada em sentido amplo é considerada aquela em que “intervêm coletivos de pessoas estruturadas hierarquicamente, seja nas empresas, seja na forma estrita da organização criminal”¹⁴⁵.

No que tange especificamente aos delitos econômicos, Shünemann¹⁴⁶ faz uma distinção entre a criminalidade na empresa e a criminalidade de empresa. A primeira concerne aos delitos econômicos perpetrados dentro da empresa contra a própria ou contra seus membros, sendo aplicáveis as regras dos delitos comuns. Já a criminalidade de empresa se refere aos delitos econômicos praticados por intermédio da mesma, com a lesão a bens jurídicos externamente, quando se revelam inadequadas as tradicionais modalidades de imputação penal.

Com efeito, nas sociedades dotadas de alta complexidade, o poder de decisão se encontra pulverizado, com a divisão funcional das atribuições. Desse modo, geralmente, a decisão acerca da prática delitativa não mais reside em algumas poucas pessoas, mas sim na atividade coordenada de diferentes setores, sendo que a concreta execução do comando é levada a cabo por um funcionário da empresa.¹⁴⁷ Daí ser comum a afirmação de que as empresas se estruturam horizontalmente com base na divisão de tarefas e verticalmente no princípio da hierarquia.¹⁴⁸ Portanto, é no âmbito da criminalidade de empresa que se cogita sobre a possibilidade de ocorrência da hipótese paradigma.

¹⁴³ MISSE, Michel. Op. cit. p. 21.

¹⁴⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____ (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p.106; PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 368.

¹⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Série as ciências criminais no século XXI, v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 80.

¹⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal ciencias penales*, v. 41, n. 2, 1998, p. 529-531.

¹⁴⁷ V. GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 336-339; MUSACCHIO, Vincenzo. Derecho penal economico, criminalidad organizada y Union Europea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 61, jul./ago 2006, p. 221.

¹⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit. p. 529.

A questão é bem colocada por Renato de Mello Jorge Silveira:

Questão não menos complexa é a atinente à chamada criminalidade de empresa, nas palavras de Espinosa Ceballos, possuidora que é de particularidades próprias, justo por se tratar de eventual ato delitivo realizado por grupo de pessoas organizadas hierarquicamente e com ideal divisão de funções. Isso traz uma série de problemas em termos de ação e autoria criminosa. Observem-se, em especial, as indagações sobre quem, em uma dada ação criminosa praticada por intermédio de uma empresa, deve ser o eventual responsável: se o administrador, os sócios cotistas ou o conselho de administração, bem como, a medida de sua responsabilidade (se não de ser tidos eles como co-autores ou autores mediatos). Muito embora o ideal fosse que cada qual assumisse sua devida responsabilidade, não raro mostra-se presente a situação de voto fechado, ou ao mesmo não explicitado, do conselho de administração. Mesmo que nem sempre seja percebido tal ponto, está presente o problema de uma imputação penal, justamente por ser ela a classe de criminalidade mais importante do campo econômico.¹⁴⁹

Conforme se verifica, a criminalidade de empresa é um fenômeno distinto das empresas de fachada, as quais são criadas visando conferir aparência de legalidade ao desenvolvimento de uma atividade principal criminosa. Assim, as empresas de fachada, em essência, constituem organizações criminosas, revestidas apenas formalmente de uma roupagem legal para escamotear sua finalidade precípua.¹⁵⁰

Já a criminalidade de empresa se refere à prática do ilícito no seio de uma organização orientada por uma política conforme o Direito, violando-se externamente um bem jurídico-penal. Nota Pérez Cepeda, contudo, que a concepção original de criminalidade de empresa vem se modificando, haja vista a atual tendência de formação de “empresas duais”, que exercem, concomitantemente, atividades lícitas e ilícitas¹⁵¹.

Nesse contexto, para os fins aqui colimados, avulta de importância destacar artigo escrito por Heloisa Estellita e Luís Greco, onde as empresas são identificadas com aparatos organizacionais quando a sua estruturação permitir o cumprimento de comandos criminosos independentemente da atuação consciente e voluntária do executor direto¹⁵². Desta feita, mesmo nos casos de empresas constituídas com fins lícitos, vislumbra-se a possibilidade de ocorrência da hipótese de trabalho, conquanto que o aparato empresarial em questão denote um modo de funcionamento automático no sentido delitivo.

Por conseguinte, conclui-se que, assim como os aparatos estatais, as organizações paraestatais constituem estruturas organizadas de poder em potencial, desde que as características apresentadas confirmem ao superior hierárquico o controle dos fatos por ele determinados, ainda que a sua atuação se restrinja à fase preparatória. Afinal, conforme

¹⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

¹⁵⁰ ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 91, jul./ago. 2011, p. 397.

¹⁵¹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, n. 9, 2002, p. 106; MUSACCHIO, Vincenzo. Op. cit. p. 219-220.

¹⁵² ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Op. cit. p. 403.

constata Silva Sánchez¹⁵³, a criminalidade organizada em sentido amplo também comporta a dissociação temporal e espacial entre a ação mais relevante do homem de trás e execução direta do crime.

¹⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit. P. 80.

2 MODELOS DE IMPUTAÇÃO PENAL DOS DIRIGENTES DE ESTRUTURAS ORGANIZADAS DE PODER

O capítulo precedente objetivou estabelecer as possíveis manifestações de uma estrutura organizada de poder, com o escopo de conferir maior precisão aos contornos da hipótese objeto da presente dissertação. Assim, entendeu-se que podem ser consideradas estruturas de poder tanto os aparatos estatais, como o Estado de não-direito e o estado de exceção, quanto as organizações paraestatais, conquanto que ostentem uma organização rigidamente hierarquizada e comportem um número considerável de pessoas predispostas a atender o comando delitivo do superior e facilmente substituíveis em caso de recusa. Contudo, tendo em vista que a questão é permeada por muitas discussões, notadamente em relação às organizações paraestatais vinculadas à ordem jurídica, retomaremos o assunto no último capítulo, já com um viés mais dogmático.

Impende salientar, ainda, que a definição *a priori* do significado de estrutura organizada de poder não significa que todo e qualquer delito perpetrado naquele contexto consubstancie a hipótese de trabalho, mas tão-somente que o modo de funcionamento apresentado admite, *in abstracto*, a sua manifestação. Com efeito, a automaticidade que ostentam tais estruturas organizativas permite aos seus dirigentes deter o controle do fato delitivo por eles determinado, a despeito de não contribuírem na sua execução direta e de não possuírem o domínio da coação, do erro ou da inimputabilidade do executor imediato. Porém, a efetiva configuração da situação paradigma deverá ser identificada *in concreto*.

Desta feita, uma vez assentadas tais premissas, cabe tratar da questão eminentemente dogmática relacionada aos modelos de imputabilidade penal dos dirigentes das estruturas organizadas de poder, especificamente na hipótese aventada. Assim, o presente capítulo destina-se a analisar a que título deve se dar a responsabilização do superior hierárquico que ordena a prática do fato delitivo, cujo êxito resta assegurado pelo próprio funcionamento automático do aparato que controla.

Primeiramente, então, serão abordados os modelos clássicos, verificando-se se o homem de trás pode ser responsabilizado pelos delitos por ele determinados a título de partícipe, coautor, autor colateral ou autor mediato através de um instrumento impunível, tudo com base nos tradicionais critérios de imputação penal. Posteriormente, a questão será analisada à luz das modernas teorias da empresa criminal conjunta, do domínio da decisão e

do domínio da organização, a fim de adotarmos a construção dogmática que pareça mais adequada a solucionar a hipótese.

2.1 Modelos tradicionais

2.1.1 Participação

Remontam a longa data as tentativas de estabelecer um marco distintivo entre autoria e participação delitivas. De acordo com o critério formal-objetivo, autor é aquele que executa a conduta típica, figurando como partícipes todos os demais que concorreram para o ilícito. Já pelo critério material-objetivo, é autor quem contribui com relevância causal para a prática delitiva, e partícipe aquele cuja conduta constitui apenas uma condição. Finalmente, o critério subjetivo propugna que o autor do crime atua com *animus auctoris*, ao passo que o partícipe age com *animus socii*. Parcela da doutrina, contudo, já há muito tempo formulava intensas críticas a esses critérios, asseverando sua insuficiência em estabelecer, satisfatoriamente, uma distinção entre autor e partícipe.¹⁵⁴

Assim, em 1939, foi pioneiramente apresentada por Hans Welzel, na obra “*Studien zum system des strafrechts*”¹⁵⁵, a teoria do domínio final do fato. O jurista intentou superar dogmaticamente as teorias puramente objetivas e subjetivas até então dominantes acerca do conceito de autor delitivo por intermédio de um critério mais preciso de distinção entre as figuras da autoria e participação, qual seja, o controle final do fato criminoso¹⁵⁶.

As premissas da teoria do domínio final do fato, também conhecida como objetivo-final ou objetivo-subjetiva, foram assentadas com base na doutrina finalista, formulada pelo próprio Welzel na década de 1930. Observa-se que o finalismo rechaçava a dissociação preconizada pela teoria causalista entre a vontade e o conteúdo desta, considerando que a ação

¹⁵⁴ V. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 59-69.

¹⁵⁵ Tradução: “*Estudos acerca do sistema do Direito Penal*”.

¹⁵⁶ O termo “domínio do fato” foi empregado pela primeira vez por Hegler, em 1915, na sua monografia “*Die merkmale des verbrechens*”, e utilizado posteriormente por diversos autores. Todavia, tal expressão adquiriu o sentido que ora se expõe com Welzel, o qual a vinculou à teoria da ação, delimitando o conceito de autor delitivo. Convém registrar que Jescheck atribui a Lobe a responsabilidade pela síntese das doutrinas objetivas e subjetivas na teoria do domínio do fato no bojo de sua obra *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches*, publicada em 1933 (2002, p. 701). Também Ibáñez afirma ter sido Lobe quem postulou a adição do elemento subjetivo da vontade ao domínio objetivo do fato (2006, p. 9).

seria composta por elementos objetivos e subjetivos. Destarte, a teoria do domínio final do fato agregou ao conceito de autor delitivo um aspecto objetivo, consistente na contribuição relevante para o cometimento do crime, e outro subjetivo, referente à vontade que dirige a realização do fato.

Isto é, a mencionada construção propugna que, para a configuração da autoria delitiva, é necessário, além do controle final do fato sob o ponto de vista subjetivo, a aferição objetiva do domínio por parte do sujeito ativo do crime. Nas lições de Welzel, “el autor final es señor y dueño de su decisión y su ejecución, y con esto, dueño y señor de ‘su’ hecho, al cual le da forma conscientemente en su existencia y en su forma”¹⁵⁷.

A teoria objetivo-final foi, posteriormente, retomada pelo penalista alemão Claus Roxin em sua monografia “*Täterschaft und Tatherrschaft*”¹⁵⁸, publicada no ano de 1963. Todavia, ele a denominou, simplesmente, teoria do domínio do fato, a fim de possibilitar uma maior amplitude da sua base de aplicação, não ficando tal conceito adstrito à doutrina finalista da ação puramente considerada¹⁵⁹.

Na obra supramencionada, Roxin dividiu o domínio do fato em domínio da ação, domínio funcional do fato e domínio da vontade, identificando diferentes modalidades de autoria delitiva. A partir daí, o doutrinador sintetizou um conceito genérico e abstrato de autor delitivo como sendo a “figura central del suceso concreto de la acción”¹⁶⁰. Paralelamente, por exclusão, partícipe é aquele que não detém o domínio do fato, seja sob o aspecto objetivo ou subjetivo.

Cabe registrar que Roxin aplica o critério do domínio do fato somente para a definição da autoria nos crimes comissivos dolosos, denominados, portanto, “delitos de domínio”. Já nos crimes especiais e nos omissivos, estruturados em torno de um dever específico extrapenal, o critério invocado é o da infração do dever, daí o termo “delitos de dever”. Por fim, nos crimes de mão própria, o penalista também propõe um critério próprio de autoria delitiva.¹⁶¹ No momento, porém, tendo em vista os limites da hipótese de trabalho, que se refere à determinação consciente e voluntária de uma ordem criminosa por intermédio do aparato de poder, a exposição se aterá à diferenciação entre autoria e participação com base no domínio do fato.

¹⁵⁷ WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal: Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Ed. reimp. Montevideo - Buenos Aires: B de F/Julio César Faira, 2007, p. 82-83.

¹⁵⁸ V. versão espanhola: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

¹⁵⁹ *Ibid.* p. 350-352, com uma explanação mais detalhada.

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 569.

¹⁶¹ *Ibid.* p. 367-470 e 703-758.

Estabelecidas tais premissas, tem-se que, na ordem jurídica brasileira, são reconhecidas duas modalidades de participação delitiva, a saber, a instigação e a cumplicidade, conforme a contribuição acessória concedida ao fato seja espiritual ou material, respectivamente¹⁶². Da mesma forma, o Código Penal alemão comporta uma divisão binária da participação¹⁶³, embora não estritamente com aquele significado, vez que se admite a cumplicidade moral. Por seu turno, registre-se que o ordenamento espanhol prevê as figuras da instigação, da cumplicidade e da cooperação necessária¹⁶⁴, as quais correspondem à instigação, à cumplicidade primária e à cumplicidade secundária do Código Penal argentino¹⁶⁵.

Então, a partir da teoria do domínio do fato, uma parcela da doutrina aduz que o dirigente da estrutura organizada de poder que determina a prática delitiva, valendo-se do modo de funcionamento automático do aparato, deveria ser responsabilizado a título de partícipe. Tal entendimento ganhou força a partir da sentença proferida pelo Tribunal Regional de Berlim no caso das mortes no Muro de Berlim, que condenou os membros do Conselho Nacional de Defesa como partícipes dos homicídios por eles determinados contra os cidadãos que tentassem fugir da Alemanha Oriental¹⁶⁶. Seus maiores partidários são Herzberg¹⁶⁷, Köhler¹⁶⁸ e Renzikowski¹⁶⁹.

A adoção do modelo clássico da participação para a imputação penal do dirigente do aparato na hipótese de trabalho está fundamentada, principalmente, em um critério normativo, consubstanciado no princípio da responsabilidade. Consoante uma interpretação restritiva

¹⁶² BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 157.

¹⁶³ § 26: “Anstiftung. Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat”. Tradução livre: § 26: Instigação. Aquele que, intencionalmente, induz outrem a cometer dolosamente um crime (instigador) deve estar sujeito a ser penalizado como se fosse autor.

§ 27: “Beihilfe. (1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat. (2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern”. Tradução livre: § 27: Cumplicidade. (1) Aquele que, intencionalmente, auxilia outrem na comissão dolosa de um crime deve ser condenado e penalizado como cúmplice. (2) A pena do cúmplice deve ser baseada na do autor. Ela pode ser mitigada em conformidade com o § 49 (1).

¹⁶⁴ Art. 28: [...] También serán considerados autores: (a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. (b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Art. 29: Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

¹⁶⁵ Art. 45. Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

Art. 46. Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

¹⁶⁶ BGHSt 40, 218.

¹⁶⁷ HERZBERG. R. D., *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalin Organisationen*, ponencia presentada en un congreso en Moritzburg bei Dresden, 1997 *apud* ROXIN, Claus. Op. cit. p. 727.

¹⁶⁸ KÖHLER, M., *Studien aus dem Strafrecht*, 1997, p. 510 *apud* ROXIN, Claus. Op. cit. p. 727.

¹⁶⁹ RENZIKOWSKI. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 87 e ss. *apud* ROXIN, Claus. Op. cit. p. 727.

desse princípio, o homem de trás não pode ser considerado autor quando se utiliza de um indivíduo punível para o cometimento do crime, motivo pelo qual deveria ser responsabilizado como mero instigador. Então, prescinde-se da importância fática que possui a contribuição do dirigente do aparato sob a justificativa de que grande parte das legislações dispensa um tratamento penal equiparado aos autores e partícipes, o que é fruto da prevalência da teoria monista sobre o concurso de pessoas, ainda que com alguns matizes.

Tal solução coloca em destaque a controvertida figura da participação em cadeia, nas hipóteses em que o comando proferido pelo superior hierárquico é repassado ao executor direto através de intermediários que detêm o controle de parcela da organização. No contexto do ordenamento jurídico espanhol, a fim de evitar a indução em cadeia à vista da redação do art. 28, *a*, Gimbernats Ordeig¹⁷⁰ assevera ser instigador somente aquele que se encontra na cúpula organizativa, respondendo como cúmplices todos os demais que repassaram a ordem delitiva, ao passo que Hernández Plasencia¹⁷¹ considera instigador quem transmitiu a ordem diretamente ao executor material, e cúmplices ou cooperadores necessários os membros anteriores da cadeia de mando. Já no Brasil, considerando que a doutrina não vislumbra óbice para a punição da participação em participação independentemente de suas modalidades, desde que observado o art. 31 do Código Penal¹⁷², não é aplicável a referida objeção.

De todo modo, contudo, a alternativa ora em apreço não se mostra adequada para a finalidade proposta porquanto, na hipótese paradigma, vislumbra-se a existência de um real domínio do fato pelo homem de trás, o que necessariamente resulta na caracterização da autoria delitiva¹⁷³. Com efeito, em que pese não se encontrar o executor imediato sob o domínio do erro, da coação ou da inimputabilidade, o modo de funcionamento automático da estrutura organizativa confere ao seu dirigente o controle do êxito delitivo.

Os supramencionados doutrinadores alemães, inclusive, são assentes em reconhecer tal dado naturalístico, embora o repute irrelevante em face de sua concepção estrita do princípio da responsabilidade. Diante disso, critica Roxin que o modelo da participação, ao prescindir do fato de que o dirigente da organização consiste na figura central do sucesso

¹⁷⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1966, p. 189-193 *apud* CABANA, Patricia Faraldo. *Responsabilidad penal del dirigente em estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*. Valencia: Librería Tirant lo Blanch, 2004, p. 172-173.

¹⁷¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, p. 273-276 *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 191-192.

¹⁷² BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 177.

¹⁷³ V. IBÁÑEZ, Eva Fernández. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada: Comares, 2006, p. 386-374.

delitivo, distancia-se da realidade fática e fica relegado ao âmbito puramente normativo¹⁷⁴. Destarte, tendo em vista que a conduta do superior hierárquico não é acessória em relação à do subordinado, mas, ao revés, avulta de até maior importância que esta, conclui-se que não pode ser reputada como mera instigação.

Outrossim, conforme é sabido, a instigação deve ser direcionada a um receptor determinado, além do que, a partir do pressuposto de que pertence a este a decisão de praticar ou não o delito, faz-se necessário que a contribuição acessória seja eficaz no processo de convencimento do autor¹⁷⁵. Já no caso vertente, o cumprimento da determinação emanada pelo dirigente da organização independe da decisão do autor imediato, notadamente à vista da substitutibilidade dos executores em caso de recusa. Portanto, não se vislumbra qualquer resistência a ser vencida por meio do convencimento, bastando ao homem de trás proferir a ordem delitiva, cujo êxito resta assegurado pelo funcionamento automático da estrutura de poder. Conforme ilustra Roxin, “contradiz princípios racionais de imputação social, histórica e também jurídica dos autores afirmar que Hitler e Stalin teriam concedido a seus subordinados a decisão sobre se os crimes ordenados seriam executados”¹⁷⁶.

Ademais, verifica-se que o comando proferido pelo homem de trás, com frequência, não se dirige a um destinatário determinado. A rigor, o sucesso do seu plano resta incólume independentemente da identidade do executor e, muitas vezes, até mesmo de conhecer-lhe pessoalmente. Disso resulta que os homens da frente, além de intercambiáveis, são também considerados anônimos, ao menos em um quantitativo considerável da hipótese em tela, de modo que resta afastada a caracterização da instigação.¹⁷⁷

A despeito das críticas formuladas, a tese da participação foi recepcionada pelo art. 12, *b*, do projeto do *Corpus Iuris* para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia, segundo o qual é instigador aquele que “mediante donación, promesa, orden, abuso de autoridad o de poder provoca la comisión del delito o da instruccionaes para cometerlo”¹⁷⁸. Paralelamente, a jurisprudência espanhola, em alguns precedentes, também já consagrou o referido entendimento¹⁷⁹, e a Corte Suprema da Colômbia, em sentença proferida em

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 727-728.; Id. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Tradução de Enrique Anarte Borrallo. *Revista Penal*, n. 2, 1998, p. 63-64.

¹⁷⁵ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 182-184.

¹⁷⁶ ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335.

¹⁷⁷ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 323-324.

¹⁷⁸ Cf. CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 163.

¹⁷⁹ V. GIL GIL, Alicia. La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 61, 2008, p. 65-71; MUÑOZ CONDE, Francisco; OLASOLO, Hector. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzman, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 88, jan./fev. 2011, p. 88-91.

23/02/2010, condenou o ex-senador García Romero, um dos fundadores do “Frente Heroes de los Montes de María”, como instigador por ordenar o homicídio de Georgina Narváez por intermédio do grupo paramilitar¹⁸⁰. Na doutrina brasileira, é adepto do modelo da participação, para os casos de delitos cometidos através de aparatos de poder, o penalista Regis Prado¹⁸¹.

Em consideração ao exposto acima, sem embargo, conclui-se que a solução de responsabilizar o superior hierárquico a título de partícipe pelos delitos por ele determinados através da estrutura organizada de poder não se mostra adequada, em especial devido à real presença do domínio do fato na hipótese de trabalho. Cumpre ressaltar, contudo, que isso não obsta a imputação como partícipe do membro do aparato que, de fato, auxilie ou estimule a prática do crime sem deter poder de mando, vez que ausente o domínio do fato em tal caso específico.

2.1.2 Autoria direta

Uma vez rechaçado o modelo da participação para a imputação penal do dirigente da organização na hipótese paradigma, eis que presente o domínio do fato, serão abordadas, por consequência, as diferentes modalidades de autoria delitiva.

Conforme já destacado, Roxin dividiu o domínio do fato em domínio da ação, domínio funcional do fato e domínio da vontade. *Ab initio*, tem-se que a categoria do domínio da ação se refere à autoria imediata ou direta. Em síntese, é autor imediato aquele que, consciente e voluntariamente, controla e realiza de modo pessoal todos os elementos do tipo objetivo do crime, possuindo, portanto, o domínio da ação¹⁸². Verifica-se que esta é a forma mais simples e clara de imputabilidade penal, típico de um modelo de injusto individual.

¹⁸⁰ V. MUÑOZ CONDE, Francisco; OLASOLO, Hector. Op. cit. p. 78-82. Conforme constata os doutrinadores, “el juzgamiento de García Romero por la Corte Suprema se apoya en su enfoque tradicional del concepto de instigación, según el cual, tal figura es aplicable siempre que el acusado impulsa a una persona que es completamente responsable, a cometer un delito sin intervenir durante su ejecución. Sin embargo, éste es precisamente el tipo de situación que la figura de autoría mediata por de aparatos organizados de poder está designada para cubrir: cuando los agentes superiores utilizan la maquinaria de poder de que disponen para asegurar la comisión de delitos” (p. 81). Assim, embora a Corte Suprema colombiana, na mesma oportunidade, tenha condenado García Romero pelo massacre de Macayepo com base no recente modelo do domínio da organização, o caso que melhor se amolda à hipótese de trabalho é aquele em que o ex-senador foi responsabilizado como partícipe por comandar o homicídio de Georgina Narváez, vez que, no massacre de Macayepo, a contribuição de Romero se deu durante a execução da operação.

¹⁸¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, arts. 1º a 120. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 462.

¹⁸² ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 151-155.

É oportuno registrar que a referida definição, baseada na teoria do domínio do fato para caracterizar a autoria direta, é também comungada pelos partidários das teorias puramente objetivas e subjetivas. Essas construções, contudo, de acordo com Roxin, estão fadadas ao insucesso, tendo em vista sua insuficiência dogmática em justificar o resultado descrito¹⁸³.

De todo modo, inexistente qualquer dificuldade em constatar que a modalidade autoral em comento não se presta a solucionar a questão da imputabilidade penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder. Considerando que a contribuição do homem de trás ao fato se limita à emanção de uma ordem durante a fase preparatória, sendo o tipo penal realizado diretamente pelo executor imediato, resta indubitável que aquele não detém o domínio da ação.

2.1.3 Coautoria

Já o domínio funcional do fato concerne à hipótese de coautoria delitiva, a qual se perfaz, em síntese, quando há divisão de trabalho e resolução comum entre os concorrentes para a consecução da empreitada criminosa, dominando todos, conjuntamente, o curso causal.

No tocante ao elemento objetivo do domínio funcional do fato, entende-se que a contribuição de cada coautor não precisa, necessariamente, corresponder a um fragmento da conduta típica, conquanto que essencial ao fato delitivo. Contudo, Roxin reputa indispensável que tal aporte se dê durante a fase executiva, senão restaria afastada a configuração do domínio conjunto¹⁸⁴. Assim, ilustra que “yo requiero para el coautor, si bien no la presencia en el lugar del hecho, sí al menos alguna cooperación en el momento del hecho (aun cuando sea por teléfono, por radio o a través de intermediarios) que puede consistir, p. ej., en impartir o transmitir órdenes o en cubrir”¹⁸⁵.

Assinale-se que, para o penalista, a delimitação entre as fases preparatória e executiva não está pautada estritamente na teoria objetivo-formal, mas também deve se considerar como ato executório aquele que possua vinculação direta e necessária com a conduta típica. Tal orientação se coaduna com o critério objetivo-individual, segundo o qual são executórios

¹⁸³ Ibid. p. 153-155. As razões da insuficiência dogmática das teorias objetivas e subjetivas não serão abordadas no trabalho por extrapolarem os limites da temática proposta.

¹⁸⁴ Ibid. p. 305, 325-326 e 735-737.

¹⁸⁵ Ibid. p. 735-736.

tanto os atos correspondentes ao fato típico, quanto os imediatamente anteriores, segundo o plano concreto concebido pelo autor¹⁸⁶.

Diante disso, Roxin exige que cada coautor concorra funcionalmente de modo substancial para o êxito da resolução criminosa durante a fase executiva, ainda que o aporte concedido, considerado *de per se*, seja atípico. Em suas palavras, “el segmento de la realización, y con ello el ámbito de posible coautoría, ha de extenderse, pues, más allá de la realización formal del tipo, a todas las formas de conducta que junto con ella aparecen como partes del mismo complejo de acción inseparable”¹⁸⁷.

A despeito do posicionamento do penalista de Munique, cabe ressaltar que a maioria da doutrina alemã admite que a contribuição do coautor delitivo ocorra na fase preparatória, desde que essencial ao fato¹⁸⁸. Tal questão é muito debatida não somente na Alemanha, mas também pelos juristas de diversos outros países. Na Espanha, a título exemplificativo, a doutrina predominante perfilha o entendimento de Roxin¹⁸⁹, ao passo que a jurisprudência é vacilante.

Já no Brasil, a questão levantada não possui reflexos semelhantes na doutrina, a qual, em geral, se limita a cuidar da relevância da contribuição de cada agente ao fato. Nilo Batista, porém, ao tratar do elemento objetivo do domínio funcional do fato, aponta três diferentes hipóteses, que remetem àquele embate¹⁹⁰.

As duas primeiras concernem, a rigor, ao que ele denominou de “domínio funcional da própria ação”, visto que se referem tanto à execução compartilhada¹⁹¹, caracterizada quando todos os agentes realizam a conduta típica, quanto à execução fracionada¹⁹², que ocorre quando um pratica o núcleo do tipo penal e outro conduz o *modus operandi*. Nesses casos, está claro que o aporte de cada coautor, ainda que não corresponda estritamente a uma conduta típica, se dá durante a fase executiva do delito.

¹⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 603.

¹⁸⁷ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 334.

¹⁸⁸ V. JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed., corregida, traducida por Cuello Contreras, J./ Serrano González de Murillo, J. L. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 784; OTTO, H. *Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates*, Jura (2001), p. 759; SCHROEDER, F. C. *Der Täter hinter dem Täter*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965, p. 169; AMBOS, K. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002, p. 605 *apud* IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 282-283.

¹⁸⁹ V. BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed. Akal, Madrid, 1997, p. 366-367; CERREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español. Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 224; PÉREZ ALONSO, E. J. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 215, 218-221, 229-231, 236-240 *apud* IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 265.

¹⁹⁰ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 104-106.

¹⁹¹ Exemplo do autor: uma vez formado um acordo de vontades para matar C, A lhe desfecha um tiro letal na cabeça e B lhe aplica uma facada letal no coração.

¹⁹² Exemplo do autor: uma vez realizado acordo de vontades para praticar um roubo, A imobiliza a vítima e B procede à subtração de seus bens.

Todavía, o doutrinador reconheceu também ser possível a configuração do domínio funcional do fato nas hipóteses em que a contribuição do agente, a despeito de se constituir em atos meramente preparatórios, favorecedores ou instigadores, seja determinante para o *se* e o *como* do delito. Nessa seara, vale destacar a figura do “organizador”, o qual, embora tenha apenas formulado o plano delitivo, deve ser responsabilizado como coautor por sua posição de liderança lhe conferir o controle do fato juntamente com os executores materiais, inclusive com a incidência da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal¹⁹³. Isso nos permite concluir que Nilo Batista admite a caracterização do domínio funcional do fato, mesmo quando o aporte essencial do agente se dê ainda na fase preparatória. Na esteira desse posicionamento, aponte-se, ainda, a figura da autoria intelectual, mencionada por Rogério Greco¹⁹⁴.

Importa assinalar que o caso do “organizador” não se confunde com a hipótese em análise no presente trabalho, em que o controle do fato por parte do homem de trás decorre do modo de funcionamento automático da estrutura de poder, de sorte que lhe cabe tão-somente proferir a ordem, independentemente da identidade do executor imediato. Assim, verifica-se que os crimes cometidos através de aparatos organizados de poder ostentam uma estruturação eminentemente vertical, ao passo que o organizador, a despeito de sua posição de liderança no grupo, não é identificado, de modo estrito, com um superior hierárquico.¹⁹⁵ Nessa esteira, leciona Ibáñez que o “chefe do bando” se diferencia do dirigente do aparato de poder porque a organização controlada por aquele é de menores proporções e não possui uma estruturação rígida, existindo uma relação pessoal entre quem elabora o plano delitivo e os executores¹⁹⁶.

Ainda no sentido de que a ordem jurídica brasileira admite que o coautor concorra para o delito mesmo durante a fase preparatória, vale salientar que são reconhecidas como modalidades de participação apenas a instigação e a cumplicidade. Prescinde-se, então, da figura do cooperador necessário, existente na Espanha, onde aquele que contribui de modo fundamental para o crime durante o *conatus remotus* é considerado partícipe; já se tal intervenção ocorresse durante o *conatus proximus*, a imputação penal se daria a título de coautoria. Conforme explica Bacigalupo, “quien pone una condición sin la cual el delito no

¹⁹³ Ibid. p. 106-107. Explicam os doutrinadores que sustentam essa tese que “el *minus* de coparticipación objetiva en la realización típica del <<jefe de la banda>> tiene que ser compensado con el *plus* de coparticipación especial en la planificación del delito, de modo que el dominio del desarrollo del suceso típico por parte del ejecutor va disminuyendo y dejando paso al organizador como centro de la configuración de tal suceso, al que se atribuye la exacta determinación del <<cómo>> (no del <<si>>) del hecho.” (IBÁÑEZ, 2006, p. 275)

¹⁹⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 10ª ed. rev., amp. e atual. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 444.

¹⁹⁵ Reconhecendo tal distinção, Nilo Batista tratou de cada hipótese em diferentes oportunidades: BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 106-107 e 138-139.

¹⁹⁶ IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 280-282.

hubiera podido cometerse sólo será cómplice si no toma parte en la ejecución, sino sólo en la preparación del hecho. Si intervino en la ejecución sería coautor pues con un aporte decisivo hubiera tenido el dominio del hecho”¹⁹⁷.

A previsão da cooperação necessária no Código Penal espanhol, portanto, justifica a posição predominante na doutrina no sentido de que o aporte do coautor deva acontecer necessariamente durante a execução do delito. Já no Brasil, diante da inexistência de semelhante figura, conclui-se ser suficiente para a configuração objetiva do domínio funcional do fato que o agente concorra para a prática delitiva de modo essencial, seja durante a fase executiva ou preparatória, mesmo que sua conduta, individualmente considerada, não corresponda a um fragmento do tipo penal.

Por outro giro, observa-se que, além da divisão funcional das tarefas, a caracterização da coautoria exige o liame subjetivo entre os agentes. Tal vinculação anímica se perfaz, de forma expressa ou tácita, por meio de uma decisão comum no sentido do cometimento do delito, não bastando a mera consciência unilateral da atuação em conjunto¹⁹⁸. Assim, afirma Roxin que não há um domínio total ou parcial do fato por parte de cada coautor, mas sim um domínio conjunto, porquanto “cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás”¹⁹⁹.

Em que pese seja mais comum o prévio ajuste entre os agentes, cabe ressaltar que a resolução criminosa conjunta pode surgir, até mesmo, após a realização parcial do fato típico. Essa hipótese é denominada pela doutrina como de coautoria sucessiva.²⁰⁰

Uma vez assentadas as bases para a configuração do domínio funcional do fato, destaque-se que significativa parcela da doutrina defende que o dirigente da estrutura de poder que determina o cometimento do fato delitivo seja imputado criminalmente a título de coautor, juntamente com os executores materiais do crime. Podem ser destacados como representantes desse entendimento os juristas Günther Jakobs, Jescheck, Otto, dentre outros.

É certo que, na hipótese de trabalho, a contribuição do homem de trás consiste em ordenar a prática criminosa por intermédio do aparato de poder, cingindo-se a sua conduta, portanto, à fase preparatória. Diante disso, de pronto, já se percebe um primeiro óbice para o reconhecimento daquela modalidade de autoria delitiva quando em consideração o posicionamento que reputa imprescindível que o aporte do coautor ao fato ocorra durante a

¹⁹⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*: parte general. 3ª reimp. Bogotá: Temis S.A., 1996, p. 211.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 316-317 e 733-734.

¹⁹⁹ *Ibid.* p. 307.

²⁰⁰ BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 103.

fase de execução. Nesse sentido, leciona Ibáñez que “este alejamiento del hecho excluye toda intervención en régimen de reparto de tareas, porque el hombre de atrás, tras la emisión de la orden, no interviene en la fase ejecutiva, sino que sólo espera, como mucho, que la ejecución de la misma le sea comunicada”²⁰¹. Todavia, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro não comporta semelhante exigência, inexistente, a princípio, dificuldade em reconhecer a divisão de trabalho entre os envolvidos no delito.

Ocorre que, ao contrário do que acontece no caso do organizador, onde sua posição de liderança no bando não importa em uma estrita superioridade hierárquica em relação aos executores materiais devido ao relacionamento pessoal existente entre eles, o *modus operandi* dos delitos praticados através de aparatos de poder ostenta uma estruturação eminentemente vertical. Desse modo, não parece haver uma efetiva divisão de tarefas entre o dirigente do aparato rigidamente organizado e o homem da frente. Ao revés, existe um comando delitivo que tem o seu êxito assegurado independentemente da identidade do executor direto, em especial devido à fungibilidade dos subordinados predispostos ao cumprimento da ordem ilegal. Diante disso, constata Roxin que, enquanto o dirigente do aparato age valendo-se de sua posição de supremacia hierárquica em relação ao subordinado, a figura da coautoria demanda que os concorrentes se encontrem em paridade de condições, estando estruturada de modo horizontal²⁰².

Diversamente, Jakobs assevera não existir um domínio superior do fato por parte do homem de trás na hipótese paradigma, vez que este, juridicamente, se encontraria no mesmo nível do executor em razão de ambos atuarem com total liberdade. Assim, não vislumbrando uma estrutura vertical sob a ótica jurídica, mas tão-somente uma relação fática de subordinação entre o dirigente da organização e o executor imediato, o doutrinador entende que eles deveriam ser responsabilizados como coautores.²⁰³

Roxin percebe que o posicionamento de Jakobs está estribado numa concepção puramente normativa do domínio do fato, como forma de responsabilidade jurídica, e não de domínio real. Destarte, a partir de uma interpretação restritiva do princípio da responsabilidade, a alternativa da coautoria teria como função precípua permitir a responsabilização equitativa do homem de trás e do executor, ainda que prescindindo dos dados da realidade fática. Entretanto, critica o penalista de Munique que “los conceptos

²⁰¹ IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 266.

²⁰² ROXIN, Claus. Op. cit. p. 726-727; Id. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 333.

²⁰³ JAKOBS, G. *Anmerkung*, NSStZ (1995), p. 27 *apud* IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 296-297.

jurídico-penales tienen que enlazar con imágenes rectoras que representan una reelaboración normativa de estructuras reales de los fenómenos. Pero no es figura rectora de la coautoría la responsabilidad de los intervinientes, pues igualmente responsable es también el inductor, que no por eso es coautor²⁰⁴.

Portanto, considerando que os delitos determinados através de aparatos de poder possuem uma estruturação estritamente vertical, haja vista a rígida hierarquia existente nessas organizações, não é possível reconhecer, a rigor, uma divisão de tarefas entre o dirigente e o executor que atende à ordem delitiva. Desse modo, ainda que se admita que a contribuição do coautor ao fato possa acontecer durante a fase preparatória, a viabilidade do modelo em apreço esbarra na estrutura eminentemente horizontal da coautoria, reconhecida por substancial setor doutrinário²⁰⁵.

Por seu turno, no que toca ao elemento subjetivo do domínio funcional do fato, tem-se que, para Jakobs²⁰⁶, a necessidade de uma decisão conjunta para a configuração da coautoria só estaria presente nos casos em que a execução do delito é perpetrada por todos os agentes. Já quando um deles não atua diretamente na fase executória, mas colabora de modo essencial na determinação do delito, bastaria a mera consciência comum de realização do fato de acordo com as instruções dadas pelo superior. Então, considerando que o dirigente do aparato instrui a prática delitiva e o executor material decide ajustar-se a tais determinações, restaria configurada a coautoria delitiva, ainda que inexistente um efetivo acordo de vontades.

Paralelamente, Jescheck postula o reconhecimento da coautoria delitiva nos casos de crimes cometidos através de estruturas organizadas de poder, pois, conforme expõe na quarta edição de seu Tratado, a resolução criminosa comum derivaria do fato de pertencerem os agentes à organização²⁰⁷. Já na quinta edição de seu Manual realizado com Weigend, ele fundamenta a vinculação anímica na consciência comum de que os fatos serão perpetrados

²⁰⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p.726; Id. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Tradução de Enrique Anarte Borrallo. *Revista Penal*, n. 2, 1998, p. 63.

²⁰⁵ V. AMBOS, K. *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Asnsätze*, GA (1998), p. 233; BOSCH, N. *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992, p. 281-282; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 376 *apud* IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 288-289; CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 158-159; ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 726-727.

²⁰⁶ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, trad. de la 2ª ed. Alemana (1991), p. 733-734 *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 142-143.

²⁰⁷ JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. Comares, Granada, 1993, p. 611 *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 145.

segundo as instruções do superior hierárquico, aproximando-se do posicionamento de Jakobs²⁰⁸.

Otto, num primeiro momento, sustenta que o dirigente da organização e o executor material do delito são coautores, tendo em vista que este último assume o plano criminoso elaborado pelo homem de trás como seu, efetivando-o²⁰⁹. Posteriormente, espousa o primeiro entendimento de Jescheck, no sentido de que o liame subjetivo entre os agentes se origina do simples fato de pertencerem à organização, aderindo ao escopo comum²¹⁰.

Tais construções a respeito do elemento subjetivo do domínio funcional do fato, no entanto, são muito criticadas pela doutrina. Primeiramente, a mera pertença a uma mesma organização, com a assunção dos seus objetivos, não implica em um efetivo acordo quanto a cada fato delitivo em concreto. Ademais, a decisão do executor imediato em ajustar-se ao plano do dirigente da estrutura de poder, existindo uma consciência comum de atuação em conformidade com as instruções, constitui tão-somente uma conduta unilateral, de modo que não há, em absoluto, uma convergência de vontades.²¹¹

Com efeito, basta ao homem de trás proferir a ordem delitiva, a qual tem seu êxito assegurado pelo modo de funcionamento da organização, independentemente da identidade do executor direto que, de fato, acatará o comando de forma livre e consciente. Assim, frequentemente, o superior sequer conhece quem praticou o crime, em especial nas hipóteses em que a ordem perpassa uma cadeia de mando. Some-se a isso o fato de que a estruturação rigidamente hierárquica do aparato dificulta a identificação do homem de trás e do executor material como portadores de uma decisão conjunta. Logo, ao inexistir resolução criminosa comum, mas sim o cumprimento de uma ordem, afigura-se inviável dogmaticamente sustentar a caracterização de uma coautoria.

Não obstante os empecilhos aludidos, vale consignar que o modelo em questão possui reflexos na jurisprudência. A título exemplificativo, Alicia Gil Gil noticia que, a despeito de precedentes em sentido diverso, vem prevalecendo na jurisprudência da Espanha a adoção da solução tradicional da coautoria para os casos de delitos cometidos através de estruturas organizadas de poder, ora exigindo a atualização da direção do homem de trás durante a

²⁰⁸ JESCHECK, H.-H./ WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 670 *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 146.

²⁰⁹ OTTO, H., *Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft*, Jura (1987), p. 255 *apud* IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 259.

²¹⁰ OTTO, H., *Täterschaft Kraft organisatorischen Machtapparates*, Jura (2001), p. 758-759 *apud* IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 259.

²¹¹ ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 331-332; Id. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 725; IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 260-264.

execução do crime, ora admitindo que o aporte essencial concedido na fase preparatória importe em um domínio funcional do fato²¹². Já na Colômbia, também existem alguns precedentes da Corte Suprema de Justiça em que foi utilizado o modelo da coautoria²¹³.

Cabe ressaltar, por fim, que a insurgência aqui manifestada não implica em uma absoluta rejeição quanto à viabilidade da configuração de casos de coautoria delitiva no seio de um aparato organizado de poder. Conforme já salientado, as conclusões alcançadas se cingem à hipótese em análise no presente trabalho. Todavia, é evidente que o domínio funcional do fato, por exemplo, será compartilhado pelos integrantes da cúpula organizativa que elaborarem, conjuntamente, o plano delitivo a ser perpetrado por um executor direto.

2.1.5 Autoria colateral

Consoante demonstrado, o domínio funcional do fato se perfaz, em síntese, pela divisão de trabalho e pela resolução criminosa comum. Por seu turno, se inexistente o vínculo anímico entre os agentes, a hipótese deixa de ser de coautoria delitiva para caracterizar a autoria colateral. Nesse caso, cada sujeito somente será responsável pelos atos criminosos por ele praticados individualmente, em atenção ao princípio da culpabilidade.²¹⁴

Então, doutrinadores como Bockelmann e Volk²¹⁵, ao não vislumbrarem um efetivo acordo de vontades com relação ao fato criminoso nos delitos organizativos em apreço, adotam a figura da autoria para o superior hierárquico e o executor direto. Tal conclusão está fulcrada na identificação de um concreto domínio do fato por parte de cada agente, o que, de pronto, afasta a solução da participação. No entanto, tendo em vista a inexistência de resolução criminosa comum e, ainda, que a concepção estrita do princípio da responsabilidade impede o reconhecimento de um domínio do fato intermediado por outro, a alternativa clássica por eles vislumbrada foi a autoria colateral.

Referido modelo, porém, é criticável porquanto ignora que há, de fato, uma conexão entre os cursos causais provocados pelo dirigente da estrutura de poder e pelo executor

²¹² GIL GIL, Alicia. Op. cit. p. 60-61.

²¹³ V. MUÑOZ CONDE, Francisco; OLASOLO, Hector. Op. cit. p. 76-77, explicando que as sentenças proferidas pela Sala de Cassação Penal, no ano 2007, nos casos Machuca, Yamid Amat e Gabarra, em que adotado o recente modelo do domínio da organização, foram reformadas pela Corte Suprema de Justiça colombiana em grau recursal, por entender aplicável a figura da coautoria.

²¹⁴ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 114-115.

²¹⁵ BOCKELMANN, P./ VOLK, K. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. C. H. Beck, München, 1987, p. 191-192 *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 160.

material, ao passo que a autoria colateral é caracterizada pela atuação em paralelo dos agentes²¹⁶. Com efeito, a execução do delito decorre do cumprimento de uma ordem emanada pelo superior hierárquico, embora ausente, a rigor, uma decisão conjunta nesse sentido. Conforme elucida Cabana, “su estructura no se ajusta a los supuestos que estamos analizando, ya que en ellos sí existe conocimiento bilateral y recíproco de la actuación de cada uno por parte de los intervinientes, que, eso sí, no llega a constituir el acuerdo común que es requisito de la coautoría”²¹⁷.

Ademais, recusa-se qualquer valor dogmático à autoria colateral por não constituir entidade jurídica própria, mas mera concorrência de autorias individuais oriundas do domínio em separado da ação. Desta feita, considerando que as condutas dos agentes estão entrelaçadas e que o homem de trás não pratica qualquer ato executório, o reconhecimento do domínio do fato deve conduzir a outra modalidade de autoria delitiva que não a simples autoria direta em paralelo, conhecida como autoria colateral.²¹⁸

2.1.6 Autoria mediata

Uma vez abordados os modelos decorrentes do domínio da ação e do domínio funcional do fato, cabe tratar do domínio da vontade, que consiste em modalidade do domínio do fato correspondente à autoria mediata ou indireta. Esta figura se perfaz quando o homem de trás, ou seja, o autor mediato, detém o domínio da vontade de interposta pessoa, vale dizer, o homem da frente, que executa diretamente a conduta nuclear do tipo penal.

Segundo a concepção tradicional, perfilhada pela doutrina brasileira majoritária²¹⁹, a configuração da autoria mediata pressupõe que o executor direto do crime não seja punível, respondendo pelo fato criminoso apenas o homem de trás. Assim, estão abrangidos os casos em que o instrumento age atipicamente, lícitamente ou sem culpabilidade²²⁰. No presente

²¹⁶ ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 334.

²¹⁷ CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 162.

²¹⁸ IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 304-306 e 321-322; CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 161.

²¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 461-462; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 23ª ed. 2ª reimp. São Paulo: Atlas, 2006, p. 232; CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120. V. 1. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 342-343; DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. V. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 441-442.

²²⁰ V. BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 141-142.

trabalho, contudo, opta-se por analisar o modelo da autoria mediata de acordo com a classificação proposta por Roxin, em que o domínio da vontade do homem da frente por parte do autor mediato se subdivide em domínio da coação, do erro ou da inimputabilidade.

a) Domínio da coação

No caso de domínio da vontade pela coação, o homem de trás coage o executor material a praticar diretamente a conduta delitiva, possuindo o domínio do fato. É certo que o coato também detém tal controle, visto que consiste no titular do domínio da ação e que o homem de trás atua exclusivamente sobre ele. Todavia, quando da perpetração do delito, ele não age livremente, mas sim como mero instrumento por inteira determinação do homem de trás, o qual possui o domínio da vontade.²²¹

Destarte, considerando que a pessoa utilizada pelo autor mediato na condição de instrumento não possui, livremente, consciência e vontade de cometer o delito, ela não é punida penalmente. Por sua vez, o homem de trás, possuindo o domínio do fato por meio da coação, é responsabilizado pelo delito em razão de tê-lo praticado de forma mediata através do instrumento impunível.

Atento às críticas de Armin Kaufmann no sentido de que o executor, mesmo diante de uma situação de coação, detém a decisão última acerca da prática do delito, motivo pelo qual inexistiria propriamente um domínio do homem de trás, explica Roxin²²² que o conceito de domínio da vontade não está atrelado às ciências naturais. Desta feita, não se faz necessário perquirir o estado psicológico do homem da frente, mas tão-somente identificar se a intensidade da pressão encetada pelo coator foi apta para, do ponto de vista jurídico, excluir a responsabilidade do executor em razão da inexigibilidade de conduta diversa. Tendo em vista que tanto o coator, quanto o executor, agem finalmente, a figura central do curso causal é aferida por meio do critério da responsabilidade.

Nessa esteira, é importante a ressalva de Nilo Batista²²³ no sentido de que, se a coação moral empreendida for resistível, não se estará diante de um caso de autoria mediata, mas sim de mera instigação. Ademais, se o homem de trás se utilizar da *vis absoluta*, excluindo a

²²¹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 167-173.

²²² *Ibid.* p. 169-171.

²²³ BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 136-137.

conduta do executor imediato, a hipótese será, a rigor, de autoria direta, com base no domínio da própria ação do instrumento²²⁴.

b) Domínio do erro

Ainda de acordo com a doutrina tradicional, em especial a brasileira, o domínio da vontade em virtude do domínio do erro também constitui hipótese de autoria mediata em que o homem de trás pratica o fato criminoso através de um instrumento impunível, que se encontra em erro. Desse modo, em que pese ser o delito perpetrado diretamente pelo homem da frente, este não responde pelo mesmo em razão de encontrar-se sob o domínio do erro, não possuindo a consciência e vontade de cometer o fato criminoso e, portanto, não restando satisfeito o tipo subjetivo. Por seu turno, o homem de trás, detentor do domínio da vontade, responde a título de autor mediato do delito, eis que é o responsável pela direção finalística do curso causal.

Cumpra salientar que, nos casos de domínio da coação, o executor material age com fiel representação da realidade, motivo pelo qual detém o domínio da ação. O emprego da coação por parte do homem de trás, então, visa superar tal atuação, conferindo a este o domínio do fato à medida em que o executor direto deixa de atuar com responsabilidade penal. Já no domínio do erro, o indivíduo que se encontra em equívoco não atua finalmente, mas é tão-somente um fator condicionante cego na cadeia causal, de sorte que a autoria indireta recai sobre aquele que, conhecendo as circunstâncias fáticas, direciona finalmente os acontecimentos até o fato criminoso. Assim, uma vez que o domínio da vontade em casos de erro não incide exclusivamente sobre a pessoa do instrumento, detém o autor mediato um domínio direto do fato, próximo ao domínio da ação.²²⁵

Diante disso, assenta Claus Roxin que, no domínio da coação, a figura central do curso causal deve ser estabelecida, de fato, com base no critério da responsabilidade. Ou seja, uma vez que o coator e o executor agem finalisticamente, é imprescindível que o instrumento careça de responsabilidade penal. Enquanto isso, no domínio do erro, considerando que o

²²⁴ Não se desconhece ser essa última assertiva controversa. Porém, nos parece acertada a posição de Nilo Batista; nesse sentido, ver, ainda, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. V. 1. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 574.

²²⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 196-198.

homem da frente atua com falsa representação da realidade, a definição do personagem principal deve se dar à vista do direcionamento final da ação, não incidindo o princípio da responsabilidade.²²⁶

A partir dessa distinção de critérios orientadores do domínio da vontade, Roxin²²⁷ se afasta da concepção tradicional de autoria mediata para admitir a viabilidade da ocorrência do domínio do fato em razão do domínio do erro em casos nos quais a pessoa interposta atue com responsabilidade criminal, dando origem à autoria atrás do autor. Isto é, partindo do pressuposto de que, no domínio do erro, a conduta do homem de trás não recai apenas sobre a figura do executor, mas direciona finalmente todo o curso causal, conclui-se que a irresponsabilidade do homem da frente deixa de ser um requisito indispensável para a configuração do domínio do fato do autor mediato.

Dessa maneira, a título exemplificativo, seria possível a caracterização da autoria atrás do autor quando, tendo o homem de trás provocado ou se utilizado de equívoco preexistente do executor, este atuasse em erro de proibição vencível por não entender a antijuridicidade material de sua ação, ou, ainda que agindo no sentido delitivo, se equivocasse em relação ao significado concreto de sua conduta, como no erro quanto à pessoa. Destaca o penalista que tal construção não encontra óbice no ordenamento jurídico alemão, tendo em vista que a redação do § 25, I, do Código Penal (Strafgesetzbuch, StGB) é aberta²²⁸.

Na doutrina brasileira, registre-se que Nilo Batista vislumbra a ocorrência da autoria mediata não apenas nas hipóteses em que a interposta pessoa é impunível por atuar atipicamente, licitamente, sem imputabilidade ou sem culpabilidade, mas também quando o instrumento é responsável²²⁹. Retornaremos, contudo, ao tema da autoria atrás do autor posteriormente.

No momento, cabe sintetizar que, em conformidade com o pensamento de Roxin, o princípio da responsabilidade, segundo o qual não se perfaz o domínio da vontade quando a pessoa interposta é responsável jurídico-penalmente, não se presta como critério distintivo entre a autoria mediata e a participação nas hipóteses de erro.

c) Domínio da inimputabilidade

²²⁶ Ibid. p. 197 e 258.

²²⁷ Ibid. p. 717-723.

²²⁸ § 25: "Täterschaft. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht". Tradução livre: § 25: Autoria. (I) Qualquer pessoa que cometer crime por si mesma ou através de terceiro deve ser responsável como autor.

²²⁹ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 141-150.

Configura-se, outrossim, a autoria mediata quando o homem de trás utiliza pessoa inimputável como instrumento para a prática delitiva, possuindo o domínio da vontade. No caso, o executor direto não é responsável criminalmente, o que decorre de sua incapacidade de compreensão ético-jurídica ou de determinar-se consoante sua compreensão no momento da conduta criminosa. Logo, apenas o homem de trás é passível de imputação penal.

De acordo com as lições de Roxin²³⁰, o domínio do fato do autor indireto é aferido com base nos mesmos critérios estabelecidos para as hipóteses de domínio do erro e da coação. Dessa forma, o domínio da vontade do executor por parte do homem de trás é identificado seja pelo direcionamento do curso causal em razão de sua superioridade intelectual, seja pela ingerência na formação volitiva do inimputável, respectivamente.

Quando o domínio da vontade ocorre através do direcionamento final da ação, o executor direto é inimputável em razão de sua incapacidade de entendimento do injusto, havendo uma superioridade intelectual do autor mediato. No caso, assim como no domínio do erro, o homem da frente não compreende o caráter ilícito do ato praticado, detendo o homem de trás o domínio do fato ao determinar ou apoiar a conduta que sabe ser criminosa.

Já na situação onde o homem de trás possui o domínio da vontade do inimputável pela ingerência na sua formação volitiva, a condição de instrumento decorre da incapacidade em determinar-se de acordo com o entendimento ético-jurídico que detém. Tal hipótese se assemelha aos casos de domínio pela coação, visto que a decisão do executor direto não é juridicamente relevante para a responsabilização criminal. Como o inimputável não possui capacidade inibitória, o domínio da vontade do autor mediato advém da indução ao cometimento do delito.

d) Análise em relação à hipótese paradigma

É de se ressaltar que a hipótese em análise no presente trabalho se refere à determinação de uma ordem delitiva por parte do dirigente da estrutura organizada de poder, tendo o seu êxito assegurado em razão do modo de funcionamento automático do aparato, a

²³⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 259-269.

despeito do atuar consciente e voluntário do executor direto. Assim, embora o homem da frente seja um subordinado dentro da estrutura hierarquizada da organização que integra, se lhe confere liberdade para o cumprimento ou não do comando criminoso, notadamente à vista da disponibilidade de possíveis executores com elevada predisposição ao fato.

Portanto, verifica-se que, na hipótese paradigma, o superior hierárquico prescinde da utilização de qualquer meio destinado a superar a livre determinação do subordinado, tendo em vista a fácil substitutibilidade deste último em caso de recusa em praticar o crime. Forçoso concluir, diante disso, que os modelos clássicos de autoria mediata, em que o homem da frente não é responsável penalmente pelos fatos por ele perpetrados diretamente, não possuem aplicabilidade aqui, ante a diversidade de pressupostos fáticos.

É importante repisar que não se rechaça a possibilidade de ocorrerem, no seio dos aparatos organizados de poder, casos de domínio da coação, do erro ou da inimputabilidade, em que o instrumento atue atipicamente, ilicitamente ou sem culpabilidade. Tão-somente não se mostram aplicáveis tais modelos de autoria indireta quando o caso concreto assumir os contornos acima delineados, sendo o executor imediato do delito plenamente imputável e agindo de forma livre e com fiel representação da realidade.

2.2 Modelos recentes

Conforme restou demonstrado, os tradicionais modelos de imputação penal revelaram-se insuficientes para os casos ora em análise de delitos cometidos através de aparatos de poder, notadamente por terem sido construídos com base na estruturação mais simples dos injustos individuais. De fato, já advertira Luhmann²³¹ que a complexidade dos sistemas aumenta progressivamente com o decurso do tempo, sendo viável afirmar que o incremento das experiências possíveis alcança, inclusive, o *modus operandi* dos delitos, com o desenvolvimento de inovadoras formas de violação aos bens jurídico-penais.

Diante desse cenário, serão abordadas, a seguir, as principais construções dogmáticas mais recentes que tratam da imputabilidade penal dos dirigentes de estruturas organizadas de

²³¹ V. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edição e tradução de Jostxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998, p. 25-67; Id. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 167-181; PRIETO NAVARRO, Evaristo. La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.). *El Derecho en la teoría social: diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: IISJ-Dykinson, 2001, p. 325-356.

poder. Analisaremos, portanto, a questão à luz das teorias da empresa criminal conjunta, do domínio da decisão e do domínio da organização, a fim de adotar a construção que pareça mais adequada à hipótese de trabalho.

Desde já, cumpre consignar que não se cuidará da teoria da *command responsibility*²³², a despeito da substancial importância por ela adquirida na jurisprudência dos tribunais internacionais de Nuremberg, Tóquio, antiga Iugoslávia e Ruanda, bem como da recente consagração positiva no art. 28 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Isso porque o pressuposto fático da referida construção teórica corresponde a uma conduta omissiva do detentor da posição hierárquica de mando dentro do aparato de poder, quando podia e devia agir para evitar o resultado. Já a hipótese ventilada na presente dissertação se refere a uma conduta comissiva, consistente na emissão de uma ordem criminosa por parte do homem de trás.

Tampouco será aprofundada a figura da intervenção através da organização (*abstrakte Organisationsbeteiligung*), defendida por Silva Sánchez como complementação à autoria mediata por intermédio de uma estrutura organizada de poder. Aquele modelo permite a responsabilização penal do membro da organização pelos delitos-fim efetivamente perpetrados através dela, sempre que tal pertencimento já se considere uma atuação favorecedora – abstrata e mediata – da prática delitiva.²³³

Parece-nos, contudo, que o modelo da intervenção através da organização não se coaduna com um processo de imputação penal garantista. Com efeito, se aproxima de uma responsabilidade objetiva pelos crimes cometidos por intermédio do aparato organizativo tão-somente em virtude de integrá-lo, além de prescindir de um aporte concreto e de relevo do sujeito na prática delitiva. De todo modo, os casos abrangidos por essa modalidade participativa se afastam da hipótese de trabalho, em que há uma contribuição efetiva, consciente e voluntária do superior hierárquico ao fato, sendo ele, inclusive, o personagem de maior importância para o êxito delitivo.

Por fim, vale o registro de que, na oportunidade própria, serão abordadas as alternativas propostas mais especificamente para os injustos cometidos através de um aparato empresarial. Tal opção metodológica se justifica pela especial particularidade que a questão assume no âmbito da criminalidade de empresa.

²³² A respeito do tema, v. AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D'Ávila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008, p. 96-98 e 340-386.

²³³ CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos de organización*. Coleção Estudios y Debates en Derecho Penal, n. 4. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2008, p. 108-118.

2.2.1 Empresa criminal conjunta

A doutrina da empresa criminal conjunta, conhecida como *joint criminal enterprise*, foi desenvolvida pioneiramente pelo Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia (ICTY) quando do julgamento do caso *Tadic*²³⁴, com base em julgados que empregaram a noção de propósito comum delitivo (doutrina do *common purpose* ou *common design*). A partir daí, a construção pretoriana foi consagrada pela jurisprudência de diversos tribunais internacionais, como o Tribunal Internacional para a Ruanda (ICTR), a Corte Especial do Timor Leste (SPSC) e a Corte Especial de Serra Leoa (SCSL), de modo que é possível afirmar que ela integra o direito consuetudinário internacional. Além disso, constata-se que a referida modalidade de responsabilização criminal encontra respaldo normativo, ainda que implicitamente, nos arts. 7 (1) do Estatuto do ICTY²³⁵, 6 (1) do Estatuto do ICTR²³⁶, 6 (1) do Estatuto da SCSL²³⁷ e 14.3 (a) e (d) do Regulamento 2000/15 da Administração Transicional das Nações Unidas no Timor Leste (UNTAET)²³⁸.

Conforme reconhecido pela Câmara de Apelação do ICTY no caso *Tadic*, há três modalidades de empresa criminal conjunta, conhecidas como forma básica, sistêmica e estendida²³⁹. A forma básica ou *joint criminal enterprise* I concerne aos casos de coautoria em que várias pessoas com um propósito comum compartilham o dolo quanto a um determinado resultado delitivo, ainda que alguma delas não pratique o fato criminoso pessoalmente. Já a forma sistêmica ou *joint criminal enterprise* II constitui uma variante da primeira categoria²⁴⁰,

²³⁴ Caso IT-94-1-A, julgado em 15/07/99 pela Câmara de Apelação do ICTY. Cf. <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

²³⁵ Art. 7 Individual criminal responsibility (1) A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.

²³⁶ Art. 6 Individual criminal responsibility (1) A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in Articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.

²³⁷ Art. 6 Individual criminal responsibility (1) A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute shall be individually responsible for the crime.

²³⁸ Art. 14.3 In accordance with the present regulation, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the panels if that person: (a) commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible; [...] (d) in any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either: (i) be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the panels; or (ii) be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime

²³⁹ Caso IT-94-1-A, §§ 196 a 220. Cf. <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

²⁴⁰ Por isso, algumas decisões do ICTY designam as primeiras duas modalidades de *joint criminal enterprise* de formas básicas.

englobando os casos dos campos de concentração da Segunda Guerra Mundial, em que a autoridade hierárquica é coautora delitiva por participar da execução do sistema de repressão, com a consciência e vontade de promover o projeto criminoso comum de maus-tratos dos detentos. Mais genericamente, essa categoria é concernente a qualquer tipo de campo de detenção em que seja efetivado um plano delitivo comum contra os detentos²⁴¹. Por fim, a forma estendida ou *joint criminal enterprise* III se refere à responsabilização penal pelos atos que, embora não integrassem o projeto criminal comum, constituíam uma consequência natural e previsível da efetivação daquele, havendo a assunção do risco de produção do resultado não acordado por parte de alguns membros da empresa criminal conjunta (dolo eventual).

Especificamente no caso *Tadic*, a Câmara de Apelação do ICTY utilizou a terceira categoria de empresa criminal conjunta para assentar a responsabilidade do réu pelo homicídio de cinco homens na aldeia de Jaskici, durante conflito com um grupo armado a que pertencia. Apesar de Ducko Tadic não ter cometido os delitos pessoalmente, a Câmara concluiu que ele assumiu o risco de produzi-los ao integrar a *joint criminal enterprise* com o propósito comum de remover os não-sérvios do local. Em suas palavras, “the Appellant was aware that the actions of the group of which he was a member were likely to lead to such killings, but he nevertheless willingly took that risk”²⁴².

Cumprido assinalar que Kai Ambos não considera a forma estendida da empresa criminal conjunta como uma modalidade de coautoria, mas sim como uma “extensão da punibilidade no sentido da responsabilidade por pertença a uma organização criminal”²⁴³, sendo, portanto, criticável. Desse modo, diversamente do que acontece com as categorias básica e sistêmica, que encontram esteio no art. 25 (3) (a), alternativa 2, do Estatuto de Roma²⁴⁴, aquela recairia no art. 25 (3) (d)^{245 246}.

²⁴¹ Caso IT-98-30/1-A, julgado em 28/02/05 pela Câmara de Apelação do ICTY, § 182. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

²⁴² Caso IT-94-1-A, § 232. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> Acesso em 10/04/11. Tradução livre: O recorrente estava ciente de que as ações do grupo do qual ele era membro eram suscetíveis de conduzir a esses assassinatos, mas, mesmo assim, ele assumiu o risco.

²⁴³ AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D’Avila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008, p. 93.

²⁴⁴ Art. 25 Individual criminal responsibility [...] (3) In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible

²⁴⁵ Art. 25 Individual criminal responsibility [...] (3) In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: [...] (d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either: (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the

Outrossim, no tocante às formas básica e sistêmica, é importante registrar que o ICTY reconhece três modos de participação do sujeito na empresa criminal conjunta, seja praticando diretamente o crime acordado, seja estando presente no momento da prática delitativa e encorajando-a, ou, ainda, através de sua posição de autoridade ou de sua função no sistema em que o delito é cometido. Nesse sentido, é válido transcrever parcela da decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento no caso Krnojelac²⁴⁷ e corroborada, posteriormente, pelo Tribunal²⁴⁸:

81. A person participates in that joint criminal enterprise either:
 (i) by participating directly in the commission of the agreed crime itself (as a principal offender);
 (ii) by being present at the time when the crime is committed, and (with knowledge that the crime is to be or is being committed) by intentionally assisting or encouraging another participant in the joint criminal enterprise to commit that crime; or
 (iii) by acting in furtherance of a particular system in which the crime is committed by reason of the accused's position of authority or function, and with knowledge of the nature of that system and intent to further that system.
82. If the agreed crime is committed by one or other of the participants in that joint criminal enterprise, all of the participants in that enterprise are guilty of the crime regardless of the part played by each in its commission.

Ante o exposto, percebe-se que, para fins da abordagem da questão acerca da imputação penal dos superiores hierárquicos que determinam o cometimento de delitos através das estruturas organizadas de poder, ostentam especial importância as formas básica e sistêmica da doutrina da *joint criminal enterprise*, no terceiro modo de participação supramencionado. Assentada tal premissa, serão destacados alguns julgados em que a construção pretoriana em tela foi invocada sob esse viés.

Em 02/08/01, a Câmara de Julgamento do ICTY constatou que o General Krstic²⁴⁹, na condição de autoridade política e militar do Corpo de Drina do exército sérvio da Bósnia (VRS), planejara a transferência forçada da população muçulmana bósnia de Srebrenica. Então, o tribunal o condenou como membro da empresa criminal conjunta que efetivou a remoção de mulheres, crianças e idosos daquela localidade.

commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime

²⁴⁶ AMBOS, Kai. Op. cit. p. 214.

²⁴⁷ Caso IT-97-25-T, §§ 81 e 82. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/kjnojelac/tjug/en/krn-tj020315e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

²⁴⁸ Caso IT-97-25-A, § 80. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/kjnojelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf>> Acesso em 10/04/11; Caso IT-98-32-T, § 67. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/tjug/en/vas021129.pdf>> Acesso em 10/04/11. Tradução livre: 81. Uma pessoa pode participar de uma empresa criminal conjunta: (i) participando diretamente da prática do crime que se propôs (como um autor principal); (ii) estando presente no momento em que o crime é cometido, e (com o conhecimento de que o crime deve ser ou está sendo cometido), assistindo ou ajudando intencionalmente outro participante na empresa criminosa conjunta para cometer esse crime, ou (iii), agindo em prol de um determinado sistema em que o crime é cometido em razão da posição do arguido, de autoridade ou função, e com o conhecimento da natureza desse sistema e intenção de continuar esse sistema.

82. Se o crime acordado é cometido por um ou outro dos participantes da empresa criminosa conjunta, todos os participantes da empresa são responsáveis do crime, independentemente do papel desempenhado por cada um na sua comissão.

²⁴⁹ Caso IT-98-33-T. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

Ademais, embora não tenha projetado ou praticado diretamente o crime, Krstic foi condenado como integrante da empresa criminal conjunta que objetivava o genocídio dos homens muçulmanos bósnios de Srebrenica em virtude de ter coordenado o massacre pelos seus subordinados. Nas palavras do tribunal, “General Krstic did not conceive the plan to kill the men, nor did he kill them personally. However, he fulfilled a key coordinating role in the implementation of the killing campaign”²⁵⁰. Cumpre anotar, todavia, que, posteriormente, por razões fáticas, a Câmara de Apelação do ICTY entendeu que Krstic não compusera a empresa criminal conjunta para o genocídio dos muçulmanos bósnios de Srebrenica, mas apenas atuara como partícipe delitivo²⁵¹.

Outrossim, a Câmara de Julgamento do ICTY, em 02/11/01, condenou Kvočka, vice-comandante do campo de detenção de Omarska, a título de coautor dos delitos cometidos contra os prisioneiros não-sérvios²⁵². De acordo com o tribunal, o acusado, utilizando-se de sua posição de autoridade, contribuiu de modo relevante para o funcionamento da empresa criminal conjunta atuante no referido campo de detenção. Conforme constatado:

Due to the high position Kvočka held in the camp, the authority and influence he had over the guard service in the camp, and his very limited attempts to prevent crimes or alleviate the suffering of detainees, as well as the considerable role he played in maintaining the functioning of the camp despite knowledge that it was a criminal endeavor, the Trial Chamber finds Kvočka a coperpetrator of the joint criminal enterprise of Omarska camp.²⁵³

Em sede recursal, a Câmara de Apelação do ICTY, ratificando a sentença proferida pelo órgão judicial *a quo*, explicitou que a coautoria delitiva na forma da *joint criminal enterprise* independe da realização pessoal do elemento objetivo do delito – *actus reus* – por parte de todos os integrantes da empresa. Além disso, sequer seria necessária a presença física da totalidade dos sujeitos no momento da prática criminosa, o que se verifica, notadamente, nos casos de crimes praticados por autoridades através de uma estrutura de poder. Destarte, concluiu a Corte ser suficiente para a configuração da coautoria na empresa criminal conjunta que o sujeito tenha concedido um aporte essencial para o cometimento do delito²⁵⁴.

²⁵⁰ Caso IT-98-33-T, § 644. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>> Acesso em 10/04/11. Tradução livre: General Krstic não concebeu o plano para matar os homens, nem os matou pessoalmente. Porém, ele cumpriu um papel chave na coordenação da implementação da campanha de assassinato.

²⁵¹ Caso IT-98-33-A, julgado em 19/04/04 pela Câmara de Apelação do ICTY. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

²⁵² Caso IT-98-30/1-T. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/kvočka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

²⁵³ Caso IT-98-30/1-T, § 414. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/kvočka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>> Acesso em 10/04/11. Tradução livre: Devido à alta posição ocupada por Kvočka no campo, a autoridade e influência que tinha sobre o serviço de guarda no campo, e suas tentativas muito limitadas para impedir crimes ou aliviar o sofrimento dos detentos, bem como o papel importante que desempenhou na manutenção do funcionamento do campo, apesar da consciência de que era uma empreitada criminosa, a Câmara de Julgamento condenou Kvočka como co-autor da empresa criminosa conjunta do campo de Omarska.

²⁵⁴ Caso IT-98-30/1-A, §§ 99 a 112. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/kvočka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

Cumpra apontar, ainda, que, em 16/06/04, a Câmara de Julgamento do ICTY indeferiu o requerimento de absolvição formulado por Slobodan Milosevik, porquanto vislumbrou a existência de justa causa para as acusações contra o ex-presidente da Sérvia²⁵⁵. De acordo com o tribunal, haveria lastro probatório mínimo de que o réu, integrando empresa criminal juntamente com outros líderes sérvios da Bósnia, foi coautor do genocídio praticado contra a população muçulmana do país. Como observação, o procedimento criminal instaurado contra Milosevik terminou antes da decisão final, visto que o acusado morreu em 11/03/06.

Haja vista os casos supramencionados, é possível constatar que a jurisprudência do ICTY é prevalecente no sentido da aplicação da doutrina da *joint criminal enterprise* aos casos de delitos cometidos através de estruturas organizadas de poder. Saliente-se que tal posicionamento foi seguido por outros tribunais internacionais, como o ICTR²⁵⁶, a SPSC²⁵⁷ e a SCSL²⁵⁸, consubstanciando direito costumeiro internacional.

Sem embargo, em contraposição ao entendimento que despontara como amplamente predominante na jurisprudência dos tribunais internacionais, o Tribunal Penal Internacional (TPI), recentemente, consagrou a aplicabilidade da teoria roxiniana do domínio da organização em detrimento da doutrina da *joint criminal enterprise*, para os casos em que o dirigente do aparato de poder de funcionamento automático determina o cometimento do delito por intermédio deste, controlando o fato criminoso.

Com efeito, em 29/01/07, a Câmara de Pré-Julgamento I do TPI proferiu decisão de confirmação das acusações perpetradas contra Thomas Lubanga²⁵⁹, em que reconheceu a existência de três correntes distintivas da autoria e participação delitivas, a saber, a objetiva, a subjetiva e a objetivo-subjetiva²⁶⁰. Na esteira das lições do tribunal, para a concepção objetiva, é autor delitivo aquele que pratica diretamente o tipo objetivo, na sua integralidade ou não. Já a corrente subjetiva opera tal diferenciação com base no elemento subjetivo, sendo autor quem possui o ânimo de cometer o crime nessa qualidade. Por fim, para a corrente

²⁵⁵ Caso IT-02-54-T. Cf. <http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/en/040616.htm> Acesso em 10/04/11.

²⁵⁶ P. ex.: Caso ICTR-95-1, julgado em 21/05/99, <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/KAYISHEMA_ICTR-95-1/KAYISHEMA_ICTR-95-1-T.html> Acesso em 10/04/11; Caso ICTR-01-65-T, julgado em 11/09/06, <<http://liveunictr.altmansolutions.com/Portals/0/Case/English/Mpambara/judgement/120906.pdf>> Acesso em 10/04/11.

²⁵⁷ P. ex.: Caso 04/2001, julgado em 10/04/11, <https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC_East_Timor_Judgmts_Indmts_Docs/Cardoso_Jose/> Acesso em 10/04/11; Caso 2a/2004, julgado em 12/04/05, <[https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC_East_Timor_Judgmts_Indmts_Docs/De_Deus_Domingos_\(Baboe_Letoen\)/](https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC_East_Timor_Judgmts_Indmts_Docs/De_Deus_Domingos_(Baboe_Letoen)/)> Acesso em 10/04/11; Caso 34/2003, julgado em 27/04/05, <https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC_East_Timor_Judgmts_Indmts_Docs/Pereira_Francisco/> Acesso em 10/04/11.

²⁵⁸ P. ex.: Caso SCSL-04-15-T, julgado em 25/02/09, <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=AoknUKBsH50%3d&tabid=215>> Acesso em 10/04/11; Caso SCSL-04-14-A, julgado em 26/10/09, <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=H53fWpjVx8k%3d&tabid=218>> Acesso em 10/04/11.

²⁵⁹ Caso ICC-01/04-01/06. Cf. <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>> Acesso em 10/04/11.

²⁶⁰ A respeito do tema, ver tópico 2.1.1 do presente trabalho.

objetivo-subjetiva, a autoria deve ser atribuída àquele que detém o domínio do fato delituoso, realizando um aporte relevante – não necessariamente de modo direto – para a prática do crime e possuindo a intenção de dirigi-lo.

Assentadas tais premissas, a Corte identificou que a construção pretoriana da empresa criminal conjunta segue a corrente subjetiva, motivo pelo qual deveria ser rechaçada, uma vez que o art. 25 (3) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional adotou a teoria do domínio do fato como critério delimitativo da autoria e participação delitivas²⁶¹. De fato, a *joint criminal enterprise* foi construída a partir da noção de propósito comum (doutrina do *common purpose* ou *common design*), estando a imputabilidade penal dos participantes da empresa centrada na existência de um projeto criminal comum. Assim, seriam responsáveis jurídico-penalmente aqueles que, integrando a empresa criminal conjunta, compartilham o dolo em relação a determinado resultado, ou aceitam as conseqüências naturais e previsíveis oriundas da efetivação do propósito comum.

Destarte, considerando que a doutrina da *joint criminal enterprise* identifica a autoria delitiva com base no critério subjetivo do propósito comum, conclui-se não ser tal modelo adequado para a hipótese, cabendo a remissão às incertezas de se distinguir a autoria e a participação unicamente com base no *animus auctoris* ou *socii* do agente²⁶². Então, a seguir, serão abordados dois modelos recentemente construídos já com base na teoria objetivo-subjetiva do domínio do fato.

2.2.2 Instigação-autoria

Conforme visto, a teoria do domínio do fato define a autoria delitiva com base em um aspecto objetivo, consistente na contribuição relevante para o cometimento do crime, e em um subjetivo, referente à vontade que dirige a realização do fato, de sorte que autor é a “figura central del suceso concreto de la acción”²⁶³. O domínio do fato se perfaz, segundo Claus Roxin, através do domínio da ação, funcional do fato ou da vontade, os quais aludem às hipóteses de autoria direta, coautoria e autoria mediata, respectivamente²⁶⁴.

²⁶¹ Caso ICC-01/04-01/06, § 339.

²⁶² BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 68-69.

²⁶³ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 569.

²⁶⁴ *Ibid.* p. 151-336.

Em adição, Figueiredo Dias²⁶⁵ faz referência ao que ele denominou de domínio da decisão, o qual fundamentaria a inovadora figura da instigação-autoria. Segundo o penalista, o art. 26, parte final, do Código Penal de Portugal²⁶⁶, considera como autor aquele que dolosamente inculca no executor direto, de modo determinante, a decisão de cometer o ilícito. Assim, tal hipótese, que constituiria *ab initio* um caso tradicional de instigação, se transmuda numa verdadeira autoria delitiva por deter o agente o domínio do fato através do domínio da decisão. De acordo com Figueiredo Dias:

O instigador surge assim (mas só então) como verdadeiro senhor, dono ou dominador se não do ilícito típico como tal, ao menos e seguramente da *decisão do instigado de o cometer*; determinação que desta maneira integra, por antecipação, a *totalidade dos elementos constitutivos do ilícito típico* e, por isso também, *do conteúdo material de ilícito*. De um ilícito, acrescente-se, que sendo embora obra *pessoal* do homem da frente, faz aparecer o acontecimento (*também* ou *sobretudo*) como *obra do instigador* e dá ao seu contributo para o facto o carácter de co-realização de um ilícito e não de mera “participação (externa ou ‘estrangeira’) no ilícito de outrem”. Só esta é, no entendimento da nossa lei, a **instigação-determinação** e por conseguinte a **instigação que é autoria**.²⁶⁷

Então, primando pela manutenção do princípio da responsabilidade como limite entre a autoria mediata e a participação, Figueiredo Dias adota o modelo da instigação-autoria, baseado no domínio da decisão, para a imputação penal do dirigente do aparato de poder no caso paradigma. Isto é, ao se considerar o homem de trás como instigador, não se esbarraria na figura da autoria atrás do autor, normativamente vedada pelo princípio da responsabilidade. Em paralelo, apesar de o dirigente que determina a execução do ilícito através de um subordinado plenamente responsável ser reputado instigador, ele é punido na qualidade de autor com fulcro no domínio da decisão.²⁶⁸

Em especial na doutrina portuguesa, a figura da instigação-autoria recebeu alguma acolhida. Assim, Teresa Quintela de Brito e Susana Aires de Sousa, em artigos específicos direcionados ao âmbito da criminalidade de empresa, defendem o modelo proposto por Figueiredo Dias²⁶⁹.

Tal inovadora construção, sem embargo, não se revela a mais adequada para a resolução da hipótese objeto da presente dissertação. Conforme já aludido, nos crimes

²⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. V. 1. 2a ed. Coimbra Editora, 1a ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 797-804.

²⁶⁶ Art. 26: É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.

²⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. p. 800.

²⁶⁸ Ibid. p. 802-806.

²⁶⁹ BRITO, Teresa Quintela. Autoria das contra-ordenações e dos dirigentes. . In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 218-222; SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 1020-1021 e 1029-1030.

comissivos dolosos em geral, predomina que a participação difere da autoria em função do critério do domínio do fato. Desta feita, revela-se uma *contradictio in terminis* falar numa instigação que é autoria.

Ademais, embora Figueiredo Dias assevere que a condição de autor, no caso, ressaí do domínio do fato em virtude do domínio da decisão por parte do dirigente da estrutura organizativa, verifica-se que o jurista extrai a equiparação da instigação à autoria, na verdade, do art. 26, *fine*, do Código Penal português. Destarte, o desenvolvimento desse modelo não se origina, a rigor, da constatação de um real domínio do fato pelo superior hierárquico, mas principalmente de uma determinação legal no sentido de que também será autor aquele que cria de forma cabal a decisão no executor material. Isso fica claro na seguinte explanação do penalista português:

O legislador português conhecia segura e exatamente as formulações da lei alemã sobre o problema e, em particular, a menção tripartida dedicada pelo § 25 à autoria, pelo § 26 à instigação e pelo § 27 ao auxílio; e a consequência doutrinal a que conduz uma tal concepção de excluir a instigação da autoria e imputá-la, juntamente com o auxílio, à “participação”. Isto indica ter sido deliberadamente (que não por inabilidade, confusão u ligeireza) que o legislador português colocou a instigação ao lado da autoria, imediata e mediata, e da co-autoria, mandando em qualquer dos casos punir o(s) agente(s) como autor(es); e calou por inteiro qualquer referência à “participação”. Quem queira pois continuar a discutir a pertinência da instigação à autoria, mas não deseje sujeitar-se à censura de substituir as suas próprias valorações doutrinárias às valorações legais legitimamente editadas, terá pelo menos de deslocar a discussão do plano dogmático para o da crítica legislativa e do direito a constituir.²⁷⁰

A natureza essencialmente normativa do domínio da decisão como fundamento da instigação-autoria ressaí, ainda, da irrestrita consideração do princípio da responsabilidade como critério de delimitação entre a autoria mediata e a participação. Ao atribuir ao dirigente da organização a qualidade de instigador como uma modalidade de autoria, busca-se evitar a caracterização de uma autoria atrás do autor, rechaçada pelo princípio da responsabilidade. Com isso, porém, vislumbra-se um simples “jogo de palavras”, que tem como desiderato respeitar o critério normativo em tela, contudo sem desconsiderar o dado fático de que o homem de trás detém o efetivo domínio do ilícito por ele determinado.

Por todo o exposto, conclui-se que o modelo da instigação-autoria, baseado no domínio da decisão, não se mostra adequado para solucionar a hipótese ventilada na presente dissertação. Inclusive, vale registrar que, em outro trabalho em que trata especificamente da imputação penal no âmbito da criminalidade organizada, Figueiredo Dias manifestou adesão ao modelo da autoria mediata através do domínio da organização - abordado a seguir -, ainda que o executor material do crime atue de forma plenamente responsável²⁷¹. Portanto, naquela

²⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. p. 798.

²⁷¹ Id. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 364-367. *In verbis*: “Dada a grande disponibilidade de meios de tais organizações, o concreto executor do crime apresenta-se, por isso, como um

obra, o doutrinador português parece ter prescindido daquele óbice normativo trazido pelo princípio da responsabilidade e, por conseguinte, da solução da instigação-autoria.

2.2.3 Autoria mediata através do domínio da organização

Consoante exposto, tradicionalmente, a autoria mediata se configura quando o homem de trás pratica o delito por intermédio de pessoa que realiza diretamente o tipo, porém sem responsabilidade penal, seja em virtude de se encontrar sob o domínio da coação, do erro ou da inimputabilidade. Parte da doutrina, contudo, tem admitido a possibilidade de caracterização do domínio da vontade mesmo em casos onde a interposta pessoa atue de forma responsável, sendo punível juntamente com o autor mediato, de modo a ensejar a figura da autoria atrás do autor.

Essa construção foi reconhecida, a princípio, em casos de domínio do erro, já que, conforme leciona Roxin, o princípio da responsabilidade, segundo o qual não há domínio da vontade quando o instrumento é responsável jurídico-penalmente, não é aplicável nessa seara, mas sim o critério do direcionamento final da ação²⁷². Recentemente, ademais, tem recebido guarida uma nova modalidade de autoria atrás do autor, concernente ao domínio da vontade através do domínio da organização, que será objeto de estudo a seguir, inicialmente nos moldes de sua formulação original.

A teoria do domínio da vontade em virtude de estruturas organizadas de poder foi apresentada, de modo inédito, por Claus Roxin, em sua conferência de posse na Universidade de Hamburgo no ano de 1963, e publicada em artigo intitulado “*Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*”, na revista alemã de Direito “*Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*”. Pouco depois, a pioneira construção dogmática foi publicada no bojo de sua monografia “*Täterschaft und Tatherrschaft*”²⁷³, que trata da teoria do domínio do fato.

elemento *fungível*, que, mesmo quando aute com culpabilidade dolosa, em nada afeta o domínio-do-fato do homem-de-trás. [...] O domínio-da-organização constitui, por conseguinte, uma forma de domínio-da-vontade que, indiferente à atitude subjetivo-psicológica do específico executor, não se confunde com o domínio-do-erro ou com o domínio-da-coação, integrando um fundamento autônomo da autoria mediata.” (p. 365-366)

²⁷² Ver tópico 2.1.5, alínea *b*, do presente trabalho.

²⁷³ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 269-279 e 723-729.

A elaboração da figura da autoria de escritório tem sua origem na constatação da insuficiência dos tradicionais critérios de imputação penal, elaborados em função da estrutura dos delitos individuais, para os casos de macrocriminalidade. Mais especificamente, a teoria ora em apreço foi concebida à vista dos aparatos de poder rigidamente hierarquizados e situados à margem do Direito, comumente estatais (organizações estatais arbitrárias), com funcionamento automático, ou seja, independentemente da identidade de seus membros. Nessas organizações, o êxito do plano global dos dirigentes resta assegurado em função de serem os executores diretos do crime intercambiáveis e anônimos.

Importa salientar que o domínio da organização (*organisationsherrschaft*) constitui modalidade de autoria mediata, cuja peculiaridade reside em que o autor imediato, em razão de não se encontrar sob o domínio da coação, do erro ou da inimputabilidade, isto é, agindo livremente e com fiel representação da realidade, é penalmente punível juntamente com o autor mediato, caracterizando a autoria atrás do autor. Opera-se, então, uma nova flexibilização do princípio da responsabilidade (*Verantwortungsprinzip*), a par daquela já ocorrida no âmbito do domínio do erro, quando se admitiu que o instrumento atuasse com responsabilidade penal atenuada²⁷⁴. Diante do assentado, vejamos as razões em que se funda a dupla responsabilização do superior hierárquico e do executor imediato do fato criminoso²⁷⁵.

A responsabilidade penal da pessoa interposta está arrimada na liberdade que lhe é conferida para o cumprimento ou não da ordem criminosa. Com efeito, tendo em vista que o dirigente do aparato dispõe de um considerável número de potenciais executores, não se mostra necessário o emprego do erro ou da coação para o sucesso delitivo. É certo, destarte, que o executor imediato, ao realizar o tipo objetivo de forma consciente e voluntária, detém o domínio da ação, sendo imputável na qualidade de autor direto.

Por seu turno, a responsabilidade do superior hierárquico decorre do próprio funcionamento automático da estrutura de poder, de modo que é considerado autor mediato por deter o domínio da vontade do instrumento através do domínio da organização. Isto é, malgrado o destinatário da ordem seja livre, sua negativa em cumpri-la não frustra o projeto criminoso do dirigente, visto que pode ser imediatamente substituído por alguém que, com

²⁷⁴ No sentido da flexibilização do princípio da responsabilidade, aceitando exceções à regra de que a responsabilidade penal do instrumento exclui o domínio da vontade do homem de trás, ver: AMBOS, Kai. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 3, 1999, p. 133-165. Mais radicalmente, rechaçando em absoluto a validade do princípio da responsabilidade, inclusive nos casos de domínio da coação, ver: IBÁÑEZ, Eva Fernández. *Op. cit.* p. 119.

²⁷⁵ V. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 271-273. Id. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 324.

domínio da ação, aceitará a sua execução. Dessa forma, o sucesso do seu plano global resta incólume independentemente da identidade do executor das ordens e, até mesmo, de conhecer-lhe pessoalmente.

Nas palavras de Claus Roxin:

Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta un maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar con que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer el ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global.²⁷⁶

Insta destacar que a fungibilidade dos executores anônimos é o ponto nodal da teoria do domínio da organização. A rigor, o domínio do fato por parte do homem de trás advém da constatação de que o cumprimento do comando delitivo independe da decisão *in concreto* de determinado subordinado, vez que a sua reconhecida liberdade é superada pelo funcionamento automático da estrutura organizativa rigidamente hierarquizada. Conforme ilustra o jurista alemão, “o atuante imediato é apenas uma roldana substituível dentro das engrenagens do aparato de poder”²⁷⁷. Nota-se, assim, que diferentemente do que ocorre nos delitos clássicos, a medida do domínio organizativo aumenta consoante a distância do fato criminoso, eis que se ascende na escala hierárquica.

Roxin ressalta, outrossim, também poder ser responsabilizado como autor mediato o agente que, situado no escalão intermediário da estrutura organizativa, dá ordens criminosas aos seus subordinados, dominando sua vontade em razão do domínio da organização. No caso, a imputação penal do dirigente de parcela da organização independe de pautar-se a sua conduta no interesse ou comando de instância hierárquica superior, desde que detenha o domínio do fato criminoso. Faz-se mister, desse modo, que a atividade do autor mediato impulse automaticamente a estrutura de poder, sendo os executores de suas ordens intercambiáveis. Explana o penalista de Munique que, “aquele que simplemente interviene aconsejando, quien sin tener mando proyecta planes de exterminio, quien proporciona medios para asesinar... son, por lo general, únicamente cómplices”²⁷⁸.

Além da existência de um aparato de poder rigidamente hierarquizado e da substitutibilidade dos executores diretos do fato criminoso, a configuração da autoria de

²⁷⁶ Id. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 272.

²⁷⁷ Id. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 324.

²⁷⁸ Id. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 276.

escritório demanda, ainda segundo o seu idealizador, mais um requisito, qual seja, que a estrutura organizativa se situe à margem do ordenamento jurídico²⁷⁹. Isso porque a emanção de instrução ilícita no seio de um Estado de Direito ou de uma estrutura legal intraestatal não possuiria o condão de movimentar a organização, dado que as normas jurídicas a que ela está vinculada elidiriam o domínio da vontade do homem de trás. Não seria razoável, então, a expectativa de cumprimento de ordens criminosas no seio de uma organização lícita, além do que a legalidade do aparato afastaria, inclusive, os demais pressupostos do domínio da organização, vez que os executores deveriam ser recrutados individualmente para o plano delitivo.

Diante disso, Roxin aponta duas manifestações típicas do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder. A primeira, mais comum, refere-se à determinação dos fatos criminosos por parte dos detentores do poder estatal, quando não mais vigentes as garantias do Estado de Direito, com o auxílio de organizações a eles subordinadas. Já a segunda manifestação concerne às organizações rigidamente hierarquizadas com orientação global contrária ao ordenamento jurídico estatal, como movimentos clandestinos, organizações secretas e bandos criminais, que caracterizariam, pelo seu grande porte, um “Estado dentro do Estado”. Assim, constata Cabana que “el orden jurídico al que alude ROXIN no es únicamente el Ordenamiento interno de cada Estado sino que es también, y muy particularmente, el orden jurídico internacional. Podría incluso pensarse que alude al Derecho natural”²⁸⁰.

Registre-se que os requisitos erigidos originalmente por Roxin como essenciais para a configuração do domínio do fato através do domínio da organização foram construídos a partir de dois julgamentos paradigmas, referentes aos casos Eichmann e Staschynskij²⁸¹.

Eichmann era um funcionário que ocupava o escalão intermediário da Alemanha Nazista, estando submetido aos comandos de Adolf Hitler e, paralelamente, controlando parte do extermínio do povo judeu determinado pelo Führer. Em 1960, ele foi capturado na Argentina e, então, submetido a julgamento perante a Corte Distrital de Jerusalém.

Em sua defesa, Eichmann alegou ser tão-somente um cidadão obediente às normas do Estado Alemão, pois cumprira fielmente as ordens do Führer, que detinham força de lei no Terceiro Reich. Dessa forma, os seus atos estavam pautados na legalidade de um Estado

²⁷⁹ Ibid. p. 276-278.

²⁸⁰ CABANA, Patricia Faraldo. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*. Valencia: Librería Tirant lo Blanch, 2004, p. 29.

²⁸¹ V. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 273-275.

soberano. Conforme constata Hannah Arendt, “ele se lembrava, perfeitamente bem, de que só teria tido má consciência se não tivesse feito o que lhe ordenavam – embarcar milhões de homens, mulheres e crianças para a morte, com grande zelo e cuidado meticuloso”²⁸². Ademais, a eventual negativa em atender ao comando de Hitler não impediria o extermínio dos judeus porque outro funcionário estatal as cumpriria, de modo que os fatos a ele imputados seriam, na verdade, obra do próprio Estado.

Eichmann invocou em sua defesa, ainda, o fato de que jamais matara com as suas próprias mãos nenhum ser humano, não tendo, sequer, tocado em uma arma. Por esse motivo, apenas poderia ser responsabilizado como partícipe pelos delitos perpetrados. Nesse sentido, é interessante destacar trecho do relato do acusado:

Eu não tive nada a ver com a matança dos judeus. Eu nunca matei um judeu ou um não-judeu, por essa razão – eu nunca matei qualquer ser humano. Eu nunca dei ordem para matarem um judeu ou um não-judeu; eu simplesmente não fiz isso. [...] Aconteceu de tal forma... que eu não o tive de fazer uma vez sequer.²⁸³

As teses ventiladas, todavia, não foram acolhidas pela Corte Distrital de Jerusalém, que condenou Eichmann, no ano de 1962, à pena de morte pelo massacre de mais de seis milhões de judeus, considerando-o autor de crimes contra o povo judeu, contra a humanidade e de guerra. De acordo com o tribunal, a garantia de sucesso do plano do Führer independentemente da atuação do réu seria irrelevante, visto que a causalidade adiantada careceria de significado dogmático. Além do que Eichmann não seria um mero executor de comandos, mas também o responsável por conceder as ordens de extermínio.

Assim, embora o réu não tenha matado nenhum judeu diretamente, sua responsabilização como partícipe não seria adequada por se tratar de um delito de massa, envolvendo muitos concorrentes e vítimas. Logo, consoante a Corte, não seriam aplicáveis no caso os modelos clássicos de imputabilidade penal. Vale transcrever parcela do decreto condenatório que constata a peculiaridade do caso em julgamento:

Num crime grande e complicado, como esse que nós estamos considerando, do qual participaram tantas pessoas, em vários níveis e de diversas maneiras – os planejadores, os organizadores, e aqueles que executavam os feitos, de acordo com suas categorias – não há muita razão para se usar conceitos comuns de se aconselhar e solicitar a realização de um crime. Pois, esses crimes eram cometidos em massa, não só em relação ao número das vítimas mas, também, em relação ao número daqueles que perpetravam o crime e a maior ou menor distância entre cada um dos criminosos e o efetivo assassino da vítima, nada significa em relação a seu grau de responsabilidade. Ao contrário, em geral, o grau de responsabilidade aumenta à medida que nós nos afastamos do homem que usa o instrumento fatal em suas mãos.²⁸⁴

²⁸² ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de Sonia Orieta Heinrich. 1ª ed. São Paulo: Diagrama & Texto, 1983, p. 41.

²⁸³ Ibid. p. 38.

²⁸⁴ Ibid. p. 256.

É certo que o julgamento proferido pela Corte Distrital de Jerusalém está sujeito a diferentes objeções²⁸⁵. Especificamente em relação à questão dogmática da imputabilidade penal, impende ressaltar a crítica de Roxin no sentido de que a responsabilidade de Eichmann a título de autor pelo extermínio dos judeus não decorre, a rigor, da natureza do delito praticado, mas sim de sua posição na estrutura organizada de poder do Estado nacional-socialista, através da qual detinha o controle do resultado típico²⁸⁶.

Com efeito, embora a “solução final” tenha sido determinada por Hitler a partir da cúpula do aparato estatal, o funcionário Eichmann, ocupante de um escalão intermediário, detinha poder de mando para, na esteira do comando do Führer, controlar parte do extermínio dos judeus, uma vez que era responsável pelo campo de concentração *Theresienstadt*²⁸⁷. Ademais, ele coordenava a deportação de judeus do Oeste para o Leste da Alemanha, na seção IV-D-4 da RSHA, tendo ciência de que a maior parte deles seria conduzida à morte²⁸⁸. Destarte, Eichmann detinha o domínio de parcela da organização, dispondo de pessoas que executavam a prática delitiva diretamente.

Ressalte-se que todos os integrantes da cadeia agiam de forma livre e consciente, porquanto a estruturação do aparato tornava desnecessário o emprego de coação ou erro para o êxito delitivo. Os funcionários estatais podiam deixar as suas funções sem maiores consequências. Segundo a testemunha de defesa von dem Bach-Zelewski, “era possível evadir-se de uma missão através de pedido de transferência. Para ser exato, em casos individuais, era necessário estar preparado para uma punição disciplinar: perigo de vida, entretanto, jamais estava implicado”²⁸⁹. Inclusive, o próprio Eichmann, em seu último depoimento, declarou que poderia ter se furtado à determinação de Hitler sob algum pretexto, o que era até comum, porém preferiu a obediência irrestrita²⁹⁰.

Verifica-se, então, que Eichmann, efetivamente, possuía o domínio do fato, proporcionado pelo modo de funcionamento automático do Estado Nazista, mesmo sem atuar diretamente na sua execução. Diante disso, Roxin conclui que ele deveria ter sido condenado como autor mediato em virtude do domínio da organização, estando caracterizada, no caso, uma verdadeira cadeia de autores atrás do autor. Conforme leciona, “que lo haga por propia

²⁸⁵ V. Ibid. p. 264. Hannah Arendt agrupa tais objeções em três categorias: a primeira referente ao julgamento em um tribunal dos vencedores e com base em lei retroativa; a segunda concernente ao sequestro de Eichmann na Argentina e à competência da Corte Distrital de Jerusalém; e a terceira aludindo à acusação pela prática de crime contra o povo judeu ao invés de, unicamente, por crime contra a humanidade, sendo que esta atrairia a competência de um tribunal internacional para o processo e julgamento do feito.

²⁸⁶ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 275.

²⁸⁷ ARENDT, Hannah. Op. cit. p. 95, 96 e 121.

²⁸⁸ Ibid. p. 170 e 225.

²⁸⁹ Ibid. p. 106.

²⁹⁰ Ibid. p. 107.

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”²⁹¹.

Paralelamente, cumpre assinalar que Roxin também evidenciou a aplicabilidade da teoria do domínio da organização ao caso Staschynskij. Este agente foi condenado pelo Superior Tribunal Federal Alemão (BGH - Bundesgerichtshof), no ano de 1962, como cúmplice pelos homicídios cometidos contra dois ex-políticos da República Federal sob o comando de um serviço secreto estrangeiro. Todavia, considerando não se encontrar sob o domínio da coação ou do erro, e uma vez satisfeitos os já aludidos pressupostos fáticos para a incidência da autoria de escritório, o penalista sustentou que Staschynskij deveria ter sido condenado como autor imediato dos crimes praticados sob o domínio da organização²⁹².

Percebe-se, ante o exposto, que os casos Eichmann e Staschynskij serviram de parâmetro para a elaboração da teoria da autoria mediata em virtude de aparatos de poder. Eles, então, concederam o suporte fático a partir do qual foram definidos, em 1963, os requisitos configuradores da nova modalidade de domínio do fato, a saber, estrutura organizativa rígida, desvinculação do Direito e fungibilidade dos executores.

Décadas mais tarde, no contexto dos intensos debates sobre a temática, o próprio Roxin²⁹³ reformulou parcialmente os pressupostos da autoria de escritório, em especial durante uma conferência que pronunciou no encerramento de curso de Doutorado da Universidade Pablo de Olavide, Sevilla. Em primeiro lugar, o penalista ponderou, especificamente no que tange ao aparato estatal, que o requisito da desvinculação do Direito não necessita se dar em todas as relações do Estado, mas apenas no tocante aos tipos penais realizados. Desse modo, por exemplo, seria possível o reconhecimento do domínio da organização no âmbito da antiga Alemanha Oriental.

Por outro giro, Roxin afirmou que a disposição consideravelmente elevada do executor a atender o comando do homem de trás também é um elemento presente nas estruturas organizadas de poder de funcionamento automático. Constata, assim, que a integração e adaptação do indivíduo ao funcionamento da organização diminuem seu poder reflexivo em relação às atividades através dela realizadas, tornando-o mais suscetível aos fatos criminosos ordenados, o que, de modo algum, exclui sua responsabilidade por estar mantida a liberdade

²⁹¹ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 275-276.

²⁹² Ibid. p. 270-271 e 606-610.

²⁹³ Id. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 244-247.

de ação. Tal situação, então, aumentaria a probabilidade de cumprimento dos comandos ilícitos, contribuindo para o domínio da organização.

É certo, por conseguinte, que os requisitos caracterizadores do domínio do fato em virtude do domínio da organização estão sujeitos a profundas dissonâncias, tanto em âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial. Tais discussões, contudo, serão objeto de abordagem específica no último capítulo.

Por sua vez, no presente momento, considerando a análise encetada sobre os modelos de imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder, limitamo-nos à conclusão parcial de que a teoria do domínio do fato é a mais adequada para identificar a autoria delitiva nos crimes comissivos dolosos em geral. Especialmente em razão de amalgamar elementos objetivos e subjetivos, revelando-se como autores aqueles que ocupam a posição central do êxito criminoso.

Insta destacar que o domínio do fato constitui um conceito aberto, de sorte que a real detenção do controle da prática delitiva sob os pontos de vista subjetivo e objetivo deve ser aferida à luz do caso concreto. Logo, a definição das diferentes modalidades de autoria e dos seus requisitos configuradores com base no critério do domínio do fato não é meramente normativa, mas deriva, *a priori*, da realidade fática.

Conforme os esclarecedores ensinamentos de Roxin:

el proceder correcto sólo puede consistir, como este ejemplo debe mostrar, en destilar descriptivamente, a partir de la contemplación directa de los fenómenos de la realidad y de su análisis, las formas estructurales del dominio ínsitas en la materia jurídica. El concepto de dominio del hecho no es, pues, algo listo desde el principio, cerrado en sí mismo, a lo que quepa someter cualquier supuesto de hecho por la vía de la mera subsunción, sino que sólo obtiene su forma concreta discurriendo por los distintos ámbitos de la materia de regulación, cada uno de los cuales añade al concepto no cerrado de autor nuevos rasgos concretos.²⁹⁴

Também nesse sentido são as lições de Zaffaroni e Pierangeli²⁹⁵ e de Rogério Greco²⁹⁶, consoante os quais autoria e participação são conceitos empíricos²⁹⁷. Desta feita, não constituem mera criação do Direito Penal, mas, antes de qualquer definição jurídica, se extraem da própria realidade.

²⁹⁴ Ibid. p. 279.

²⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 570.

²⁹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 11ª ed. rev., amp. e atual. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 431.

²⁹⁷ Como registro, embora alguns doutrinadores empreguem o termo “conceito ontológico”, preferimos a expressão “conceito empírico” para designar que a definição de autoria delitiva advém da realidade fática, uma vez que a significação da ontologia constitui uma questão assaz debatida no domínio da filosofia e que a entendemos como uma categoria lógico-objetiva. A respeito da questão, v. CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências Penais*, v. 0, jan. 2004, p. 9. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Jos%E9%20Cerezo%20Mir/Ontologismo%20e%20Normativismo%20na%20Teoria%20Finalista.pdf>> Acesso em 15 abr. 2012.

Uma vez estabelecida tal premissa, nota-se que as tradicionais manifestações do domínio do fato – domínio da ação, domínio funcional do fato e domínio da vontade em razão da coação, do erro ou da inimputabilidade – não encontraram aplicabilidade aos casos ora em análise de crimes determinados através de estruturas organizadas de poder. Isso porque aquelas modalidades de autoria delitiva foram construídas a partir da realidade dos injustos eminentemente individuais, ao passo que a hipótese de trabalho versa sobre recentes formas de violação aos bens jurídico-penais, encetadas por intermédio de aparatos rigidamente hierarquizados de funcionamento automático.

Tampouco a elaboração da figura da instigação-autoria logrou alcançar satisfatoriamente tal desiderato por se basear num domínio eminentemente normativo do fato – domínio da decisão –, extraído de preceito específico do Código Penal português e do princípio da responsabilidade. Além de operar uma confusão entre os conceitos de autoria e participação, em oposição à distinção precisa visada pela teoria do domínio do fato.

Assim, entendemos que a autoria mediata através do domínio da organização, depreendida a partir da nova realidade fática, desponta como o modelo mais adequado, à luz do conceito aberto de domínio do fato, para a imputação penal do dirigente da estrutura de poder que, por intermédio desta, determina a prática delitiva, detendo o controle da situação em suas mãos a despeito do atuar livre e consciente do executor direto.

Como registro, não merece acolhida a objeção trazida pelo princípio da responsabilidade à figura da autoria atrás do autor em razão de sua natureza meramente normativa. Com efeito, os dados fáticos da hipótese paradigma denotam a real existência de um domínio superior do fato por parte do dirigente da organização, haja vista a garantia de êxito da ordem delitiva, paralelamente a um domínio do fato pelo executor imediato ao realizar, consciente e voluntariamente, o tipo objetivo. Assim, explica Roxin:

A suposição de uma autoria vertical escalonada tanto do executor imediato quanto do emissor da ordem corresponde de forma satisfatória ao efetivo funcionamento da criminalidade de Estado: sem as pessoas do alto escalão do aparato os crimes não seriam possíveis. Ocorre que eles seriam tampouco possíveis se as pessoas do alto escalão não achassem voluntários que estivessem sempre à disposição. Tanto o emissor da ordem como o executor imediato são, em igual medida, figuras centrais na execução exitosa de um crime sistêmico.²⁹⁸

Nada obstante a tomada de posição aqui manifestada, é importante salientar que os requisitos configuradores da autoria de escritório ainda são muito controvertidos. Diante disso, no curso do trabalho, serão analisadas as principais dissonâncias jurisprudenciais e doutrinárias a respeito do tema. A partir daí, considerando que a definição da autoria delitiva

²⁹⁸ ROXIN, Claus. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 91, jul./ago. 2011, p. 16.

com base na teoria do domínio do fato deriva da realidade fática, buscaremos estabelecer os pressupostos que se afiguram efetivamente essenciais para a caracterização da autoria mediata através do domínio da organização, respeitados os vieses objetivo e subjetivo de um processo de imputação garantista.

3 EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

No capítulo precedente, foram analisados os principais modelos, clássicos e recentes, para a imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder, nos casos em que estes determinam a prática delitiva, valendo-se do modo de funcionamento automático do aparato. À vista das considerações expostas, alcançamos a conclusão parcial de que a construção dogmática mais adequada para a hipótese seria a autoria mediata em virtude do domínio da organização, como modalidade da teoria objetivo-subjetiva do domínio do fato.

Sem embargo, haja vista as diversas controvérsias que envolvem a nóvel figura, buscar-se-á, a partir de então, definir os contornos dessa modalidade de autoria atrás do autor. Objetiva-se, portanto, estabelecer as condições necessárias para que se identifique um efetivo domínio do fato criminoso por parte do dirigente da organização, em que pese não atuar diretamente na execução do delito, nem tampouco com o domínio do erro, da coação ou da inimputabilidade do executor imediato.

Para tanto, será realizada, no presente capítulo, uma análise da aplicabilidade da teoria roxiniana na jurisprudência internacional, de modo a se evidenciar a importância por ela progressivamente adquirida, juntamente com as dissonâncias que permeiam a temática. Posteriormente, então, abordaremos, de forma tópica, as principais indagações relacionadas a cada requisito discutido, no desiderato de assentarmos os pressupostos que se afiguram, de fato, necessários para a caracterização do domínio da organização, considerando um processo de imputação penal garantista.

3.1 Considerações introdutórias

Claus Roxin²⁹⁹, em conferência realizada na Universidade de Lusíada de Lisboa, em novembro de 2002, indicou que, malgrado a teoria da autoria mediata em virtude do domínio da organização tenha sido sufragada pela maioria da doutrina alemã, semelhante reflexo não se verificou nos tribunais do país durante longo período. Contudo, a partir de meados da década de 80, a inovadora figura já começava a receber acolhida na jurisprudência estrangeira, adquirindo uma importância crescente nos casos de crimes cometidos através de aparatos de poder.

Assim, a teoria do domínio da organização foi pioneiramente adotada pela Câmara Nacional de Apelações da Argentina por ocasião do julgamento dos delitos cometidos pela antiga Junta Militar, a qual foi responsável pelo golpe de Estado de 24 de março de 1976. Já no ano de 1988, o Superior Tribunal Federal alemão (BGH) invocou a construção roxiniana como argumento periférico no caso do Rei dos Gatos e, finalmente, em 1994, a consagrou como *ratio decidendi* na condenação de três membros do Conselho Nacional de Defesa da extinta República Democrática da Alemanha como autores mediatos pelo homicídio de sete alemães orientais que tentavam atravessar o Muro de Berlim. A partir de então, a figura da autoria de escritório encontrou ampla aceitação na jurisprudência alemã e de diversos tribunais internacionais.

A seguir, serão abordados os casos supracitados, que foram precursores na aplicação de tal modalidade de autoria mediata, além de outros que tiveram maior destaque no cenário internacional, evidenciando-se as dissonâncias existentes a respeito do domínio da organização. Por razões metodológicas, registre-se que os casos em que a teoria foi aplicada na esfera da criminalidade empresarial serão analisados em separado, tendo em vista se tratar de uma das questões mais palpitantes sobre a temática.

3.2 Argentina

Conforme mencionado, a teoria do domínio da organização foi perfilhada em âmbito jurisdicional, pela primeira vez, no caso da Junta Militar da Argentina, registrado como causa n. 13/84. Com efeito, a Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais da Capital Federal do país, em 09 de dezembro de 1985, condenou, a título de autores mediatos, os

²⁹⁹ ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 323-342.

comandantes das Forças Armadas argentinas Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola e Armando Lambruschini, em razão de terem ordenado a prática de crimes de sequestro, tortura e homicídio através do aparato estatal contra adversários na luta em oposição à subversão³⁰⁰.

O cometimento de tais fatos delitivos se iniciou antes mesmo de deflagrado o golpe contrarrevolucionário de Estado de 1976, no contexto de violência e repressão militar que marcava o governo de Isabel Perón, haja vista o intenso embate entre as forças de esquerda e de direita. Finalmente, em 24 de março daquele ano, a Junta Militar, composta pelos comandantes-em-chefe das três Forças Armadas, se apoderou do aparato de poder estatal, domínio este que perdurou até 1983. A ditadura militar argentina, autodenominada Processo de Reorganização Nacional, consagrou a doutrina da segurança nacional, com fulcro na qual foram perpetradas numerosas violações contra os direitos humanos, de modo que esse período de terrorismo de Estado foi designado guerra suja.

O processo instaurado em face dos ex-comandantes da Junta Militar em razão dos delitos perpetrados correu, primeiramente, perante o Conselho Supremo das Forças Armadas, em atenção ao Decreto n. 158/83. Posteriormente, ele foi assumido pela Justiça Federal da Argentina, postulando o Ministério Público a condenação dos réus como autores mediatos, dado que possuiriam o domínio dos fatos criminosos por eles ordenados em razão do domínio da organização militar. Segundo o *Parquet*, o emprego da inovadora tese de Roxin ao caso encontraria arrimo normativo no art. 45 do Código Penal argentino³⁰¹ e no antigo art. 514 do Código de Justiça Militar³⁰². Ademais, o órgão ministerial requereu o que denominou “responsabilidade por Juntas”, ou seja, que os ex-comandantes de cada Arma (Exército, Marinha e Aeronáutica) respondessem em conjunto por todos os crimes cometidos pela Junta Militar, globalmente considerada.

A Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais de Buenos Aires acolheu o pedido ministerial de aplicação da teoria do domínio da organização ao caso, mas rechaçou a “responsabilidade por Juntas”, assentando a responsabilidade individual de cada comandante-em-chefe pela prática dos delitos determinados no âmbito de sua Arma. O tribunal, então, estabeleceu que a autoria delitiva é determinada pela teoria do domínio da fato, e não pela

³⁰⁰ Cf. <http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/boletin_ddhh/CASOS/cccf%20-%20causa%2013-9-12-85.pdf> Acesso em 20/07/11.

³⁰¹ Art. 45: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”.

³⁰² Art. 514: “Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden”. Registre-se que o Código de Justiça Militar (Lei n. 14.029/51) foi revogado pela Lei n. 26.394/08.

formal-objetiva, além de reconhecer a figura da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder, onde o instrumento é também responsável pelo fato criminoso, a par das hipóteses clássicas de domínio da vontade por coação ou erro.

Urge destacar que referida modalidade de domínio da vontade foi assumida pela Câmara Nacional com os contornos originariamente assinalados por Roxin. Destarte, os então comandantes das Forças Armadas argentinas deteriam o domínio do fato em virtude do domínio da organização, tendo em vista que, dentro da estrutura militar rigidamente hierarquizada em questão, os executores diretos dos crimes seriam fungíveis e anônimos, restando assegurado o êxito do plano sistemático de repressão ilegal. Nos termos do acórdão prolatado:

En efecto, los procesados se encontraban en el pleno ejercicio del mando de las fuerzas armadas, y en su carácter de comandante en jefe, emitieron las órdenes ilícitas, dentro del marco de operaciones destinadas a combatir la subversión terrorista, actividad ésta última que resulta indudablemente vinculada con el cumplimiento de las funciones que a ellos les correspondía desempeñar en virtud de expresas disposiciones legales.

[...]

Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar. Sin el imprescindible concurso de todos esos elementos, los hechos no hubieran podido haber ocurrido. Luego de la asonada del 24 de marzo de 1976, las fuerzas armadas, bajo las órdenes de los enjuiciados, prosiguieron la lucha contra la subversión, es cierto que de un modo manifiestamente ilícito, pero con toda la estructura legal que se empleaba hasta ese momento.³⁰³

Irresignada com a decisão da Câmara Nacional de Apelações, a parte ré interpôs recurso de cassação em face da Corte Suprema de Justiça da Argentina. Então, os julgadores integrantes da Corte, em acórdão prolatado na data de 30 de dezembro de 1986, elidiram a incidência da tese do domínio da organização, não obstante três dos cinco votos proferidos tenham sido a seu favor³⁰⁴. Segundo a Corte Suprema, a nova formulação do penalista alemão não seria suficientemente concreta, ofenderia o princípio da responsabilidade em razão de abarcar na autoria mediata a figura do autor atrás do autor, além de extrapolar os limites do art. 45 do Código Penal argentino ao estender o conceito de autoria sem embasamento legal.

³⁰³ Sentença da Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais de Buenos Aires de 09/12/1985. Causa n. 13/84.

³⁰⁴ SANCINETTI, M. A.. *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Marcos Lerner, Buenos Aires, 1988, p. 243, *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 39, esclarece, em nota, que “la parte dispositiva en la que constan las firmas de los cinco ministros no se corresponde con los votos, especialmente en punto al título de la imputación de la responsabilidad personal. Según una tradición de la Corte, cuando los votos de los ministros forman mayoría diferente con relación a cada aspecto controvertido, la firma final de los jueces es insertada en la parte dispositiva que corresponde al voto del presidente. Sin embargo, esto genera una discordancia, al menos en este caso, entre el dispositivo aparente y los considerandos de la sentencia. En punto a la autoría, en particular, la mayoría del tribunal, mediante el voto de Bacqué, Fayt y Petracchi, resolvió el problema de la imputación de la responsabilidad personal, como caso de *autoría mediata*. Y no lo contrario, como dice el voto del presidente, Caballero, y de Beluscio”.

Em contraposição, decidiu-se que deveria ser aplicada, ao caso, a teoria formal-objetiva em detrimento da teoria do domínio do fato, especificamente sob a modalidade da autoria de escritório. Portanto, o Supremo Tribunal de Justiça da Argentina condenou os ex-comandantes das Forças Armadas como cúmplices necessários pelos delitos por eles determinados através do aparato de poder.

Como registro, em 1990, os condenados foram beneficiados por indulto concedido através de decreto presidencial de Carlos Menem. Todavia, em 2007, referido decreto foi considerado inconstitucional pela Câmara Nacional de Apelações, decisão esta confirmada pela Corte Suprema, em função da imprescritibilidade dos delitos de lesa-humanidade, sendo restabelecidas as penas outrora aplicadas.³⁰⁵

Conforme notam Muñoz Conde e Olasolo, após o julgamento do caso da Junta Militar, a jurisprudência argentina foi progressivamente abandonando a teoria formal-objetiva para se sedimentar no sentido da aplicabilidade da teoria do domínio do fato, inclusive na modalidade do domínio da organização em relação a casos envolvendo militares do alto escalão do Exército entre 1976 e 1983. Nesse sentido, os doutrinadores destacam as seguintes decisões: caso Etchecolatz, em que a Corte Suprema de Justiça, em 18/05/2007, confirmou a sentença do Tribunal Oral Federal da Prata de 09/2006; caso Von Wernich, julgado pelo Tribunal Oral Criminal Federal da Prata em 01/11/2007; caso Menéndez Luciano Benjamin e outros, julgado pelo Tribunal Oral Criminal Federal n. 1 de Córdoba em 24/07/2008; caso Senador Vargas Aignasse, julgado pelo Tribunal Oral Criminal Federal de Tucumán em 04/09/2008.³⁰⁶

Ainda no contexto dos crimes cometidos pelo Processo de Reorganização Nacional, é importante abordar, pela notoriedade adquirida, o caso Käsemann. A socióloga alemã Elisabeth Käsemann, a qual possuía vínculos com socialistas, viajou para Buenos Aires no final de 1968, onde apoiou o anseio por justiça social dos operários argentinos e ajudou perseguidos políticos a fugir do país. A estudante, diante disso, foi considerada uma dissidente política pela ditadura militar argentina, então presidida pelo general Jorge Videla, motivo pelo qual foi presa no centro de detenção clandestino “El Vesubio”, submetida a sessões de tortura e assassinada em 24 de maio de 1977.

³⁰⁵ Cf. <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/12/ex-ditador-argentino-jorge-videla-e-condenado-a-prisao-perpetua.html>>. Acesso em 20 jul. 2011.

³⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; OLASOLO, Hector. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzman, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 88, jan./fev. 2011, p. 70-71. Os doutrinadores ressaltam, contudo, que, em 12/08/2009, o Tribunal Oral Federal de San Martín condenou os militares Santiago Omar Riveros, Osvaldo Jorge García e Exequiel Verplaetsen como coautores, juntamente com os subordinados que perpetraram diretamente os delitos, pela detenção ilegal e tortura de Iris Avellaneda e de seu filho, por vislumbrar uma divisão funcional de tarefas (p. 72-73).

No desiderato de investigar o caso Käsemann, foi instaurado, perante o Tribunal Regional de Nuremberg, na Alemanha, processo criminal contra o ex-presidente da Junta Militar argentina, Jorge Videla, e os militares Massera, Mason, Saenz e Sasiain. Registre-se que a competência da Corte alemã para julgar o delito de homicídio praticado fora do território nacional decorria do princípio da personalidade passiva, previsto no § 7º, I, do Código Penal Alemão (StGB)³⁰⁷, uma vez que a vítima Elisabeth Käsemann possuía nacionalidade alemã.

No bojo do processo instaurado perante o Tribunal Regional de Nuremberg, Kai Ambos e Christoph Grammer concederam parecer, onde se manifestaram a respeito da responsabilidade criminal do então comandante-em-chefe do Exército, Jorge Videla, e da Marinha, Emilio Massera, pelo homicídio de Käsemann³⁰⁸. Como ressalva, os juristas não opinaram sobre a responsabilidade do antigo comandante-em-chefe da Aeronáutica, Ramón Agosti, em função do seu falecimento.

Assim, após repelir a viabilidade dogmática de caracterizar como partícipes ou coautores os agentes que determinam o cometimento de crimes através de um aparato de poder, Ambos e Grammer posicionaram-se a favor da aplicabilidade da teoria roxiniana do domínio da organização. Então, com relação ao caso Käsemann, apontaram que a imputação dos comandantes Videla e Massera a título de autores de escritório exigiria a comprovação de sua contribuição para o fato através do aparato organizado de poder, de modo que o resultado típico fosse alcançado automaticamente, e da consciência e vontade de praticar o crime por meio das condições oferecidas pela estrutura de poder de funcionamento automático³⁰⁹.

Não obstante a precariedade dos meios de prova disponíveis, visto que as violações aos direitos humanos eram praticadas pela ditadura militar argentina de forma ilegal e secreta, os pareceristas reputaram comprovada a existência de uma estrutura repressiva dentro das Forças Armadas com o escopo de eliminar a subversão através de meios criminosos. Nas palavras de Ambos e Grammer, “dentro de ese aparato militar estatal fue posible, sin más, la realización de procedimientos reglados que condujeron a la eliminación física de una persona;

³⁰⁷ § 7º: “Geltung für Auslandstaten in anderen Fällen. (1) Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt”. Tradução livre: § 7º: Crimes cometidos no estrangeiro, outros casos. (1) O direito penal alemão deve ser aplicado a crimes cometidos no estrangeiro contra alemão, se o ato consistir numa ofensa criminal no local de sua comissão ou se aquela localidade não estiver sujeita a nenhuma jurisdição criminal.

³⁰⁸ AMBOS, Kai; GRAMMER, Christoph. Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. *Revista de Estudios Criminales*, v. 4, n. 16, 2004, p. 9-30. Título original: *Tatherrschaft qua Organisation. Die Verantwortlichkeit der argentinischen Militärführung für den Tod von Elisabeth Käsemann*.

³⁰⁹ Ibid. p. 17.

[...]. Por lo tanto, están presentes los requisitos exigibles para una responsabilidad de dominio por organización”³¹⁰.

À vista das provas produzidas nos autos do processo, Ambos e Grammer vislumbraram que Videla, Massera e o falecido Agosti, na qualidade de integrantes da Junta Militar, órgão de cúpula da ditadura, foram responsáveis pelo planejamento, preparação, execução e controle das medidas repressivas perpetradas. Por conseguinte, restaria comprovada a contribuição dos mesmos ao fato através da instauração de cursos delitivos regulares no seio do aparato militar por eles conduzido. Ademais, os juristas reputaram evidenciado que os acusados detinham a consciência do modo de funcionamento da organização repressiva e a vontade de produzir o resultado típico, qual seja, a eliminação da subversão através da utilização de todos os meios necessários para tanto, ainda que ilícitos. Destarte, satisfeito estaria o tipo objetivo e o subjetivo para a responsabilização dos réus como autores mediatos em razão do domínio da organização pelo homicídio da alemã Elisabeth Käsemann.

Cabe o registro de que os pareceristas assentaram a responsabilidade criminal do então comandante-em-chefe da Marinha, Emilio Massera, ainda que aquela Arma não tenha contribuído diretamente para a realização do fato criminoso. Para tanto, eles se estribaram no fato de que a Junta Militar, constituída pelos comandantes das três Forças e globalmente considerada, era a instância suprema de poder, que coordenava o combate à repressão por meio de uma atuação conjunta. Dessa forma, Ambos e Grammer se afastaram da posição da responsabilidade individual de cada Força, esposada pela Câmara Nacional de Buenos Aires em acórdão proferido no caso da Junta Militar.

A partir do parecer proferido, o Tribunal Regional de Nuremberg, em 28 de novembro de 2003, expediu ordem de captura e requereu ao Governo argentino a extradição de Jorge Videla, Emilio Massera e Suárez Mason com fundamento na autoria mediata através domínio da organização pela morte dos cidadãos alemães Elisabeth Käsemann e Klaus Zieschank, reputados subversivos pela ditadura³¹¹. Anote-se que Mason era o general do Exército responsável pela Zona 1 do território argentino, local onde se situava o campo clandestino “El Vesubio”, que deteve Käsemann.

A Corte Suprema de Justiça da Argentina, em julho de 2008, negou definitivamente o pleito extradicional realizado pela Alemanha, sob o argumento de que o fato criminoso

³¹⁰ Ibid. p.20.

³¹¹ Cf. <<http://www.menschenrechte.org/beitraege/koalition/beit012ko.htm>> e <<http://www.elmundo.es/2003/12/04/mundo/1535631.html>> Acesso em 20 jul. 2011.

deveria ser investigado e julgado pelo próprio Estado³¹². Isso só passou a ser possível, contudo, a partir da anulação das “leis do perdão”³¹³ pela Lei n. 25.779/03, cujo teor foi corroborado por decisão proferida em junho de 2005 pelo Supremo Tribunal de Justiça argentino, haja vista o contexto de forte pressão exercida pelos decretos condenatórios prolatados na Alemanha e em outros países europeus em face dos crimes cometidos pelo Processo de Reorganização Nacional.

Ainda assim, os delitos perpetrados contra Käsemann só foram objeto de julgamento na Argentina a partir de fevereiro de 2010, com a instauração da causa n. 1487, conhecida como caso El Vesubio³¹⁴. E, finalmente, em 14 de julho de 2011, o Tribunal Oral Federal n. 4 da Capital prolatou sentença condenatória em desfavor de sete réus pela prática de crimes de lesa-humanidade no campo de detenção clandestino El Vesubio, onde foram torturados e mortos diversos prisioneiros no período de 1976 a 1978, inclusive Elisabeth Käsemann.

Com efeito, o julgamento do Tribunal Oral Federal enfocou, no contexto do plano sistemático de repressão ilegal do Processo de Reorganização Nacional, o aparato organizado de poder especificamente ativado na Subzona 1.1, Área 114, correspondente ao centro de detenção El Vesubio. A Zona 1 encontrava-se sob a responsabilidade de Guillermo Suárez Mason, comandante do Primeiro Corpo do Exército que faleceu no curso do processo, sendo que a Subzona 1.1 era controlada por Héctor Gamen e a Área 114 por Hugo Pascarelli. Tendo em vista que a instrução processual comprovou que os escalões intermediários possuíam amplo poder decisório na condução da ofensiva contra a subversão, estava caracterizada uma verdadeira cadeia de mando.

Assim, o ex-general Gamen e o ex-coronel Pascarelli foram responsabilizados pelos fatos por eles determinados através da estrutura de poder como coautores mediatos em virtude do domínio da organização. Já os agentes do Serviço Penitenciário Federal, que executaram de forma conjunta e direta os delitos, foram imputados como coautores porquanto detinham o domínio funcional e sucessivo dos fatos.

Destaque-se que a sentença do Tribunal Oral Federal n. 4 da Capital utilizou a teoria do domínio da organização em sua acepção revisada por Roxin. Desse modo, além dos três requisitos já invocados na decisão proferida pela Câmara Nacional de Apelações Criminais e

³¹² Cf. <<http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2008/07/03/sucesos/SUCE-06.html>> Acesso em 20 jul. 2011.

³¹³ As “leis do perdão” consistiram na Lei do Ponto Final (Lei n. 23.492/86) e na Lei da Obediência Devida (Lei n. 23.521/87). Cf. <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL713138-5602,00.html>> e <http://es.wikinews.org/wiki/Inconstitucionales_leyes_de_amnist%C3%ADa_y_perd%C3%B3n_en_Argentina> Acesso em 20 jul. 2011.

³¹⁴ Cf. <<http://www.cij.gov.ar/nota-7829-Lesa-humanidad--difundieron-la-sentencia-que-condeno-a-siete-acusados-por-crimes-cometidos-en-El-Vesubio.html>> Acesso em 10 set. 2011.

Correcionais da Capital Federal em 1985, no caso da Junta Militar da Argentina, fez-se alusão, também, à disposição consideravelmente elevada dos executores diretos. *In verbis*:

Recapitulando, se identifican los siguientes elementos que Roxin considera necesarios para que un individuo reúna la categoría de autor mediato dentro los parámetros que venimos indicando: a) la existencia de un aparato organizado de poder, configurado verticalmente, por el cual descienda sin interferencias una orden desde los estratos altos y que a su vez el sujeto que la recibe posea dentro del estamento un poder de mando; b) que esta estructura de poder funcione por fuera del orden jurídico; y c) la intercambiabilidad o fungibilidad del ejecutor.

Años más tarde, Roxin agregó un elemento más consistente en “la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor”. Con esto quiere decir que este agente tiene una posición distinta a un autor individual que se desenvuelve por sí mismo; concretamente se encuentra más dispuesto al hecho por su pertenencia a la organización.

[...]

En definitiva, y como se describió al analizar sus respectivas responsabilidades, Pascarelli y Gamen realizaron concretos aportes para la comisión de los delitos que se le imputan, el primero como Jefe del Área 114 y el segundo desplegando roles activos de particular relevancia en las operaciones de inteligencia desplegados desde la Subzona 1.1.

Por todo ello, Gamen y Pascarelli deben responder bajo el carácter de coautores mediatos (artículo 45 C.P.).³¹⁵

Ante todo o exposto, conclui-se que a jurisprudência argentina, a despeito de alguns precedentes em sentido contrário, acolheu a figura da autoria de escritório nos casos de crimes cometidos através do aparato militar direcionado à luta contra a subversão, embora sem uniformidade em relação aos seus pressupostos.

3.3 Alemanha

Na Alemanha, a teoria do domínio da organização recebeu guarida pelo Superior Tribunal Federal Alemão (BGH), primeiramente, no caso do Rei dos Gatos, ainda que como argumento *obiter dictum*. No julgamento em tela, proferido em 15 de setembro de 1988, a Corte identificou que há autoria mediata quando o homem de trás influencia de modo determinante o intermediário a, em erro de proibição vencível, praticar um fato criminoso. Dessa forma, reconheceu a figura do autor atrás do autor, assim como ocorre na autoria mediata em virtude do domínio da organização.

No caso, foi constatado que Barbara H e Peter P viviam com Michael R. Aqueles, com intuito jocoso e se aproveitando do fato de que R era uma pessoa bastante influenciável, fizeram-lhe acreditar na supersticiosa existência de um Rei dos Gatos, que seria a encarnação do mal. Todavia, quando Barbara H descobriu que seu ex-noivo, U do N, se casara com N, ela, juntamente com Peter P, influenciou R a matar a rival. Assim, H e P, utilizando-se das

³¹⁵ Sentença do Tribunal Oral Federal n. 4 da Capital de 14/07/2011. Causa n. 1487, p. 1140-1142.

crenças de R, o persuadiram de que o Rei dos Gatos lhe exigira o sacrifício de N, sob pena de ser condenado eternamente e de causar a morte de milhões de pessoas. Cedendo à pressão psicológica, Michael R, em 30 de julho de 1986, desferiu várias punhaladas na vítima, a qual, não obstante os ferimentos, conseguiu sobreviver.

Proposta ação penal contra Barbara H, Peter P e Michael R, o Tribunal Regional de Bochum os condenou como autores do delito de homicídio na modalidade tentada, indicando que aqueles praticaram o crime por meio de R, conforme prevê o § 25, I, do Código Penal Alemão³¹⁶. Na sentença, foi fixada pena de prisão perpétua a H e P, e pena privativa de liberdade de 9 anos a R, a quem, ademais, foi imposta medida de internação.

Interposto recurso defensivo, o BGH ratificou a condenação de todos os acusados a título de autores pelo crime praticado, assentando a possibilidade de configuração da autoria mediata quando o homem da frente atua culpavelmente, *in casu*, em erro vencível de proibição (§ 17 do StGB³¹⁷) provocado por H e P. Contrapondo-se ao entendimento já sedimentado pela jurisprudência pátria nos casos clássicos de autoria mediata, então, o BGH admitiu de forma expressa a figura da autoria atrás do autor. Em síntese, reconheceu-se a ocorrência da autoria mediata quando a pessoa interposta pratica um crime em estado de erro de proibição vencível suscitado pelo homem de trás, conquanto que evidenciado que este detinha o domínio do fato, o que “depende em el caso particular de la forma y extensión del error y de la intensidad del influjo del hombre de atrás”³¹⁸.

Ainda de acordo com o Tribunal alemão, “que podría haber tenido el conocimiento del que no dispuso en el caso concreto, no tiene que cambiar nada respecto del dominio del hecho del hombre de tras que simula la permisión”³¹⁹. Logo, foi afastada a aplicabilidade do princípio da responsabilidade como critério distintivo entre a autoria mediata e a participação nas hipóteses de erro, conforme já propugnava Roxin³²⁰. Cabana, sem embargo, ressalva que

³¹⁶ § 25: “Täterschaft. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht”. Tradução livre: § 25: Autoria. (1) Qualquer pessoa que cometer crime por si mesma ou por meio de terceiro deve ser responsável como autor.

³¹⁷ § 17: “Verbotsirrtum. Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden”. Tradução livre: § 17: Erro de direito. Se, no momento da comissão do delito, o sujeito não estiver ciente de que está agindo ilegalmente, deve ser julgado por ter agido sem culpa se o erro foi inevitável. Se o erro foi evitável, a sentença deve ser mitigada conforme a seção 49 (1).

³¹⁸ BGHSt 35, 347 publicada em *NStZ* 1989, p. 177, *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 52.

³¹⁹ *Ibid.* p. 51.

³²⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 717-721. É oportuno salientar que, para o penalista, a caracterização da figura do autor atrás do autor quando o executor imediato do delito incorre em erro de proibição evitável provocado ou aproveitado pelo “homem de trás” exige que o equívoco incida sobre a antijuridicidade material, e não formal, da conduta.

subsistiu a questão sobre se referida construção também seria viável quando o homem de trás tenha somente se valido de erro preexistente do intermediário³²¹.

Outrossim, no bojo da decisão judicial ora em comento, o BGH invocou, como argumento marginal de reforço da viabilidade da autoria atrás do autor, a teoria do domínio da organização. Claus Roxin, em sua obra “*Täterschaft und Tatherrschaft*”, registrou os termos empregados pelo Superior Tribunal Federal Alemão:

Que con auxilio del principio de responsabilidad por sí solo no siempre es posible un trazado nítido de límites lo admiten hasta los representantes de esta teoría, al reconocer la figura del ‘autor de detrás del autor’ en los casos de delitos organizados a través de maquinarias de poder, sin tener en cuenta la plena responsabilidad del agente.³²²

Convém consignar que Cabana aponta a fragilidade de tal argumentação, uma vez que parte dos defensores da teoria da autoria mediata em virtude de estruturas organizadas de poder assevera que a mesma, pela sua excepcionalidade, não afasta a vigência do princípio da responsabilidade³²³. De toda forma, é certo que, passados 25 anos de sua formulação, a teoria do domínio da organização foi reconhecida, pela primeira vez, na jurisprudência alemã, no caso do Rei dos Gatos. Em que pese o BGH o tenha feito como mero argumento periférico, inclusive de validade questionável, a decisão judicial em questão foi a precursora da posterior consagração jurisprudencial da teoria na qualidade de *ratio decidendi*.

Finalmente, em acórdão prolatado em 26/07/1994, o BGH, através de sua 5ª Turma, utilizou a teoria do domínio da organização como fundamento jurídico para a condenação de três membros do Conselho Nacional de Defesa da extinta República Democrática da Alemanha como autores mediatos do homicídio de sete cidadãos que tentavam fugir do país para a República Federal da Alemanha entre os anos de 1971 e 1989. Considerando que aqueles três superiores hierárquicos, Heinz Kessler, Fritz Streletz e Hans Albrecht, eram dirigentes da estrutura organizada de poder de funcionamento automático, e por meio desta ordenaram que os atiradores situados sobre o Muro de Berlim matassem os fugitivos da RDA, a teoria roxiniana foi invocada como *ratio decidendi* para a sua condenação, sem prejuízo da responsabilidade penal dos guardas da fronteira³²⁴. Por conseguinte, o caso das mortes no Muro de Berlim foi paradigmático para a efetiva consagração da teoria do domínio da organização como modalidade de autoria mediata pelo Superior Tribunal Federal Alemão.

Em primeira instância, registre-se, o Tribunal Regional de Berlim havia condenado aqueles três membros do Conselho Nacional de Defesa como partícipes dos homicídios

³²¹ CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 59.

³²² BGHSt, 35, p. 353, *apud* ROXIN, Claus. Op. cit. p. 647.

³²³ CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 58.

³²⁴ Ainda antes do julgamento do caso em tela, o BGH já havia condenado soldados de fronteira pelos homicídios por eles diretamente cometidos.

praticados contra os cidadãos fugitivos³²⁵. Conforme reconheceu o órgão jurisdicional *a quo*, o Conselho Nacional de Defesa era responsável pela direção das medidas de defesa e segurança da Alemanha Oriental, de modo que as ordens anuais do Ministro da Defesa Nacional no sentido de que os guardas da fronteira utilizassem armas de fogo letais contra os fugitivos possuíam arrimo nas deliberações do Conselho. O Tribunal Regional, a despeito disso, não condenou os superiores hierárquicos como autores mediatos em virtude do domínio da organização, mas apenas como partícipes, sob o fundamento de que a RDA não seria um Estado totalitário como a ditadura de Hitler e de que os réus não deteriam o domínio do fato criminoso.

A sentença de primeiro grau, contudo, foi reformada pelo BGH, que estabeleceu a condenação de Kessler, Streletz e Albrecht na qualidade de autores mediatos dos delitos de homicídio com esteio nos §§ 212 e 25 do StGB³²⁶. Primeiramente, rejeitou-se a alegação defensiva no sentido de que os réus seriam meros subordinados de Honecker, Presidente do Conselho Nacional de Defesa, evidenciando a importância da posição ocupada por cada um na organização hierárquica militar. Ademais, a Corte observou que o § 25, I, do StGB, estaria aberto à figura da autoria atrás do autor ao dispor que também é autor aquele que pratica crime por intermédio de outrem e, uma vez identificado o domínio da vontade em virtude do domínio da organização no caso, aplicou a teoria roxiniana³²⁷.

Insta ressaltar que o *decisum* do Superior Tribunal Federal alemão se afastou profundamente da formulação delineada pelo idealizador da autoria de escritório. Com efeito, foram acrescentados dois novos requisitos, fundamentando-se o domínio da organização também no fato de o homem de trás desejar o resultado como corolário do seu próprio agir e na disposição incondicionada do executor direto em relação ao fato. Então, assentadas tais premissas, o tribunal concluiu que seria possível a extensão da aplicabilidade da teoria até

³²⁵ Anote-se que Kessler, Streletz e Honecker, este último Presidente do Conselho Nacional de Defesa desde 1971, foram considerados pelo Tribunal Regional indutores do homicídio, ao passo que Albrecht foi imputado como cúmplice de Honecker porque a decisão de praticar o delito já estava tomada. Convém registrar que o processo foi suspenso ainda na primeira instância em relação aos réus Honecker, Stoph e Mielke por razões de saúde.

³²⁶ § 212: “Totschlag (1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft. (2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen”. Tradução livre: § 212: Homicídio (1) Qualquer que matar uma pessoa sem ser um homicida de acordo com a seção 211 deve ser condenado por homicídio e se sujeitar à prisão por não menos que cinco anos. (2) Em casos especialmente sérios, a pena deve ser a prisão perpétua.

§ 25: “Täterschaft. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)”. Tradução livre: § 25: Autoria. (1) Qualquer pessoa que cometer crime por si mesma ou por meio de terceiro deve ser responsável como autor. (2) Se mais de uma pessoa cometer o crime conjuntamente, cada uma deve ser imputada como autor (coautores).

Cabe registrar que o Superior Tribunal Federal Alemão, assim como o Tribunal de primeira instância, utilizou o StGB ao invés do DDR-StGB (Código Penal da RDA) por disciplinar o caso de modo mais favorável aos réus.

³²⁷ BGHSt, 40, p. 2706, *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 69.

mesmo a organizações não desvinculadas ao Direito, como as empresas. Nas palavras do tribunal:

hay casos en los que, pese a un intermediario que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. [...] Si en tales supuestos el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, y en especial aprovecha la disposición incondicionada del ejecutor inmediato para realizar el tipo, y el hombre de atrás quiere el resultado como consecuencia de su propia actuación, entonces es autor en la forma de autoría mediata. Él posee el dominio del hecho. [...] También el problema de la responsabilidad en las empresas económicas puede solucionarse de esta forma.³²⁸

Outrossim, é interessante notar que o BGH afirmou a antijuridicidade da conduta dos atiradores do Muro de Berlim, e, portanto, dos membros do Conselho Nacional de Defesa, através da desconsideração da causa de justificação que os amparava. Isto é, de acordo com o § 27, II, da DDR-Grenzgesetz (Lei de Fronteira da RDA)³²⁹, o emprego sem excesso de arma de fogo contra os fugitivos estaria justificado pelo ordenamento positivo alemão, vez que a violação ilegal da fronteira da RDA constituía um fato típico (§ 213 da DDR-StGB). Sem embargo, o BGH asseverou que tal causa de justificação, ao privilegiar o impedimento de fuga em detrimento da vida, seria inválida por consubstanciar violação a princípios jurídicos superiores integrantes do Direito suprapositivo, invocando, para tanto, a fórmula de Radbruch³³⁰. Logo, a a conduta dos agentes poderia ser considerada criminosa, sem prejuízo do art. 103, II, da Constituição Federal da Alemanha (GG – *Grundgesetz*)³³¹, o qual prevê a irretroatividade da norma penal.

A condenação dos três membros do Conselho Nacional de Defesa, a título de autores mediatos pelos delitos por eles determinados através do aparato estatal, foi confirmada pelo

³²⁸ BGHSt, 40, p. 2706, *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 71.

³²⁹ § 27: “Anwendung von Schußwaffen (2) Die Anwendung der Schußwaffe ist gerechtfertigt, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt. Sie ist auch gerechtfertigt zur Ergreifung von Personen, die eines Verbrechens dringend verdächtig sind”. Tradução livre: § 27: Uso de armas de fogo (2) O emprego de armas de fogo é justificado para evitar a iminente execução ou a continuação de um delito que, de acordo com as circunstâncias, possa ser considerado um delito grave. Também é justificado para a captura de pessoas fortemente suspeitas da prática de um delito grave.

³³⁰ No sentido de admitir o emprego da Fórmula de Radbruch para suprimir causas de justificação de um regime injusto, ver ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. Tradução de José Antonio Seoane. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2001, p. 94-95. Porém, especificamente no caso dos atiradores do Muro de Berlim, o autor manifesta concordância com o resultado da sentença do Tribunal Constitucional Federal, mas critica a sua fundamentação por padecer de indeterminação e falta de clareza; v. ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Tradução de Daniel Oliver-Lalana. *Doxa*, 23, 2000, p. 197-225. Por outro giro, parte da doutrina se insurge contra a Fórmula de Radbruch, especialmente quando utilizada em relação aos atos do regime do Partido Unitário Socialista; v. AMBOS, Kai. Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro. Tradução de Claudia López. *Criminalia*, v. 68, n. 2, 2002, p. 26-28. Nessa esteira, v. JAKOBS, Günther. Crímenes del Estado – ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana? *Doxa*, 17-18, 1995, p. 445-467, discordando que a fórmula de Radbruch, ao retirar a validade da causa de justificação, tenha o condão de ressuscitar a validade do tipo penal e, então, concluindo que os casos de direito estatal injusto não devem ser solucionados através do Direito Penal, mas sim da revolução.

³³¹ Art. 103: “(2) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”. Tradução livre: art. 103: (2) Um ato só pode ser punido quando a lei penal já estiver em vigor antes do seu cometimento.

Tribunal Constitucional Federal (BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*) no ano de 1997. Segundo o *decisum*, embora absoluta a proteção à confiança abarcada pela regra constitucional da irretroatividade da lei penal, ela deveria ser afastada no caso em julgamento, dada a sua excepcionalidade³³².

Irresignados com a sentença proferida pelo BGH e corroborada pelo BVerfG, os réus Kessler, Streletz e Albrecht peticionaram ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos³³³, alegando que as Cortes alemãs haviam infringido o art. 7º, § 1º, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais³³⁴, porquanto eles teriam sido responsabilizados por atos que não constituíam crime ao tempo em que praticados, de acordo com o Direito Nacional e Internacional. Sustentaram o peticionantes, ainda, que os Tribunais alemães violaram o disposto nos arts. 1º e 2º, § 2º, da Convenção³³⁵.

As alegações dos peticionantes, no entanto, não foram acolhidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos³³⁶. Os julgadores, em sentença proferida em 22/03/2001, entenderam que, à luz do Direito pátrio da RDA, o delito de violação ilegal da fronteira não era classificado como grave, nos termos do art. 213, § 3º, do DDR-StGB, motivo pelo qual os homicídios perpetrados contra os fugitivos não estavam amparados pelos §§ 17, II, do VoPoG (Lei da Polícia Popular) e 27, II, da DDR-Grenzgesetz. Ademais, evidenciou-se que o ato em questão representou afronta aos direitos fundamentais à vida, dignidade e liberdade da pessoa humana, previstos na Constituição da RDA. Os julgadores, inclusive, asseveraram que as práticas estatais atentatórias aos direitos humanos não merecem a proteção do art. 7º, § 1º, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, tendo os

³³² Vale transcrever parcela da decisão do BVerfG, traduzida para o inglês: “In this wholly exceptional situation, the requirement of objective justice, which also embraces the need to respect the human rights recognised by the international community, makes it impossible for a court to accept such justifications. Absolute protection of the trust placed in the guarantee given by Article 103 § 2 of the Basic Law must yield precedence, otherwise the administration of criminal justice in the Federal Republic would be at variance with its rule-of-law premisses [*rechtsstaatliche Prämissen*]. A citizen now subject to the criminal jurisdiction of the Federal Republic is barred from relying on such grounds of justification; in all other respects the principle of trust continues to apply, every citizen enjoying the guarantee that if he is convicted it will be on the basis of the law applicable to him at the time when the offence was committed.”

³³³ Petições n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98.

³³⁴ Art. 7º, § 1º: “No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.”

³³⁵ Art. 1º: “The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”

Art. 2º, § 2º: “Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary: *a* in defence of any person from unlawful violence; *b* in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; *c* in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.”

³³⁶ Cf. <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Streletz&sessionid=37420510&skin=hudoc-en>> Acesso em 20 jul. 2011.

peticionantes criado, tão-somente, uma aparência de legalidade na antiga Alemanha Oriental.³³⁷

Da mesma maneira, à vista do Direito Internacional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assentou que os homicídios praticados contra os cidadãos fugitivos da RDA constituíam crime ao tempo de seu cometimento. Primeiramente, em decorrência de importar em violação ao direito à vida, consagrado em diversos pactos internacionais e, em especial, no art. 2º, § 1º, da Convenção supramencionada³³⁸. Os julgadores avaliaram que, *in casu*, o uso da força não era absolutamente necessário, sendo inaplicável o art. 2º, § 2º, da Convenção. Além disso, os atos dos peticionantes teriam ido de encontro à liberdade de ir e vir, enunciada no art. 2º, § 2º, do Protocolo n. 4 à Convenção, e no art. 12, § 2º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³³⁹, direito este que só comportaria as restrições legalmente previstas e atinentes à segurança nacional, ordem pública, saúde pública, moral ou direitos e liberdades de terceiros. Para o tribunal, todavia, as mencionadas ressalvas eram inaplicáveis ao caso do homicídio dos fugitivos. Ante o exposto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos concluiu não terem sido desrespeitados os arts. 7º, § 1º, e 2º, § 2º, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais pelas Cortes alemães.

A Corte Internacional afastou, ainda, a alegação defensiva da ocorrência de tratamento discriminatório consistente em negar o princípio da irretroatividade da lei penal aos ex-cidadãos da RDA. Conforme decidido, o art. 1º da Convenção deve ser examinado em conjunto com os arts. 7º e 14 e o Tribunal alemão teria utilizado princípios de aplicação geral e isonômica a todos os cidadãos germânicos.

³³⁷ *In verbis*: “It is true that section 17(2) of the People’s Police Act and section 27(2) of the State Borders Act justified the use of firearms “to prevent the imminent commission or continuation of an offence which appears in the circumstances to constitute a serious crime” or “in order to arrest a person strongly suspected of having committed a serious crime”. The term “serious crime” was defined in Article 213 § 3 of the StGB-DDR, which listed the cases in which the offence of illegal border-crossing was considered to be serious, which included those where it “endanger[ed] human life or health”, where it was “committed through the use of firearms or by dangerous means or methods”, where it was “committed with particular intensity”, or where it was “committed jointly with others”. [...] These provisions, which therefore expressly included the principle of proportionality and the principle that human life must be preserved, should also be read in the light of the principles enshrined in the Constitution of the GDR itself. [...] In the present case the German courts convicted the applicants on account of their responsibility for the deaths of a number of persons who had attempted to cross the border between the two German States, often with very rudimentary equipment such as ladders. They were mostly very young (the youngest was 18 and four of the others were only 20), they were unarmed, they did not represent a threat to anyone and their one aim was to leave the GDR, as it was almost impossible at that time for ordinary citizens, apart from pensioners and a few privileged persons, to leave the GDR legally (see the provisions on the issue of passports and visas in the GDR – paragraph 39 above). Their attempts to cross the border, although prohibited by GDR law, could not therefore be classified as serious crimes since none of the cases fell into the category of serious offences as defined in Article 213 § 3 of the GDR’s Criminal Code. [...] The Court, accordingly, takes the view that the applicants, who, as leaders of the GDR, had created the appearance of legality emanating from the GDR’s legal system but then implemented or continued a practice which flagrantly disregarded the very principles of that system, cannot plead the protection of Article 7 § 1 of the Convention.”

³³⁸ Art. 2º, § 1º: “Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.”

³³⁹ Art. 2º, § 2º, do Protocolo, e art. 12, § 2º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “Everyone shall be free to leave any country, including his own.”

Em sentido diametralmente oposto ao decidido pelas Cortes Superiores alemães e pelo Tribunal Europeu, Kai Ambos³⁴⁰ explica que a doutrina germânica majoritária aduz que a desconsideração da causa de justificação enunciada no § 27, II, da DDR-Grenzgesetz, importa em desrespeito ao direito fundamental à irretroatividade da lei penal, previsto no art. 103, II, do GG. Logo, os guardas da fronteira só poderiam ser responsabilizados pelos eventuais excessos cometidos no emprego de arma de fogo contra os fugitivos. Já no tocante aos membros do Conselho Nacional de Defesa, o penalista pondera que devem ser considerados os fins de proteção da proibição à retroatividade penal, não merecendo acolhida uma causa de justificação criada pelos próprios agentes para garantir a sua impunidade. Assim, leciona que:

El concepto de protección de la confianza (en el que se fundamenta la prohibición de la retroactividad) puede jurídicamente pasar a un segundo plano en el caso de los autores mediatos; su confianza para la futura validez de una causa de justificación, posiblemente creada por ellos, no merece protección o menos protección –en razón de su ‘dominio del saber’ y de su influyente posición de poder– que la del autor material, por lo general ignorante (es decir, un simple soldado de frontera). [...] La prohibición de la retroactividad no existe para garantizar la perpetuación de la impunidad fáctica o normativa de aquéllos, quienes se crearon para si mismos las condiciones de esta impunidad.³⁴¹

Por seu turno, na doutrina, Claus Roxin manifestou concordância no tocante à condenação dos soldados da fronteira como autores imediatos porque teriam atuado em erro de proibição vencível, e dos membros do Conselho Nacional de Defesa na condição de autores mediatos por controlarem o aparato de poder³⁴². Consoante o penalista, as atividades praticadas pela Alemanha Oriental estavam dissociadas do Direito, requisito este que precisa ser valorado atualmente, e não de acordo com o sistema político então vigente. Em suas palavras, “los asesinatos en el Muro de Berlin fueron, por tanto, acciones desvinculadas del Derecho, aunque la Jefatura del Estado de la RDA debió de haber tenido otra opinión al respecto”³⁴³.

É notório que a tormentosa questão que envolve o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, notadamente em casos de violações a direitos humanos perpetradas no seio do aparato estatal dentro da legalidade formal, está intimamente ligada à temática proposta no trabalho por constituir um antecedente lógico da imputação penal. Porém, ante a complexidade da questão, nos cingiremos à exposição supra dos principais tópicos de discussão no caso das mortes no Muro de Berlim, a partir dos quais é possível extrair a

³⁴⁰ AMBOS, Kai. Op cit. p. 35-39.

³⁴¹ AMBOS, Kai. Op cit. p. 38.

³⁴² ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Tradução de Enrique Anarte Borrallo. *Revista Penal*, n. 2, 1998, p. 61. Saliente-se não ser caso de autoria atrás do autor pelo domínio do erro porque, conforme já aludido, o penalista só entende ser tal figura cabível quando o erro de proibição vencível da pessoa interposta incide sobre a antijuricidade material, e não meramente formal, da conduta.

³⁴³ Id. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 245.

conveniência dos esforços em se desenvolver um Direito Penal Internacional para atender à segurança jurídica.

Com efeito, conforme evidencia Japiassú³⁴⁴, foi a partir 2ª Guerra Mundial que o Direito Penal Internacional despontou como uma ciência unitária e autônoma, encontrando-se atualmente em elaboração seus princípios fundamentais e uma teoria geral. Nesse contexto, cabe salientar o desenvolvimento de sistemas globais de proibição e de uma jurisdição penal permanente. Consoante explica o doutrinador:

a grande missão do Direito Internacional Penal é criar as condições teóricas para o surgimento do Tribunal Penal Internacional e de um Código Penal Internacional, única forma de se evitar a continuação de violações de direitos fundamentais, como já ocorreu nos casos de Nuremberg e de Tóquio e, de certa maneira, mas em menor grau, nos Tribunais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda.³⁴⁵

Anote-se que as incursões a respeito do princípio da legalidade penal, em especial sobre a sua manifestação como *lex praevia*, não se mostraram necessárias nos casos julgados na Argentina, vez que os delitos ali praticados através do aparato militar se deram de forma clandestina. Ou seja, diversamente do que ocorreu no caso das mortes no Muro de Berlim, tais fatos constituíam crime à luz do ordenamento jurídico da época, ainda que perpetrados dentro da estrutura do Estado, motivo pelo qual a questão não foi ventilada.

Após essa breve excursão na seara da legalidade e retornando ao tema da imputação penal no caso das mortes no Muro de Berlim, é importante ressaltar, ainda, que a aprovação de Roxin quanto ao teor da sentença proferida pelo BGH não foi integral³⁴⁶. Com efeito, ele encetou críticas ao fato de ter o Superior Tribunal Federal acrescido dois requisitos à configuração da autoria mediata em função do domínio da organização, quais sejam, a disposição incondicionada do executor direto em realizar o tipo penal e o desejo do homem de trás em relação ao resultado como fruto de seu próprio agir. Ademais, o jurista alemão discordou de que a teoria por ele formulada poderia ser estendida à delinquência empresarial. Tais questões especificamente relacionadas aos requisitos configuradores da autoria de escritório serão objeto de análise pormenorizada posteriormente.

No momento, cabe, enfim, o registro de que, em julgamentos posteriores de fatos criminosos praticados no âmbito da antiga RDA, o BGH manteve a aplicação da teoria do domínio da organização, assim como em casos de criminalidade empresarial. Verifica-se,

³⁴⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 14-22.

³⁴⁵ *Ibid.* p. 21-22.

³⁴⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 655; *Id.* *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339-340.

desta feita, que a jurisprudência alemã se sedimentou no sentido do acolhimento da autoria de escritório, embora com contornos bastante distintos da concepção roxiniana.

3.4 Peru

Já no Peru, a teoria do domínio da organização foi aplicada pioneiramente pela jurisprudência no caso Abimael Guzmán. O imputado foi o fundador e dirigente máximo da guerrilha maoísta Sendero Luminoso, através da qual se deflagrou uma luta armada interna responsável pela prática de diversos atos de terrorismo, objetivando instaurar um regime comunista no país.

Em sentença proferida pela Sala Penal Nacional na data de 13/10/06³⁴⁷, restou comprovado que Abimael Guzmán, na qualidade de líder do Partido Comunista do Peru - Sendero Luminoso (PCP-SL), controlava a organização guerrilheira de estrutura rigidamente hierarquizada e determinava o cometimento de diversos crimes pelos executores diretos intercambiáveis. De acordo com a sentença peruana, “el dominio que ejercía en la organización, además de las órdenes directas o los planes generales, se complementaba en rigor con un control de las actividades de sus miembros, elemento indispensable para verificar la eficacia en el cumplimiento de las órdenes previamente fijadas”³⁴⁸.

Desta feita, foi condenado a título de autor mediato em virtude do domínio da organização pelos delitos de terrorismo agravado contra o Estado e de homicídio qualificado contra 69 habitantes de Lucanamarca e de locais fronteiriços, tendo-lhe sido imposta a pena de prisão perpétua. Cabe assinalar que os julgadores elidiram a alegação defensiva de que a teoria do domínio da organização não se aplicaria a organizações não estatais, tendo em vista que seu próprio criador, Claus Roxin, admite expressamente sua incidência nos casos de criminalidade organizada e de terrorismo, desde que satisfeitos os requisitos caracterizadores do domínio da organização. A Sala Penal Nacional condenou, ainda, outros integrantes da cúpula do PCP-SL por fatos delituosos por eles perpetrados através da organização terrorista.

É importante assinalar que a decisão judicial supramencionada assentou que o PCP-SL encontrava-se fora do âmbito da licitude por constituir uma organização terrorista, cuja

³⁴⁷ Cf. <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Peru/GuzmanReinoso_Decision_13-10-2006.pdf> Acesso em 15/08/11.

³⁴⁸ Sentença da Sala Penal Nacional de 13/10/2006. Expediente acumulado n. 560-03.

atividade essencial era praticar delitos “para de esta manera desestabilizar el orden social y político y ulteriormente conquistar el poder e instaurar su proyecto político”³⁴⁹. Outrossim, o Tribunal peruano evidenciou a forte hierarquia existente no aparato, sendo seus órgãos diretivos o Comitê Central, o Comitê Permanente e o Buró Político, todos presididos por Abimael, além de ter indicado que a organização guerrilheira dispunha de reserva suficiente de pessoas para executar as ordens emanadas pelos superiores, havendo fungibilidade dos homens da frente.

Destaque-se que, para efeito da caracterização de escritório, a Sala Penal Nacional salientou que a efetiva detenção do domínio pelo homem de trás radicaria no aproveitamento da predisposição do executor em atender aos seus comandos ilícitos. Consoante a Corte, “si cuando el encargado de llevar a cabo la orden se desiste otro le reemplaza y se asegura así el cumplimiento de la orden, es porque el reemplazante, al igual que la mayoría de los que componen el colectivo de ejecutores, están dispuestos a ejecutar la orden”³⁵⁰. A Sala Penal Nacional, então, esposou a corrente doutrinária minoritária que sustenta não ser a fungibilidade um pressuposto essencial do domínio, pois conferira, apenas, maior probabilidade de êxito da ordem delitiva.

Saliente-se que, não obstante a figura da autoria mediata somente tenha sido contemplada legalmente pelo art. 23 do Código Penal peruano de 1991³⁵¹, o qual entrou em vigor posteriormente à prática dos fatos criminosos, o Tribunal entendeu ser aplicável a teoria roxiniana ao presente caso. Para tanto, registrou que inexistente um conceito ontológico de autoria, mas apenas doutrinário, além do que a parte geral do Direito Penal não estaria integralmente positivada. O doutrinador peruano Iván Meini argumenta, também, que os dispositivos relacionados à autoria delitiva seriam meramente declaratórios, e não constitutivos³⁵². Logo, não teria ocorrido retroatividade gravosa da lei penal.

A condenação de Abimael Guzmán à prisão perpétua como autor mediato dos delitos de terrorismo agravado e de homicídio qualificado através da organização terrorista foi confirmada integralmente pela Segunda Sala Penal Transitória da Corte Suprema de Justiça, em 14/12/2007³⁵³. A Corte, a fim de afastar a tese defensiva da inaplicabilidade da teoria do domínio da organização ao caso, estabeleceu que a redação do antigo art. 100 do Código

³⁴⁹ Loc. cit.

³⁵⁰ Loc. cit.

³⁵¹ Art. 23: Autoría, autoría mediata y coautoría. El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

³⁵² MEINI, Iván. Comentario a la sentencia de la Sala Penal Nacional. La autoría mediata de Abimael Guzmán. *Memoria, Revista sobre cultura, democracia y derechos humanos*, Idehpucp, n° 1, 2007, p. 58.

³⁵³ Cf. <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/salassupremas/SPT2/documentos/RN_5385-2006_2DA_SPT_160108.pdf> Acesso em 15/08/11.

Penal peruano de 1924³⁵⁴ não excluía qualquer modalidade de autoria, inclusive a indireta, pelo que não haveria retroatividade gravosa. Além disso, reiterou a viabilidade do domínio do fato através do domínio da organização no seio de aparatos não estatais, conquanto que observados os requisitos para a sua configuração.

Insta salientar que a Corte Suprema de Justiça, ao contrário da Sala Penal Nacional, não apontou a predisposição do executor direto em praticar os fatos criminosos como fundamental para a caracterização do domínio da organização. Então, o órgão julgador *ad quem*, por maioria, reputando satisfeitos os três requisitos originalmente elencados por Roxin, manteve a condenação de Abimael como autor mediato dos delitos mencionados.

Como ressalva, o vogal Javier Villa Stein, isoladamente, sustentou a responsabilização de Abimael Guzmán a título de coautor, e não de autor mediato, uma vez que a contribuição dos subordinados ao fato não seria mecânica e impessoal, mas estaria caracterizada uma divisão de trabalho. Para Villa Stein, tratando-se a guerrilha de uma comunidade vinculada pelos fins perseguidos pelos seus integrantes, o domínio do fato seria conjunto. Assim, de acordo com o julgador vencido, “la coautoría en el presente caso es objetiva tanto por la comunidad de objetivos del autor principal Abimael Guzmán, líder máximo de la organización terrorista, con sus integrantes, como por la distribución vertical, compartimentada y específica de las funciones y tareas para la ejecución de actos terroristas concretos”³⁵⁵.

A despeito desse posicionamento isolado, a decisão condenatória em tela, prolatada em 14/12/2007 e fundamentada no domínio da organização, foi confirmada, definitivamente, pela Corte Suprema de Justiça em 03/01/2008³⁵⁶. Já em setembro de 2008, alegando violação de direitos, Abimael Guzmán requereu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a anulação do seu julgamento no Peru, ocorrido em 2006. Tal requerimento encontra-se, atualmente, em processamento³⁵⁷.

Outrossim, tem-se que a teoria roxiniana também foi aplicada, no Peru, ao caso La Cantuta. Destarte, o ex-chefe do Serviço de Inteligência Nacional (SIN), Julio Rolando Salazar Monroe, foi condenado pela Primeira Sala Penal Especial da Corte Superior de Justiça de Lima, em 08/04/08, como autor mediato dos delitos de homicídio qualificado e de

³⁵⁴ Art. 100: “... los que tomaren parte en la ejecución del hecho punible”.

³⁵⁵ Sentença da Corte Suprema de Justiça de 14/12/07. R.N. n. 5385-2006

³⁵⁶ Cf. <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL246329-5602,00-CHEFE+DO+SENDERO+LUMINOSO+TEM+PRISAO+PERPETUA+CONFIRMADA.html>> Acesso em 15/08/11.

³⁵⁷ Cf. <<http://peru21.pe/noticia/224546/abimael-guzman-pide-ante-cidh-que-se-anule-su-juicio>> Acesso em 15/08/11.

desaparecimento forçado de pessoas, sem prejuízo da responsabilização dos executores materiais³⁵⁸.

Durante o governo Fujimori, na data de 18/07/92, um professor e nove estudantes da Universidade La Cantuta foram sequestrados e, então, desapareceram, numa operação realizada pelo Exército, através do denominado “Destacamento Colina”. Tal operação militar foi planejada por Salazar, na qualidade de chefe do SIN.

De acordo com a Corte, o SIN consistia num aparato hierarquizado de poder, cujo principal escopo era eliminar os subversivos ao regime, o que estava em conformidade com a política estatal do governo Fujimori. Essa estrutura era controlada por Salazar, o qual planejava as operações militares, detendo, desse modo, o domínio da organização. Ante o contexto exposto, o ex-chefe do SIN foi responsabilizado como autor mediato através do aparato organizado de poder pelo assim conhecido massacre de La Cantuta.

Consoante explanado pelo Tribunal peruano,

[...] los hechos de La Cantuta se perpetraron bajo el ‘esquema’ de un aparato de poder jerárquicamente organizado, dentro del cual al acusado Salazar Monroe se le ubica en su cúspide (“cúpula”) planificando la eliminación de elementos terroristas, como objetivo de la política antisubversiva del gobierno de turno, y se precisa que dicha estructura organizada de poder se maneja desde las esferas superiores del SIN – del cual Salazar Montore era su jefe-, y del Ejército, bajo un comando *de facto* paralelo al formal.³⁵⁹

Posteriormente, em sentença prolatada em 2009 pela Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça, o ex-presidente Fujimori também foi condenado a título de autor mediato em virtude do domínio da organização pelo massacre de La Cantuta, consoante restará detalhado.

Conforme é sabido, Alberto Fujimori exerceu a presidência do Peru desde o ano de 1990 até 2000. Tendo em vista as ameaças guerrilheiras das organizações Sendero Luminoso e Túpac Amaru, o governo encetou uma política antisubversiva, por meio da qual foram cometidos diversos crimes. Diante da descoberta de irregularidades no governo, o ex-presidente fugiu para o Japão. No ano de 2005, porém, Fujimori foi detido pelo Chile e, então, extraditado ao Peru em 2007, onde foi preso.

Em 07/04/09, a Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça condenou o ex-presidente do Peru como autor mediato dos delitos de homicídio qualificado e de lesões corporais graves contra um total de 29 pessoas, referentes aos casos Barrios Altos e La Cantuta, e do crime de sequestro agravado no caso Sótanos SIE³⁶⁰. A Sala, em pormenorizada exposição acerca da teoria do domínio da organização, indicou como seus requisitos o poder

³⁵⁸ Cf. <<http://www.aprodeh.org.pe/documentos/sentenciacantuta.pdf>> Acesso em 15/08/11.

³⁵⁹ Sentença da Corte Superior de Justiça de Lima de 08/04/08. Expediente n. 03-2003-1° SPE/CSJLI.

³⁶⁰ Cf. <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo=10409&opcion=detalle_noticia> Acesso em 15/08/11.

de mando do superior, a desvinculação da organização em relação ao ordenamento jurídico, a fungibilidade do executor direto e a elevada disponibilidade deste para o fato, posicionando-se na esteira das lições revisadas de Roxin³⁶¹.

Assim, no bojo da decisão condenatória proferida nos casos Barrios Altos, La Cantuta e Sótanos SIE, constatou-se que Alberto Fujimori, ocupando o cargo mais alto do Estado peruano, exerceu poder de mando na condução da política de enfrentamento da subversão. A diretriz conferida pelo dirigente do aparato de poder consistia na eliminação dos suspeitos de terrorismo e das bases de apoio, o que acarretou diversas violações aos direitos humanos, apartando-se a organização estatal do Direito Nacional e Internacional.

O Tribunal identificou, ainda, nos casos *sub judice*, a substitutibilidade e a disposição ao fato dos executores materiais dos delitos. Restou evidenciado, por conseguinte, o automatismo da organização criminosa estatal, controlada por Fujimori, sendo este o autor mediato dos delitos de homicídio qualificado, lesões corporais graves e sequestro agravado por ele determinados, vez que detinha o domínio do fato por meio do domínio da organização.

Nesse ínterim, é válido transcrever parcela da sentença judicial ora em apreço:

6. Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente.

7. Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales.

[...]

746°. Ahora bien, la actividad y operaciones delictivas de Barrios Altos y La Cantuta, y en los sótanos del SIE, realizadas por el aparato de poder organizado que construyó y dinamizó el acusado desde el SINA, cuyo núcleo executor básico en el ámbito del control de las organizaciones subversivas terroristas fue el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, constituyeron una expresión de criminalidad estatal contra los derechos humanos con evidente apartamiento e infracción continua del derecho nacional e internacional.³⁶²

Ante o exposto, verifica-se que a posição da Sala Penal Especial no caso Fujimori se afastou dos entendimentos já adotados pela Sala Penal Nacional e pela Segunda Sala Penal Transitória da Corte Suprema de Justiça no caso Abimael Guzmán. Reitere-se que a Sala Penal Nacional, naquela oportunidade, asseverou que o domínio da vontade em virtude do domínio da organização se fundamentaria no aproveitamento da predisposição do executor em cumprir as ordens ilícitas, uma vez que a fungibilidade tão-somente elevaria a probabilidade de êxito. Já a Segunda Sala Penal Transitória da Corte Suprema de Justiça se cingiu a apontar

³⁶¹ V. ROXIN, Claus. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 91, jul./ago. 2011, p. 13.

³⁶² Sentença da Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça de 07/04/09. Expediente n. A.V. 19-2001.

os requisitos originariamente elaborados por Roxin. Resta cristalina, desta feita, a intensa divergência existente a respeito dos pressupostos da autoria de escritório, inclusive no seio da jurisprudência de um mesmo país.

3.5 Chile

No Chile, a teoria do domínio da organização foi utilizada como fundamento para a instauração de processo criminal contra Augusto Pinochet no caso “Caravana da Morte”. Pinochet foi acusado como autor mediato porquanto teria ordenado, logo após o golpe de Estado de 1973, na qualidade de chefe da Junta de Governo do Chile, a prática de diversos homicídios e sequestros, perpetrados diretamente pelo esquadrão militar conhecido como Caravana da Morte.³⁶³ Os termos da acusação formulada em face de Pinochet, todavia, não chegaram a ser apreciados por sentença judicial, visto que o ex-ditador faleceu no ano de 2006.

Já na data de 12/11/1993, um Juízo de primeira instância chileno condenou o general José Manuel Contreras e o coronel Espinoza como coautores mediatos em virtude do domínio da organização, por terem determinado, dentro de uma cadeia de mando, o homicídio do Ministro de Assuntos Exteriores Orlando Letelier. Conforme constatado pelo *decisum*, Contreras, na qualidade de chefe da Direção de Inteligência Nacional (Dina) do governo Pinochet, ordenou o assassinato do Ministro, cabendo ao chefe de operações Espinoza a adoção das medidas necessárias para tanto. Então, Townley, agente de fato do aparato militar conhecido como Dina, levou a cabo o comando proferido, com a execução material do homicídio de Letelier.³⁶⁴

Mais recentemente, em 21/09/2007, a Segunda Sala da Corte Suprema de Justiça do Chile acolheu o pedido de extradição do ex-presidente peruano Alberto Fujimori, reconhecendo a figura da autoria de escritório em relação aos casos Barrios Altos e La Cantuta³⁶⁵. De acordo com o tribunal, existiam, de fato, fortes indícios de que Fujimori concentrava todos os poderes do aparato estatal e detinha o comando superior sobre as Forças

³⁶³ Cf. <<http://www.bbc.co.uk/spanish/news/news010214pinochet.shtml>> e <<http://www.terra.cl/especial/pinochet-in/situacion4.cfm>> Acesso em 20 jul. 2011.

³⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; OLASOLO, Hector. Op. cit. p. 73-75.

³⁶⁵ Cf. <http://www.cdh.uchile.cl/anuario04/5-Seccion_Internacional/2-Lledo_Rodrigo/Fallo_Extradicion_Corte_Suprema.pdf> Acesso em 15 abr. 2012.

Armadas e Serviços de Inteligência, conduzindo a realização de operações contra os suspeitos de subversão e os inimigos ideológicos do regime. Então, uma vez evidenciado seu poder de mando dentro da estrutura organizada de poder, bem como a fungibilidade dos executores diretos, a Corte Suprema admitiu expressamente o cabimento da teoria roxiniana do domínio da organização. Vale transcrever um trecho da paradigmática decisão chilena:

Según Claus Roxin, junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. A este autor mediato le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará sin que se perjudique la realización del plan total. De lo anterior, podemos concluir que será de vital importancia en materia de autoría mediata, la existencia de una estructura organizada de poder, ello por cuanto un superior conservará el dominio de la acción usando para tales fines dicha estructura. De esta manera, es claro que el autor mediato será aquél que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá.³⁶⁶

Diante do exposto, constata-se que, também no Chile, a construção dogmática da autoria mediata em virtude de aparatos de poder vem recebendo guarida por parte da jurisprudência, notadamente nos moldes originalmente assentados por Claus Roxin.

3.6 Direito Penal Internacional

Conforme evidenciado, a teoria do domínio da organização vem sendo progressivamente acolhida pelos tribunais estrangeiros, notadamente da Argentina, Alemanha, Peru e Chile. Tal constatação, ainda que de forma mediata, já apresenta uma significativa importância no âmbito do Direito Penal Internacional. De fato, consoante explica Kai Ambos, “a judicatura nacional pode influir no desenvolvimento do direito penal internacional de um modo indireto, por meio da derivação, por meio do direito comparado, de princípios gerais do direito ou como fonte subsidiária do direito, conforme o art. 38 (1) (d) do ECIJ”³⁶⁷.

Contudo, paralelamente, a relevância do recente modelo proposto por Roxin também tem se intensificado diretamente no Direito Penal Internacional, haja vista sua crescente adesão por parte da jurisprudência supranacional. Com efeito, em tempos recentes, o Tribunal

³⁶⁶ Sentença da Segunda Sala da Corte Suprema de Justiça de 21/09/2007, n. 97.

³⁶⁷ AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D’Avila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008, p. 53. Título original: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*.

Penal Internacional (TPI) consagrou, de modo expresso, a aplicabilidade da teoria do domínio da organização em detrimento da doutrina da *joint criminal enterprise*, nos casos em que o dirigente da estrutura de poder de funcionamento automático determina o cometimento do delito por intermédio desta, controlando o fato criminoso. Assim, constata-se que a construção pretoriana, que até então se mostrava prevalecente no cenário internacional³⁶⁸, vem cedendo espaço diante da progressiva adesão à autoria de escritório.

Em 29/01/07, a Câmara de Pré-Julgamento I do TPI proferiu decisão de confirmação das acusações perpetradas contra Thomas Lubanga³⁶⁹, onde assentou que a autoria mediata em virtude do domínio da organização encontraria arrimo normativo no art. 25 (3) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o qual adotou a teoria do domínio do fato como critério delimitativo da autoria e participação delitivas. Nas palavras da Câmara:

The use of the phrase “regardless of whether that other person is criminally responsible” in article 25(3)(a) of the Statute militates in favour of the conclusion that this provision extends to the commission of a crime not only through an innocent agent (that is, through another person who is not criminally responsible), but also through another person who is fully criminally responsible.³⁷⁰

Um pouco depois, a Câmara de Pré-Julgamento III do TPI fez alusão, embora não expressamente, à teoria da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder em decisão sobre requerimento de prisão de Bemba Gombo³⁷¹. Naquela oportunidade, o tribunal entendeu que existiria lastro probatório mínimo no sentido de que o acusado detinha o domínio do fato criminoso em apreço em função da posição de autoridade que ocupava na organização militar MLC (Movimento de Libertação do Congo).

Ainda em relação ao caso Bemba, é importante destacar que a Câmara de Pré-Julgamento II, em decisão de confirmação das acusações contra o réu, seguiu o posicionamento adotado no caso Lubanga para assentar a consagração da teoria do domínio do fato pelo Estatuto do TPI³⁷². Outrossim, a Câmara de Pré-Julgamento I, nos casos Katanga³⁷³ e Omar³⁷⁴, invocou expressamente a teoria da autoria mediata em virtude do

³⁶⁸ V. tópico 2.2.1 da presente dissertação.

³⁶⁹ Caso ICC-01/04-01/06. Cf. < <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>> Acesso em 10/04/11.

³⁷⁰ Caso ICC-01/04-01/06, § 339. Tradução livre: O uso da expressão "independentemente de essa outra pessoa ser criminalmente responsável" no artigo 25 (3) (a) do Estatuto milita a favor da conclusão de que esta disposição se estende até o cometimento de um crime não apenas através de um agente inocente (isto é, através de outra pessoa que não é penalmente responsável), mas também através de outra pessoa que é totalmente responsável criminalmente.

³⁷¹ Caso ICC-01/05-01/08, julgado em 10/06/08, § 78. Cf. < <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc532280.pdf>> Acesso em 10/04/11.

³⁷² Caso ICC-01/05-01/08, julgado em 15/06/09. Cf. < <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>> Acesso em 10/04/11.

³⁷³ Caso ICC-01/04-01/07, julgado em 30/09/08. Cf. < <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>> Acesso em 10/04/11.

³⁷⁴ Caso ICC-02/05-01/09, julgado em 04/03/09. Cf. < <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639096.pdf>> Acesso em 10/04/11.

domínio da organização em detrimento da doutrina da *joint criminal enterprise*, para os casos de delitos praticados através de estruturas organizadas de poder.

Verifica-se, por conseguinte, que, na esteira da jurisprudência dos tribunais estrangeiros, o Tribunal Penal Internacional tem se pacificado no sentido da perfilhação da teoria objetivo-final, inclusive no que tange à figura da autoria de escritório como modalidade de domínio da vontade em virtude do domínio da organização. Assim, enquanto que, para a doutrina da *joint criminal enterprise*, o homem de trás e o executor direto seriam coautores com fulcro no elemento subjetivo, pela teoria do domínio da organização aquele seria autor mediato do delito, sem prejuízo da responsabilização penal do autor imediato.

Nesse contexto, é importante ressaltar que Kai Ambos também defende que a teoria do domínio do fato é a mais adequada para o Direito Penal Internacional. Contudo, admite a compatibilização daquela com a doutrina da empresa criminal conjunta, no afã de se fazer desnecessário o recurso à teoria subjetiva.³⁷⁵ Entendemos que a viabilidade de tal conciliação decorre do seu posicionamento de que apenas o agente que integra a cúpula do aparato de poder poderia ser autor mediato por exercer um domínio absoluto *por meio de e sobre* a organização, ao passo que os demais agentes seriam coautores delitivos, pois, ao se submeterem aos seus superiores, deteriam um domínio perturbado do fato *dentro* da organização em relação aos seus próprios subordinados, ou até mesmo meros partícipes³⁷⁶. Vale transcrever parcela das lições de Kai Ambos:

No caso de que não se apresentem os pressupostos do domínio por coação ou por organização – como se pressupõe –, leva-se em consideração só uma co-autoria ou uma instigação. Deste modo, não se abandona a diferença estrutural entre autoria mediata e co-autoria (imputação vertical *versus* horizontal) e a co-autoria não se degrada a “uma espécie de forma mísera da autoria mediata”, e, sim, leva-se em conta a circunstância de que por meio de um planejamento detalhado é possível um co-domínio da execução do ato.
[...]

Aquí, aqueles que tomaram parte no planejamento nem sempre poderão ser condenados como autores mediato em virtude do domínio da organização – pensando-se somente no caso *Eichmann* –, de modo que só uma responsabilidade em co-autoria compreende satisfatoriamente o conteúdo de injusto por eles realizado.³⁷⁷

No mesmo sentido, a Câmara de Apelação do ICTY, no caso Vasilejvic, julgado em 25/02/02, tratou da *joint criminal enterprise* como condizente com a teoria do domínio do

³⁷⁵ AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D’Avila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008, p. 205-211, 233 e 270.

³⁷⁶ *Ibid.* p. 222; Id. *Domínio por organización. Estado de la discusión*. Tradução de Ezequiel Malarino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 68, 2007, p. 90-96.

³⁷⁷ Id. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D’Avila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008, p. 222-223.

fato³⁷⁸. Destarte, a despeito de não ter feito menção explícita ao domínio da organização, parece que o tribunal sufragou, em alguma medida, o raciocínio de Kai Ambos.

Por seu turno, Claus Roxin, em sua abordagem sobre o concurso de pessoas à luz da teoria objetivo-subjetiva, não cogita acerca da viabilidade da empresa criminal conjunta, porquanto entende que todos os agentes que detenham poder de mando autônomo dentro do aparato organizado poderiam ser imputados penalmente como autores mediatos, independentemente da posição hierárquica que ocupassem, ensejando uma cadeia de autores mediatos. Isto é, uma vez demonstrado que o agente, ainda que subordinado ao comando de superiores, possui o controle de uma parcela da organização, impulsionando-a automaticamente em função da fungibilidade dos seus subordinados, restaria caracterizado o domínio da vontade através do domínio da organização.³⁷⁹

Na esteira do pensamento de Roxin, cabe salientar que a Câmara de Apelação do ICTY, quando do julgamento do caso Stakic em 22/03/06, contrapôs a doutrina da *joint criminal enterprise* à teoria do domínio do fato³⁸⁰. Desta feita, parece que o ICTY, tal como afirma o TPI e em dissonância com a posição de Kai Ambos, tem identificado um enfoque subjetivo na empresa criminal conjunta, motivo pelo qual preferiu seguir a teoria objetivo-final, inclusive a figura da autoria de escritório.

Nesse contexto, cabe observar, ainda, que a Câmara de Pré-julgamento do ECCC, no caso Kaing, também abordou a construção pretoriana da empresa criminal conjunta como uma teoria subjetiva. A corte, sem embargo, não firmou posicionamento sobre a correção desse modo de imputação penal.³⁸¹

Ante todo o exposto, é possível concluir que a teoria roxiniana do domínio da organização vem adquirindo crescente importância no âmbito do Direito Penal Internacional, tanto de forma indireta, haja vista a jurisprudência dos tribunais estrangeiros, quanto direta, com a sua adoção pelo Tribunal Penal Internacional e outras cortes internacionais.

3.7 Síntese

³⁷⁸ Caso IT-98-32-A. Cf. <<http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/acjug/en/val-aj040225e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

³⁷⁹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 275-276; 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*, n. 9, 2002, p. 59-98; SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal ciencias penales*, v. 41, n. 2, 1998, p. 529-558.

³⁸⁰ Caso IT-97-24-A. Cf. <<http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

³⁸¹ Caso 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02), julgado em 05/12/08. Cf. <http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/courtDoc/198/D99_3_42_EN.pdf> Acesso em 10/04/11.

No presente capítulo, foram destacadas as principais experiências internacionais em que aplicada a teoria da autoria mediata em virtude de estruturas organizadas de poder. A maior parte delas concerne a delitos cometidos através de aparatos estatais, conforme ocorreu nas ditaduras latino-americanas. A teoria roxiniana, sem embargo, também já obteve aplicação judicial em relação a organizações não estatais, como nos crimes perpetrados por intermédio do grupo terrorista Sendero Luminoso. Vale salientar que os casos que versam sobre criminalidade empresarial, por razões metodológicas, serão abordados no capítulo seguinte.

Então, diante de todo o exposto, é possível afirmar que a jurisprudência de diversos países, como Argentina, Alemanha, Peru e Chile, reconhece o recente modelo do domínio da organização como o mais adequado para solucionar a questão da imputação penal na hipótese de trabalho. Tal orientação também vem adquirindo progressiva importância no âmbito do Direito Penal Internacional, até mesmo de forma direta, tendo em vista as recentes decisões do TPI sobre o assunto. Entende-se, destarte, que o superior hierárquico que, valendo-se do modo de funcionamento automático da estrutura de poder, determina a realização de um fato criminoso, cujo êxito está assegurado independentemente de sua contribuição durante a fase executiva, deve ser responsabilizado a título de autor mediato pelo domínio da organização, sem prejuízo da imputação penal do executor material como autor direto.

A adoção do modelo roxiniano, derivado do domínio do fato através do domínio da vontade, tem se verificado, ademais, em precedentes de outros países, como na Colômbia. Todavia, optou-se por não tratar especificamente desses casos porquanto a jurisprudência ainda se mostra bastante vacilante. Assim, conforme já indicado, há, na Colômbia e na Espanha, precedentes que seguem tanto o modelo da coautoria, quanto o da participação, para a solução da hipótese de trabalho, sendo que a jurisprudência espanhola tem se inclinado predominantemente no sentido da coautoria.

De todo modo, resta indubitável que a nóvel figura da autoria mediata através de aparatos de poder vem recebendo crescente adesão na jurisprudência estrangeira e internacional. Por outro lado, também ficou evidenciada a existência de profundas dissonâncias no tocante aos seus pressupostos caracterizadores. No último capítulo, portanto, tratar-se-á das principais discussões sobre cada requisito erigido como necessário para a configuração da autoria de escritório, no desiderato de estabelecer aqueles que se mostram, de fato, imprescindíveis para engendrar um efetivo domínio do fato por parte do dirigente da

estrutura organizada de poder, à luz dos vieses objetivo e subjetivo de um processo de imputação garantista.

4 REQUISITOS CONFIGURADORES DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO CONFORME UM PROCESSO DE IMPUTAÇÃO PENAL GARANTISTA

Conforme exposto ao longo do trabalho, Claus Roxin³⁸², em sua obra “*Täterschaft und Tatherrschaft*”, publicada no ano de 1963, apresentou, originalmente, como condições para a caracterização da autoria mediata em virtude do domínio da organização, a estruturação rigidamente hierarquizada do aparato organizativo, sua dissociação em relação ao Direito e a fungibilidade dos executores diretos do delito. Na esteira dessa concepção original, podemos destacar as decisões proferidas pela Câmara Nacional de Apelações da Argentina por ocasião do julgamento dos delitos cometidos pela antiga Junta Militar, pela Segunda Sala Penal Transitória da Corte Suprema de Justiça do Peru no caso Abimael Guzmán, pela Primeira Sala Penal Especial da Corte Superior de Justiça de Lima quando do julgamento dos crimes praticados por Salazar no caso La Cantuta, bem como pela Segunda Sala da Corte Suprema de Justiça do Chile ao acolher o pedido de extradição do ex-presidente peruano Alberto Fujimori nos casos Barrios Altos e La Cantuta.

O próprio Roxin, todavia, algumas décadas depois, realizou uma revisão dos requisitos configuradores do domínio da vontade através de aparatos de poder, em especial em uma conferência que pronunciou no encerramento de curso de Doutorado da Universidade Pablo de Olavide, Sevilla³⁸³. Na mencionada conferência, o penalista afirmou que, a rigor, a modalidade de autoria mediata por ele elaborada exige o poder de mando do homem de trás (*Anordnungsgewalt*), a desvinculação do aparato ao menos em relação ao tipo penal realizado (*Rechtsgelöstheit*), a fungibilidade do executor imediato e a disponibilidade consideravelmente elevada do executor ao fato. Aderiram ao novo posicionamento de Roxin, aplicando a teoria do domínio da organização nos moldes já revisados, o Tribunal Oral Federal n. 4 da Capital da Argentina no caso El Vesubio e a Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça do Peru no caso Fujimori.

Além disso, conforme restou demonstrado, há, ainda, decisões judiciais que invocaram a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder com base em pressupostos diversos. Assim, o Superior Tribunal Federal alemão, por ocasião do julgamento dos membros do Conselho Nacional de Defesa da antiga República Democrática Alemã pela

³⁸² ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 269-280.

³⁸³ Id. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 244-247.

determinação da morte de fugitivos do país, afirmou que o domínio da organização também é caracterizado pelo fato de o homem de trás desejar o resultado como corolário do seu próprio agir e pela disposição incondicionada do executor direto em relação à ordem criminosa. Ademais, o tribunal assentou ser possível a extensão da aplicabilidade da modalidade de autoria atrás do autor até mesmo a organizações não desvinculadas do Direito, como as empresas. Por outro giro, a Sala Penal Nacional do Peru, no caso Abimael Guzmán, mencionou que a efetiva detenção do domínio da organização por parte do homem de trás radicaria no aproveitamento da predisposição do executor em atender aos seus comandos ilícitos.

Tendo em vista as diversas controversas que permeiam a temática, serão analisadas, a seguir, as principais discussões acerca de cada requisito configurador da autoria de escritório. Então, considerando que o domínio do fato, como critério delimitativo entre autoria e participação nos crimes dolosos comissivos em geral, é essencialmente empírico, derivando da própria realidade fática, buscaremos definir os pressupostos que nos parecem efetivamente essenciais para a caracterização do domínio da organização, respeitados os vieses objetivo e subjetivo de um processo de imputação garantista.

4.1 O domínio do fato como conceito aberto

De início, registre-se que, em diversos ordenamentos estrangeiros, a legislação penal vigente é indubitavelmente receptiva à figura do autor atrás do autor, e, conseqüentemente, da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder. Tal constatação advém da célebre e genérica disposição que considera ser autor delitivo todo aquele que comete o fato típico por intermédio de outrem, sem especificar se este precisa ou não carecer de responsabilidade criminal.

A título exemplificativo, se inserem nesse quadro normativo os seguintes preceitos, que possuem uma previsão genérica de autoria mediata: artigos 25 do StGH³⁸⁴, 28 do Código Penal espanhol³⁸⁵, 26 do português³⁸⁶, 20, § 2º, do boliviano³⁸⁷, 45 do argentino³⁸⁸, 13, IV, do

³⁸⁴ § 25: “Täterschaft. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht”. Tradução livre: § 25: Autoria. (I) Qualquer pessoa que cometer crime por si mesma ou através de terceiro deve ser responsável como autor.

³⁸⁵ Art. 28: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

Código Penal Federal do México³⁸⁹ e, em âmbito internacional, artigo 25, III, *a*, do Estatuto de Roma³⁹⁰. Malgrado exista uma corrente doutrinária no sentido de que o emprego do termo “instrumento” pela norma penal se refere necessariamente a uma pessoa impunível, remetendo às hipóteses clássicas de autoria mediata, Ibáñez leciona que, atualmente, “se usa mayoritariamente de manera indistinta los términos de <<instrumento>>, << persona intermédia>> u <<hombre de delante>>”³⁹¹.

O ordenamento brasileiro, sem embargo, não comporta semelhante preceito, dado que o art. 29 do Código Penal se limita a dispor que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Assim, percebe-se que a legislação penal pátria não consagrou a autoria mediata como gênero, mas apenas previu formas específicas dessa figura, como a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, onde a pessoa interposta é impunível.

Por outro giro, é possível apontar alguns dispositivos da legislação penal extravagante brasileira, genericamente abertos à autoria mediata através do domínio da organização, em que pese ser discutida a sua aplicabilidade em tais casos. Assim, os artigos 11, *caput*, da Lei n. 8.137/90³⁹², e 75 do Código de Defesa do Consumidor³⁹³. Como ressalva, apesar da semelhança redacional, o art. 2º da Lei n. 9.605/98³⁹⁴ não deve ser invocado naquele sentido por prever uma conduta omissiva por parte do dirigente da pessoa jurídica, não se coadunando com o caso padrão comissivo do domínio da organização³⁹⁵. Por fim, a agravante genérica do art. 62, I, do CP³⁹⁶, além de incidir sobre os casos de coautoria, especialmente em relação à

³⁸⁶ Art. 26: Autoria. “É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”.

³⁸⁷ Art. 20, § 2º: “Es autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito”.

³⁸⁸ Art. 45: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”.

³⁸⁹ Art. 13: “Son autores o partícipes del delito: IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro”.

³⁹⁰ Art. 25, III, *a*: “Comete ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.

³⁹¹ Ibáñez, Eva Fernández. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada: Comares, 2006, p. 46.

³⁹² Art. 11: “Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

³⁹³ Art. 75: “Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código incide nas penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.”

³⁹⁴ Art. 2º: “Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.”

³⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 761-762, segundo o qual o preceito constitui um adendo ao art. 13, § 2º, *a*, do Código Penal brasileiro, prevendo hipótese de crime comissivo por omissão em função da posição de garante dos sujeitos indicados.

³⁹⁶ Art. 62: “A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”.

figura do organizador³⁹⁷, também se mostra aplicável ao autor mediato através de um aparato de poder³⁹⁸.

De todo modo, tendo em vista que o conceito de autor delitivo é empírico, derivando da realidade fática, e não da norma, conclui-se que o reconhecimento da autoria de escritório não constitui afronta ao princípio da legalidade, ainda que inexista previsão normativa específica no ordenamento em questão. Nessa esteira, salientem-se as lições de Zaffaroni e Pierangeli, no sentido de que “os conceitos de autor, cúmplice e instigador não são conceitos criados pelo direito penal, e sim tomados da vida cotidiana, da realidade, do ôntico”³⁹⁹. Do mesmo modo, Rogério Greco sustenta que “antes de serem conceitos jurídicos, autoria e participação são conceitos imanentes ao homem, isto é, já existem dentro de nós antes de qualquer definição jurídica”⁴⁰⁰.

Logo, a responsabilização do sujeito a título de autor delitivo exige a verificação do domínio do fato no caso concreto, aferindo-se se ele, efetivamente, detinha o controle da prática delitiva sob os pontos de vista subjetivo e objetivo. E, uma vez demonstrado o domínio do fato a partir da realidade fática, inclusive por intermédio do domínio da organização, estará caracterizada a autoria, independentemente de particular previsão legal.

Segundo Claus Roxin⁴⁰¹, a teoria do domínio do fato, ao identificar o autor delitivo com a figura central do sucesso do acontecimento, consubstancia um conceito aberto, cujo conteúdo deve ser preenchido com critérios mais concretos desenvolvidos pela doutrina à vista dos dados da realidade fática. Por isso, sequer é adequada a previsão legal de um conceito fixo de autoria ante a dinâmica dos fenômenos vitais, bastando a determinação de um núcleo descritivo das formas estruturais de domínio. Em seus termos, “la vía adecuada para ello reside em formular, del modo más conciso posible em sus resultados más importantes para la aplicación del Derecho, las síntesis em las que se funden las ramificaciones de la figura central”⁴⁰².

Destarte, em se tratando o domínio do fato de um conceito aberto, o penalista de Munique arremata que o novo modelo de imputação penal por ele desenvolvido, consistente

³⁹⁷ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 106-107.

³⁹⁸ Nesse sentido, v. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 11ª ed. rev., amp. e atual. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 580.

³⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. V. 1. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 570.

⁴⁰⁰ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 431.

⁴⁰¹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 44-45, 146, 279, 485-489 e 582-586. Manifesta adesão a esse posicionamento, BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 72-73.

⁴⁰² Ibid. p. 586.

na autoria mediata através do domínio da organização, não constitui uma construção *ad hoc*⁴⁰³. E, em prosseguimento a esse raciocínio, abordaremos, a seguir, as principais controvérsias em torno dos requisitos configuradores da autoria de escritório, no desiderato de estabelecer aqueles que se mostram efetivamente necessários, à luz da realidade fática, para conferir o domínio do fato em virtude do domínio da organização ao homem de trás.

4.2 Poder de mando

Já em sua concepção original, Claus Roxin indicou que só pode ser considerado autor mediato em virtude do domínio da organização aquele que detém poder de mando dentro de um aparato rigidamente hierarquizado, por meio do qual comande a prática do fato delitivo. Destarte, todos os agentes que detenham poder de mando autônomo dentro da estrutura organizativa podem, em tese, ser imputados como autores de escritório, independentemente da posição hierárquica que ocupem, cabendo, inclusive, a formação de uma cadeia de autores mediatos.

Isto é, uma vez demonstrado que o agente, ainda que subordinado ao comando de superiores, possui o controle de uma parcela da organização, a qual impulsiona automaticamente em função da fungibilidade dos seus subordinados, resta configurado o domínio da vontade através do domínio da organização.⁴⁰⁴ Nos termos do doutrinador, “autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo”⁴⁰⁵.

Alude-se, ainda, à viabilidade da figura da coautoria mediata nas hipóteses de ilícitos cometidos através de estruturas de poder. Com efeito, caso o plano delitivo seja elaborado conjuntamente por um grupo de dirigentes com poder de mando dentro da organização, existirá, nesse plano horizontal, um domínio funcional do fato. Por sua vez, uma vez proferida a ordem, valendo-se o órgão de cúpula do automatismo do aparato, estará presente o domínio da vontade através do domínio da organização. Dessa forma, fica configurada uma coautoria

⁴⁰³ Ibid. p. 279-280.

⁴⁰⁴ Ibid. p. 275-276; IBÁÑEZ, Eva. Op. cit. p. 168-173; MEINI, Iván. Comentario a la sentencia de la Sala Penal Nacional. La autoría mediata de Abimael Guzmán. Memoria, Revista sobre cultura, democracia y derechos humanos, Idehpucp, n° 1, 2007, p. 49-58.

⁴⁰⁵ ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Tradução de Enrique Anarte Borrillo. *Revista Penal*, n. 2, 1998, p. 64.

mediata.⁴⁰⁶ Nesse sentido, vale salientar a condenação do ex-general Gamen e do ex-coronel Pascarelli como coautores mediatos em virtude do domínio da organização pelos delitos por eles determinados no campo de detenção clandestino El Vesubio.

O requisito do poder de mando, contudo, não se encontra imune às intensas divergências doutrinárias a respeito da teoria do domínio da organização. De fato, para Kai Ambos, apenas o agente que integra a cúpula do aparato pode ser autor mediato por exercer um domínio absoluto *por meio de e sobre* a organização, caracterizando a autoria mediata. Já os demais agentes seriam coautores delitivos, tendo em vista que, ao se submeterem aos seus superiores, deteriam um domínio perturbado do fato *dentro* da organização, em relação aos seus próprios subordinados.⁴⁰⁷

Ambos fundamenta a configuração da coautoria no tocante aos agentes que não componham o vértice da organização na divisão funcional de trabalho. Assim, primeiramente, identifica o requisito da resolução criminosa comum a partir do acordo informal de vontade externado com a execução do fato. Segundo o doutrinador alemão, “para un acuerdo de voluntades informal es suficiente que el ejecutor directo con su pertenencia a la organización criminal ponga en evidencia que está de acuerdo con quien emite la orden. Este acuerdo de voluntades se manifiesta con la ejecución del hecho en cierto modo tácitamente”⁴⁰⁸.

Ademais, Kai Ambos sustenta que há a realização conjunta do fato, já que o superior e o subordinado contribuem de modo essencial para a prática delitiva. Tal argumentação se faz possível porque o penalista defende ser despidiendo que o aporte do coautor ocorra na fase executória do delito.

Uma vez verificada a decisão delitiva comum e a realização conjunta do tipo penal, de sorte a ensejar uma divisão de trabalho, restaria patente o domínio funcional do fato por parte dos intervenientes. Os integrantes do escalão intermediário da empresa criminal conjunta, por conseguinte, deveriam ser responsabilizados como coautores. Isso sem prejuízo da imputação penal do dirigente da cúpula do aparato a título de autor mediato em virtude do domínio da organização. Diante do exposto, constata-se que, para Kai Ambos, a doutrina da *joint criminal enterprise* é compatível com a teoria do domínio do fato⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 303.

⁴⁰⁷ AMBOS, Kai. Dominio por organización. Estado de la discusión. Tradução de Ezequiel Malarino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 68, 2007, p. 90-96.

⁴⁰⁸ Ibid. p. 94.

⁴⁰⁹ AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D’Avila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008, p. 205-211, 233 e 270.

Ainda sob a ótica do doutrinador alemão, a estruturação vertical ou horizontal somente constitui critério apto a delimitar a autoria mediata da coautoria em hipóteses extremas. Por isso, nos casos de domínio da organização, tal parâmetro poderia ser utilizado apenas para embasar a autoria mediata dos integrantes da cúpula da organização. Conforme leciona, “en nuestro contexto, ella es idónea como argumento a favor de una autoría mediata sólo en los casos en los cuales la relación vertical entre el hombre de atrás y el ejecutor no se superponga o perturbe con otra relación de dependencia del hombre de atrás”⁴¹⁰.

Em síntese, é possível assentar que, enquanto Roxin defende que os detentores de poder de mando autônomo podem constituir uma cadeia de autores mediatos em virtude do domínio da organização, Kai Ambos aduz que os agentes que se encontrem numa posição hierárquica intermediária dentro do aparato sejam imputados apenas a título de coautores ou partícipes.

A posição esposada por Kai Ambos, contudo, não nos parece adequada, visto que a doutrina da *joint criminal enterprise* foi construída com base na noção de *common purpose*, de modo que se aproxima das teorias subjetivas delimitativas da autoria e participação delitivas. No ponto, portanto, nos remetemos às críticas já efetuadas no tópico 2.2.1 da presente dissertação.

Demais disso, uma vez comprovado que os integrantes do escalão intermediário da estrutura de poder, de fato, possuem poder de mando, controlando parcela do aparato de funcionamento automático, como aconteceu no caso Eichmann, deve ser reconhecido o domínio da organização. Nessa esteira, são precisas as lições de Ibáñez, segundo a qual “será posible bajar todavía más en la escala de mando, siempre e cuando pueda seguir apreciándose que quien da la orden, por muy abajo que se encuentre en la jerarquia de poder, dispone bajo su mando de un número suficiente de eventuales ejecutores fungibles”⁴¹¹.

Paralelamente, também Lemos Júnior parece se insurgir contra a viabilidade da formação de uma cadeia de autores mediatos. Com efeito, em artigo específico, o penalista brasileiro critica a teoria do domínio da organização porque “seu conteúdo, de acordo com o caso concreto, pode aproximar-se a um *conceito unitário de autor*, vez que a intervenção de cada envolvido – o *autor atrás do autor* – é definida como *autor* na fórmula da autoria mediata, assim como também o autor imediato do delito”⁴¹².

⁴¹⁰ AMBOS, Kai. Dominio por organización. Estado de la discusión. Tradução de Ezequiel Malarino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 68, 2007, p. 95.

⁴¹¹ IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 170.

⁴¹² LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, ano 3, n. 1, 2004, p. p. 64.

Com base nos ensinamentos de Roxin, entretanto, é importante salientar que só estará caracterizada uma cadeia de autores indiretos quando cada dirigente possuir poder de mando para controlar, ao menos, parcela da organização. Assim, tal modalidade de imputação penal não é automática, mas exige uma análise do efetivo domínio do fato no caso em particular, não estando, de pronto, excluído o reconhecimento de uma possível coautoria ou participação.

Outrossim, no que tange à responsabilização do executor direto também como autor, Lemos Júnior sustenta que o subordinado, em virtude de sua substitutibilidade, não possui o domínio do fato e tampouco é capaz de impedir o cumprimento do comando ilícito⁴¹³. Todavia, o dado de que o subordinado não tem o condão de obstar o êxito criminoso não implica necessariamente na carência do domínio do fato. Afinal, o executor material é autor imediato do crime por deter o domínio do fato através do domínio da ação.

Desse modo, a responsabilidade penal a título de autoria, tanto do homem de trás, quanto do subordinado, está fulcrada em pressupostos distintos, quais sejam, o domínio da organização e o domínio da ação, respectivamente, os quais não são excludentes. Nesse sentido, cabe o registro de que o doutrinador brasileiro, em trabalho diverso, se refere ao executor material, de fato, como autor imediato⁴¹⁴.

Em suma, ante de todo o exposto, concluímos que o poder de mando, ostentado dentro de um aparato de poder estruturado de forma rigidamente hierárquica, constitui requisito essencial para que o dirigente detenha o domínio do fato através do domínio da organização. E tal pressuposto pode estar presente inclusive nos escalões intermediários da estrutura organizativa, conquanto que disponíveis sob o comando do agente em questão um número razoável de subordinados predispostos ao cumprimento da ordem delitiva, de sorte a lhe conferir um domínio sobre parcela do aparato.

4.3 Fungibilidade dos executores

⁴¹³ Ibid. p. 51 e 59.

⁴¹⁴ Id. O tratamento jurídico-penal da autoria e participação no Direito Penal europeu. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, ano 5, n. 1, 2004, p. 23-24.

Em adição, Claus Roxin erige como requisito central da autoria de escritório a fungibilidade do executor direto do delito. Tal pressuposto é essencial para o funcionamento automático do aparato porquanto, uma vez negado o cumprimento da ordem pelo homem da frente que age livremente e com fiel representação da realidade, o êxito do plano criminoso ainda assim resta assegurado por existirem vários outros executores potenciais disponíveis. Logo, é conferida automaticidade ao modo de funcionamento do aparato de poder⁴¹⁵.

O requisito da substitutibilidade dos executores, contudo, também está sujeito a diversas objeções da doutrina. Primeiramente, sustenta-se que o domínio da organização não implicaria um real domínio do fato pelo homem de trás, pois a substituição do subordinado que eventualmente se recuse a executar a ordem delituosa ensejaria nova situação fática. No sentido dessa crítica, destaquem-se Rotsch⁴¹⁶ e Renzikowski⁴¹⁷.

Roxin⁴¹⁸, todavia, responde a tal objeção ressaltando que o fato criminoso derivado do comando é único, sendo este o objeto de domínio do autor mediato, e não a conduta individual de cada subordinado. Desta feita, a substituição do executor não modificaria a situação fática, consistente na prática do delito determinado. De acordo com o penalista, o comportamento individual do homem da frente é irrelevante, dado que o domínio do fato se fulcra, fundamentalmente, na fungibilidade dos executores.

Questiona-se, ainda, que o homem de trás esteja efetivamente seguro em relação ao cumprimento da ordem ilícita. Nessa esteira, Kai Ambos, embora não rechace a aplicabilidade da teoria em si, expõe que “la fungibilidad puede fundamentar un dominio a lo sumo en sentido general, pero no en la situación concreta del hecho. Por más que el hombre de atrás pueda dominar la organización, no domina directamente a aquellos que ejecutan el hecho concreto”⁴¹⁹.

Conforme ilustra Herzberg, no caso das mortes no muro de Berlim, se os guardas da fronteira não tivessem executado a determinação de matar os fugitivos da RDA, o delito não seria praticado por outrem oportunamente. O mesmo ocorreria se o agente secreto Staschynskij tivesse se negado a cometer os homicídios ordenados.⁴²⁰ Então, considerando

⁴¹⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 271-273.

⁴¹⁶ ROTSCHE. *ZStW* 112, 2000, pp. 528 e ss. *apud* ROXIN, Claus. *Autoría Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 329.

⁴¹⁷ RENZIKOWSKI. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 89 *apud* ROXIN, Claus. Op. cit. p. 329.

⁴¹⁸ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 329-330.

⁴¹⁹ AMBOS, Kai. *Domínio por organización*. Estado de la discusión. Tradução de Ezequiel Malarino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 68, 2007, p. 79.

⁴²⁰ Herzberg, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 37 e ss. *apud* AMBOS, Kai. Op. cit. p. 79-80.

inexistir segurança quanto à execução do comando ilícito, Herzberg aduz que os superiores hierárquicos seriam meros instigadores, e não autores mediatos⁴²¹.

Claus Roxin, em contrapartida, assevera que a crítica atinente à incerteza da efetivação do delito determinado não vai de encontro à teoria do domínio da organização, mas evidencia, tão-somente, a viabilidade da tentativa, assim como ocorre nas demais modalidades de autoria mediata. Segundo o penalista, “pode não importar se há automotismo em cada caso particular. Ele funciona no caso padrão, o que não se pode dizer da instigação”⁴²². Afinal, explica o alemão, nas organizações de funcionamento automático, a execução dos comandos ilegais é assegurada por um sistema de vigilância; no caso específico das mortes no Muro de Berlim, a fronteira da RDA era vigiada por um conjunto de guardas.

Outrossim, Renzikowski argumenta que a substitutibilidade dos executores se refere a condutas simplesmente hipotéticas, motivo pelo qual seriam irrelevantes para o direito. Para o jurista, a mera probabilidade do sucesso delitivo não teria o condão de fundamentar a autoria.

Como resposta, Roxin ressalta que as organizações de funcionamento automático, em si, são reais, não consistindo em meras hipóteses, de modo que possuem o condão de conferir ao homem de trás o efetivo domínio do fato delitivo. Então, uma vez verificado o domínio da organização do superior hierárquico, deve o mesmo ser responsabilizado a título de autor mediato.⁴²³

Já Murmann assevera que a ocorrência da fungibilidade demanda uma quantidade quase que ilimitada de pessoas dispostas ao cometimento do fato delitivo ordenado, o que não se constataria nos casos particulares⁴²⁴. Entretanto, contrapõe-se que é suficiente para o domínio do fato a existência de um quantitativo razoável de subordinados substituíveis, apto a proporcionar a automaticidade da estrutura de poder.

Nesse íterim, afirma Cabana que o requisito da intercambialidade dos executores precisa ser satisfeito no momento da emissão da ordem pelo homem de trás, “momento en lo cual deben existir suficientes sujetos dispuestos a cumplirla con independencia de que al final sólo sea uno o unos pocos los que la efecuten, pues si no fueran ellos serían otros”⁴²⁵. Em sentido distinto, Ibáñez sustenta que tal condição deve ocorrer necessariamente durante a

⁴²¹ HERZBERG, in: *Amelung (Coord.) Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationsformen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, p. 48 *apud* ROXIN, Claus. Op. cit. p. 334.

⁴²² ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 328.

⁴²³ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 728.

⁴²⁴ MURMANN, U., <<Tatherrschaft durch Weisungsmacht>>, *GA* 1996, pp. 273-274 *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 89.

⁴²⁵ CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 89.

execução do crime, ainda que não se encontrem presentes todos os subordinados substituíveis, diferenciando, portanto, fungibilidade de presença. De acordo com suas esclarecedoras lições:

en el momento de emisión de la orden, y durante todo el proceso de transmisión de la misma hasta el concreto ejecutor, el hombre de atrás confía en esta fungibilidad, realmente concurrente, del ejecutor que llevará a un automático cumplimiento de la orden y es indudable que para poder castigarle por el delito consumado es necesario que el ejecutor que definitivamente lleva a cabo el hecho sea fungible también en el momento de la comisión del hecho, pero tal fungibilidad, en relación con el hecho en particular, no desaparece por mucho que sea un concreto actor directo, y no otro, quien lo consume. Incluso si el ejecutor desiste, o si el delito queda en grado de tentativa, sigue siendo fungible.⁴²⁶

O critério da fungibilidade também é colocado em xeque em atenção à possível especialização do autor imediato⁴²⁷. Kai Ambos aponta que tal problema empírico já fora advertido por Schoroeder⁴²⁸ e que poderia ser repellido pela existência de uma reserva de especialistas no aparato. Todavia, “la pretensión de validez general del criterio de la fungibilidad se refuta ya por la existencia de *un* caso contrario, anulando con ello la identidad del criterio para fundamentar el dominio por organización en *todos los casos posibles*”⁴²⁹.

Em contrapartida, expõe Roxin que o modelo da autoria de escritório foi por ele elaborado com base em fatos criminosos executáveis por pessoas não especializadas, ou seja, passíveis de substituição, devendo sua aplicabilidade ser precedida da análise concreta da satisfação dos seus requisitos configuradores. Assim, de fato, quando o êxito da empreitada criminosa depender de especialistas decisivos, o homem de trás será mero instigador. Tais casos particulares, todavia, não têm o condão de invalidar a teoria do domínio da organização quando satisfeitos os seus pressupostos.⁴³⁰ Consoante constata Alflen da Silva, “a crítica remete à casuística, quando, na realidade, a teoria transpõe uma diretriz para efeitos de caracterização da autoria mediata, de forma que é mais conveniente afirmar que a teoria é inaplicável ao caso e não falha”⁴³¹.

Por fim, Schroeder aduz ser a fungibilidade dos executores prescindível para a caracterização da autoria mediata em virtude do domínio da organização, já que a disposição incondicional do homem da frente ao fato constituiria o alicerce essencial daquela figura⁴³². No mesmo sentido, o doutrinador peruano Meini sustenta que tal dado empírico tão-somente

⁴²⁶ IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 126.

⁴²⁷ Na doutrina brasileira, v. LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, ano 3, n. 1, 2004, p. 64.

⁴²⁸ Schoroeder, Täter (1965), p. 168, *apud* AMBOS, Kai. Op. cit. p. 78.

⁴²⁹ AMBOS, Kai. Op. cit. p. 79.

⁴³⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 330-331.

⁴³¹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas. *Direito em Revista*, v. 3, n. 1, 2006, p. 13.

⁴³² SCHROEDER, F. C., *Der Täter*, pág. 168 *apud* IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 132-133.

eleva a probabilidade de êxito do plano criminoso, ao passo que o fundamento da teoria roxiniana residiria, a rigor, no aproveitamento da predisposição do executor⁴³³.

Já segundo Roxin, repise-se, a fungibilidade dos executores constitui o fundamento central da autoria mediata através de aparatos organizados de poder, conferindo ao homem de trás o controle do fato delitivo, independentemente do atuar livre e responsável do subordinado. Isso porque, em caso de negativa em dar cumprimento à ordem emanada pelo dirigente, o êxito do plano criminoso resta assegurado exatamente pela existência de vários outros executores potenciais disponíveis.

Desta feita, e especialmente com base nos precisos argumentos spendidos por Roxin, entendemos que o requisito da substitutibilidade dos executores imediatos dos crimes determinados por intermédio do aparato de poder é fundamental para proporcionar ao dirigente o concreto controle delitivo. De fato, é somente quando dispõe de um número razoável de subordinados, facilmente intercambiáveis, que o superior hierárquico tem assegurado o êxito do plano criminoso, sem que, para isso, necessite fazer uso da coação, do erro ou da inimputabilidade.

Há que se concordar, contudo, com a ponderação de Ibáñez, no sentido de que também os demais requisitos fundamentadores do domínio da organização se revelam essenciais para a autoria mediata através de aparatos organizados de poder⁴³⁴. Assim, a despeito das controvérsias quanto a tais pressupostos, é certo que, uma vez estabelecidos aqueles que se consideram imprescindíveis para proporcionar o domínio do fato, faz-se mister a concorrência de todos em conjunto para ensejar a autoria de escritório.

4.4 Disposição dos executores ao fato

Schroeder, a partir do ano de 1965, passou a sustentar que também seria um requisito do domínio da organização a detenção, por parte do executor imediato, de uma disposição incondicionada para praticar o tipo penal⁴³⁵. Tal exigência, porém, foi de pronto rechaçada

⁴³³ MEINI, Iván. Op. cit. p. 49-58, segundo o qual “el argumento de la fungibilidad pretende así establecer que el dominio del autor mediato sobre el ejecutor se da con arreglo a un posible (pero no seguro) comportamiento de un tercero, pero no sobre la base de algo que concurra en el ejecutor”.

⁴³⁴ IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 142.

⁴³⁵ SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 143 ss, *apud* ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 655.

pela doutrina alemã predominante. De acordo com o pensamento original de Roxin⁴³⁶, ainda que a referida condição estivesse ausente e que o subordinado de fato se recusasse a cumprir a determinação do homem de trás, o êxito da ordem restaria assegurado pelas próprias características do aparato de poder, notadamente a fungibilidade dos executores. Além disso, a incondicionada disposição do executor em realizar o tipo também poderia ocorrer na indução, conforme prevê o § 30, II, do StGB⁴³⁷. Da mesma forma, não mereceu acolhida a construção elaborada por Heinrich, que demandava a inclinação do homem da frente ao fato⁴³⁸.

Ocorre que o Superior Tribunal Federal Alemão, no paradigmático caso das mortes no Muro de Berlim, fundamentou a autoria mediata através de aparatos de poder também na disposição incondicionada do executor direto para realizar o delito⁴³⁹. Assim, o requisito desenvolvido por Schroeder começava a receber guarida jurisprudencial.

Paralelamente, Claus Roxin, algumas décadas depois da formulação original da teoria do domínio da organização, realizou uma revisão dos seus requisitos configuradores, em especial em uma conferência que pronunciou no encerramento de curso de Doutorado da Universidade Pablo de Olavide, Sevilla⁴⁴⁰. Destarte, considerando que a fungibilidade dos executores pode se verificar em diferentes níveis no âmbito de cada organização, ele propõe, atualmente, um critério adicional para arrimar o domínio do fato pelo homem de trás, qual seja, a consideravelmente elevada disponibilidade do executor imediato ao fato.

Convém ressaltar que o novo requisito apontado por Roxin não se identifica estritamente com os conceitos de disposição para atuar condicionada tão-só à ordem do superior e de inclinação ao fato, invocados respectivamente por Schroeder e Heinrich para fundamentar o domínio do fato por parte do homem de trás. Tampouco corresponde ao pressuposto mencionado pelo Superior Tribunal Federal Alemão, na sentença proferida no

⁴³⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 655; Id. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339-340; Id. *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*. Tradução de Enrique Anarte Borralló. *Revista Penal*, n. 2, 1998, p. 62.

⁴³⁷ § 30: “(1) Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft. Jedoch ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern. § 23 Abs. 3 gilt entsprechend. (2) Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften”. Tradução livre: § 30: (1) Aquele que tentar induzir alguém a cometer um crime ou instigá-lo a tanto deve se sujeitar às disposições que regem os crimes tentados. A sanção deve ser mitigada de acordo com o § 49, I. O § 23, III, deve se aplicar *mutatis mutandis*. (2) Aquele que afirmar sua disposição, aceite a oferta ou combine com outrem a comissão ou instigação de um crime deve se sujeitar aos mesmos termos.

⁴³⁸ M. HEINRICH, *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, 2002, págs. 271 e ss. (273) *apud* ROXIN, Claus. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 246.

⁴³⁹ BGHSt 40, pág. 236 *apud* ROXIN, Claus. *Op. cit.* p. 246.

⁴⁴⁰ ROXIN, Claus. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 244-247.

caso das mortes no Muro de Berlim, atinente à disponibilidade incondicional do que atua imediatamente para realizar o tipo.

Primeiramente, Roxin, salientando que o executor material atua de forma livre e responsável, assevera que a inclinação do mesmo ao fato não tem aptidão para estribar o domínio do fato, mas constitui apenas um elemento do funcionamento do aparato, que deve ser considerado para a configuração da autoria mediata em virtude do domínio da organização juntamente com os demais requisitos já assentados. Entretanto, ao contrário do que defendido por Schroeder, Heinrich e pelo BGH, a disposição do homem da frente que integra a estrutura organizativa não é incondicionada em relação ao fato delituoso, mas sim consideravelmente elevada, haja vista que sua liberdade de ação se mantém incólume⁴⁴¹.

Essa alta inclinação do executor ao fato, sendo ele mais predisposto a cometer o delito determinado que outro sujeito que não componha o aparato, seria proveniente das influências suportadas a partir da organização. Explica Roxin que a integração e adaptação do indivíduo ao funcionamento da organização diminuem seu poder reflexivo no tocante às atividades através dela realizadas, tornando-o mais suscetível aos fatos criminosos ordenados, o que, de modo algum, exclui sua responsabilidade por não haver coação ou erro. Tal situação, então, aumentaria a probabilidade de cumprimento dos comandos ilícitos emanados pelo superior hierárquico, contribuindo para o domínio da organização.

No que tange à integração do homem da frente ao aparato organizado, é interessante destacar a seguinte narrativa de Roxin:

Esto puede conducir a una participación irreflexiva en acciones que nunca se le ocurrirían a un individuo no integrado en una organización así. Pero un fenómeno típico de la organización es también un empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal cree poder ceder impunemente. Al mismo tiempo, hay una participación de miembros también interiormente más bien contrarios como consecuencia de la resignada reflexión: “Si no lo hago yo, lo hace de todas formas otro”. Finalmente, se encuentran también supuestos, que incluso no fundamentan un dominio de la coacción o del error de los hombres de atrás, pero que se aproximan un poco más a tales situaciones: el ejecutor dispuesto a lo que le manden teme, por ejemplo, en caso de negativa, la pérdida de su puesto, el menosprecio de sus colegas u otros perjuicios sociales; o cuenta, pese a que tiene graves dudas sobre el carácter injusto de su actuación, con la impunidad, ya que después de todo su conducta está ordenada “por los de arriba”.⁴⁴²

A rigor, mais recentemente, Claus Roxin explica que a disposição consideravelmente elevada do executor ao fato não seria um pressuposto autônomo do domínio da organização,

⁴⁴¹ Nesse sentido, também: IBÁÑEZ, Eva. Op. cit. p. 211.

⁴⁴² ROXIN, Claus. Op. cit. p. 247.

mas sim um critério apreendido a partir dos demais requisitos. Tal critério, então, contribuiria para ratificar a real existência do domínio do fato por parte do homem de trás.⁴⁴³

De todo modo, a descrição suprarreferida evidencia que a adaptação do executor à estrutura organizada de poder o torna mais propenso ao fato determinado pelo superior, malgrado se mantenha sua liberdade de atuação. Essa condição, especialmente em conjunto com a fungibilidade dos executores, a qual permite superar eventual recusa ao cumprimento da ordem, alicerça o domínio da vontade através do domínio da organização por parte do dirigente do aparato⁴⁴⁴. Presentes, por conseguinte, todos os pressupostos do inovador modelo de imputação penal, o homem de trás ser responsabilizado a título de autor mediato pelos delitos por ele ordenados através do aparato, sem prejuízo da imputação do autor imediato que detém o domínio da ação.

4.5 Desejar o resultado como consequência do próprio agir

Consoante já aludido, o *decisum* do Superior Tribunal Federal alemão, no caso das mortes no Muro de Berlim, se afastou profundamente da formulação delineada pelo idealizador da autoria de escritório. Com efeito, foram acrescentados dois novos requisitos, fundamentando-se o domínio da organização também no fato de o homem de trás desejar o resultado como corolário do seu próprio agir e na disposição incondicionada do executor direto em relação ao fato. Nas palavras do tribunal:

hay casos en los que, pese a un intermediario que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. [...] Si en tales supuestos el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, y en especial aprovecha la disposición incondicionada del ejecutor inmediato para realizar el tipo, y el hombre de atrás quiere el resultado como consecuencia de su propia actuación, entonces es autor en la forma de autoría mediata. Él posee el dominio del hecho.⁴⁴⁵

A exigência de uma disposição incondicionada à realização do tipo penal já foi tratada no tópico precedente. Já no que tange à necessidade de o homem de trás querer o resultado delituoso como corolário de sua própria atuação, Roxin constata uma indevida recondução à

⁴⁴³ ROXIN, Claus. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 91, jul./ago. 2011, p. 18-19.

⁴⁴⁴ Na doutrina, o requisito da disposição consideravelmente elevada do executor ao fato encontrou guarida, p. ex., em: MEINI, Iván. Comentario a la sentencia de la Sala Penal Nacional. La autoría mediata de Abimael Guzmán. *Memoria, Revista sobre cultura, democracia y derechos humanos*, Idehpucp, n° 1, 2007, p. 49-58. Como peculiaridade, o doutrinador entende que, na autoria mediata através do domínio da organização, aquele que detém poder de mando dentro do aparato rigidamente hierarquizado possui o domínio direto do aparato e indireto dos executores, aproveitando-se de sua predisposição ao fato por integrarem voluntariamente o aparato. Assim, assevera que a constatação da fungibilidade dos executores seria irrelevante.

⁴⁴⁵ BGHSt, 40, p. 2706, *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 71.

teoria subjetiva em detrimento da teoria do domínio do fato. Referida formulação seria destituída de qualquer significação, haja vista que o indutor nutre o mesmo desejo em relação ao resultado criminoso e por também ser viável afirmar que o homem de trás queria o resultado como consequência do atuar do executor.⁴⁴⁶

A respeito do tema, Kai Ambos questiona se a menção do BGH ao desejo do resultado como fruto do próprio atuar do homem de trás seria irrelevante, consagrando a jurisprudência alemã, definitivamente, a teoria do domínio do fato, ou se a Corte teria, na verdade, perfilhado a teoria subjetiva com correções objetivas oriundas do domínio do fato. De qualquer forma, segundo o autor, “lo que es seguro es que el BGH no apoya de modo general la autoría mediata en el interés en el hecho del hombre de atrás, de modo que no retorna a la teoría subjetiva extrema”.⁴⁴⁷

O requisito assentado naquela sentença não obteve significativa adesão doutrinária, especialmente com base na crítica de que sua formulação se aproxima novamente das teorias subjetivas delimitativas da autoria e participação. Portanto, não deve ser considerado para fins de imputação penal a título de autoria através do domínio da organização.

4.6 Aparato desvinculado do direito

De acordo com a formulação teórica de Roxin, existem duas manifestações típicas de autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder. A primeira, mais comum, refere-se à determinação dos fatos criminosos por parte dos detentores do poder estatal, quando não mais vigentes as garantias do Estado de Direito, com o auxílio de organizações a eles subordinadas. Já a segunda concerne às organizações rigidamente hierarquizadas com orientação global contrária ao ordenamento jurídico estatal, como movimentos clandestinos, organizações secretas e bandos criminais, que caracterizariam, pelo seu grande porte, um “Estado dentro do Estado”. Assim, o penalista erige como requisito essencial para o domínio

⁴⁴⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 655; Id. *Autoría Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 340.

⁴⁴⁷ AMBOS, Kai. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 3, 1999, p. 134.

da organização a existência de um aparato organizado de poder rigidamente hierarquizado, estatal ou não, globalmente dissociado do direito.

Segundo Roxin, as normas jurídicas que regem as estruturas organizativas não desvinculadas do direito elidem o domínio da vontade do homem de trás por existir uma devida expectativa de que as ordens ilícitas emanadas não sejam cumpridas, motivo pelo qual os executores diretos deveriam ser recrutados individualmente. Logo, não seria possível falar em fungibilidade, obstando-se a movimentação do aparato e, por via de consequência, o domínio do fato pelo superior hierárquico.⁴⁴⁸

Apesar de algumas insurgências contra o requisito, como a exarada pelo BGH no caso das mortes no Muro de Berlim ao vislumbrar a aplicabilidade da autoria de escritório também no âmbito empresarial⁴⁴⁹, o penalista seguiu reiterando que o aparato deve estar dissociado em seu conjunto do ordenamento jurídico para ensejar o domínio da organização. Sem embargo, já quando da publicação de artigo denominado “*Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*”⁴⁵⁰, Roxin ponderou, especificamente no que tange à criminalidade estatal, que essa desvinculação não necessitaria se dar em todas as relações do Estado, mas apenas no tocante aos tipos penais realizados. Tal entendimento foi ratificado na conferência de Sevilla. Nesse ínterim, faz-se oportuno transcrever a ilustração conferida pelo autor:

Las medidas de la RDA e incluso del Estado nacionalsocialista se han movido en muchos campos dentro de un Derecho vigente perfectamente válido; pero cuando de lo que se trata es de valorar acciones como la de “impedir la huida de la República Democrática Alemana disparando contra los que pretendían saltar el Muro de Berlín” o, por citar sólo el caso más terrible, la llamada “solución final de la cuestión judía”, entonces se trata de actividades completamente desvinculadas del Derecho.⁴⁵¹

Desse modo, Roxin reviu a sua construção teórica para permitir a configuração do domínio da organização mesmo quando somente parcela do aparato estatal atue em dissonância com o direito, conduzindo à prática de determinados fatos delitivos. Isto é, ele abandonou a exigência de uma desvinculação *lato sensu* do Estado em sua totalidade, para assumir ser suficiente a desvinculação *stricto sensu* em relação ao injusto punível ordenado⁴⁵².

⁴⁴⁸ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 276-278.

⁴⁴⁹ BGHSt, 40, p. 2706, *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 71.

⁴⁵⁰ ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Tradução de Enrique Anarte Borrallo. *Revista Penal*, n. 2, 1998, p. 64.

⁴⁵¹ Id. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 245.

⁴⁵² AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D’Avila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008, p. 272-273.

Ademais, destacou que tal análise deve assumir como parâmetro a valoração jurídica atual dos fatos, e não a conformação do sistema político anterior. “Los asesinatos en el Muro de Berlín fueron, por tanto, acciones desvinculadas del Derecho, aunque la Jefatura del Estado de la RDA debió de haber tenido otra opinión al respecto”⁴⁵³. Mostra-se despidiendo para o doutrinador, então, que os atos cometidos por intermédio do aparato estivessem incursos em um contexto de legalidade formal, desde que contrários às garantias do Estado de Direito, consoante os “valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados”⁴⁵⁴. Para ele, a norma positiva será nula sempre que violar Direito estatal de maior hierarquia, tratados internacionais, o Direito consuetudinário internacional ou direitos humanos baseados no Direito Natural⁴⁵⁵.

Assim, mesmo que com alguns matizes, o pensamento roxiniano ainda é no sentido de que a dissociação do aparato em relação ao ordenamento jurídico é imprescindível para fundamentar o domínio do fato por parte do homem de trás. A atuação delitativa sistemática da organização, dessa forma, seria basilar para a caracterização de um injusto coletivo e, por consequência, da autoria mediata através do domínio da organização. Essa assertiva se afigura cristalina com a seguinte exemplificação hipotética:

Si, por ejemplo, el homicidio de fugitivos en el Muro hubiera estado prohibido de modo general y hubiese sido sólo el resultado de órdenes de funcionarios no autorizados, tales hechos habrían sido de ese modo acciones individuales y tratados conforme a las reglas de la inducción y la autoría. El soldado de frontera hubiera podido entonces desobedecer también en cualquier momento apelando a la legislación de la RDA y, en otros casos, a la praxis correspondiente a ésta.⁴⁵⁶

Por seu turno, podemos apontar Kai Ambos como o principal opositor do requisito da desvinculação da estrutura de poder em relação ao direito. Assumindo como base a concepção original de Roxin, Kai Ambos, em artigo dedicado ao tema⁴⁵⁷, defendeu que a detenção do domínio da vontade em função do domínio da organização por parte do homem de trás depende apenas da estruturação rigidamente hierárquica do aparato e da intercambialidade dos executores diretos do delito. Assim, seria irrelevante o fato de o aparato de poder, estatal ou não, atuar à margem do ordenamento jurídico.

⁴⁵³ ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 245.

⁴⁵⁴ Id. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 276-277.

⁴⁵⁵ ROXIN, C., <<Probleme von Täterschaft und Teilnahme>>, pág. 557 *apud* IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 183-184.

⁴⁵⁶ ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 245.

⁴⁵⁷ AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 3, 1999, p. 133-165.

Especificamente em se tratando de uma estrutura de poder estatal, Kai Ambos leciona que ela poderá ser considerada dissociada do direito quando existir um paralelismo entre o ordenamento jurídico “normal” e o “anormal”, operando este último clandestinamente. Contudo, ainda que o próprio ordenamento albergue o terrorismo estatal, não se encontrando o aparato à margem do direito positivo, como nos casos das ditaduras militares da Argentina e do Chile e do regime político da antiga RDA, seria possível a configuração do domínio da organização, conquanto que presentes os dois requisitos suprarreferidos. E o doutrinador vai além para asseverar que o aparato que atua dentro da legalidade, e não em paralelo, mesmo que em dissonância com os parâmetros de justiça, até mesmo facilita o domínio do fato por parte do homem de trás:

Pues mientras que el ejecutor subordinado en caso del aparato de poder desvinculado del Derecho puede al menos orientarse con base en el ordenamiento jurídico (acorde al Estado de Derecho) que sigue existiendo en paralelo, cuando se da la concentración de Derecho e injusto en las manos de un aparato de poder estatal está sin posible orientación.⁴⁵⁸

Conforme se constata, Kai Ambos afere a relação existente entre o aparato de poder estatal e o ordenamento jurídico com base no direito positivo, concluindo que o requisito em tela é irrelevante para conferir o domínio da organização ao dirigente. Por sua vez, Claus Roxin, desde sua primeira exposição sobre o tema, invoca como parâmetro para a verificação do pressuposto por ele erigido a vigência ou não das garantias do Estado de Direito, consoante os “valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados”⁴⁵⁹. Posteriormente, acresceu que a valoração jurídica dos fatos deve ser atual⁴⁶⁰. Desta feita, para Roxin, quando o próprio ordenamento jurídico respaldar o terrorismo estatal, o aparato não operará conforme o direito por terem sido suprimidas as garantias do próprio Estado de Direito, apesar de sua vinculação com a legalidade formal.

Na esteira do pensamento de Roxin, o doutrinador português Figueiredo Dias sustenta, a partir de um conceito material de crime com fundamento transpositivo, que a legalização formal de condutas atentatórias aos valores da dignidade da pessoa humana e da democracia constitui uma atuação desvinculada do direito. Assim, leciona que:

o aparelho de Estado representa, tão-só, o meio ou instrumento de realização dos objetivos da organização criminosa, que permanecem autônomos e diferenciados em relação aos da ordem jurídica. Ainda que se confundindo ao nível da atuação prática, o Estado e a organização criminosa mantêm-se, na essência, como entidades separadas e opostas, consubstanciando a realização criminosa a consecução de fins que concretizam a mesmíssima *Rechtsgelöstheit* enunciada por Roxin como pressuposto geral da categoria de domínio-da-organização.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Loc. cit.

⁴⁵⁹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 276-277.

⁴⁶⁰ Id. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 245.

⁴⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 369.

Como contraposição, Kai Ambos critica a utilização do direito suprapositivo como parâmetro para aferir a vinculação ou não com a ordem jurídica por ser dotado de elevada abstração. Destarte, em oposição ao argumento roxiniano de que as normas regentes do aparato vinculado ao ordenamento jurídico afastariam o domínio da vontade do homem de trás, Ambos sustenta que, não sendo o direito suprapositivo evidente ao executor, ele não constituiria óbice ao cumprimento do comando e, portanto, à configuração da autoria mediata. “Por lo tanto, también esta noción de desvinculación del Derecho pierde su base y razón de existencia”⁴⁶², conclui o jurista.

De fato, entendemos que a motivação que conduziu Roxin a erigir o requisito em tela como fundamental para o domínio da organização precisa ser considerada para identificarmos a sua real essencialidade ou não. Consoante já aludido, o critério do domínio do fato, ao definir autor delitivo como a figura central do sucesso do acontecimento, corresponde a um conceito aberto, cujo conteúdo deve ser preenchido à vista dos dados da realidade fática. Então, a metodologia aqui empregada consiste em analisar se a desvinculação do aparato com o direito (até mesmo suprapositivo) é efetivamente imprescindível para que o dirigente detenha o controle do fato por ele determinado, sob os pontos de vista subjetivo e objetivo.

Já se afirmou que, para Roxin, a razão de ser do requisito reside em que, no bojo de uma estrutura organizativa vinculada ao direito, existiria a devida expectativa de que os comandos ilícitos não fossem cumpridos, devendo os executores materiais ser recrutados individualmente. Com isso, estaria obstado o funcionamento automático do aparato e, por consequência, o domínio da organização por parte do homem de trás.

Todavia, conforme identifica com precisão Kai Ambos, a vinculação do aparato ao direito, para ser considerada uma barreira normativa ao cumprimento das ordens ilícitas pelo executor material, deveria ser cognoscível pelo subordinado. E, conforme mencionado já no primeiro capítulo, o âmbito do direito suprapositivo, ou melhor, de um mínimo ético, é permeado por intensas controvérsias, tanto que, até os dias atuais, não se alcançou uma definição relativamente precisa quanto ao seu conteúdo.

Some-se a isso que a afirmação roxiniana, no sentido de que a valoração jurídica dos fatos praticados deva ser atual, tampouco contribui para o automatismo do aparato. A rigor, se, à época dos fatos, a ilicitude da conduta não era reconhecida pelo direito positivo, nem tampouco pelos incertos parâmetros valorativos vigorantes, não há como identificar a barreira normativa referida por Roxin. Assim, o dado de que a estrutura organizativa se encontrasse ou

⁴⁶² AMBOS, Kai. Op. cit. p. 133-165.

não vinculada a uma ideia de direito, valorada já com base em parâmetros atuais de justiça, em nada influencia na disposição dos executores em atender aos comandos superiores à época.

A crítica pode ser resumida na seguinte indagação: como afirmar que a vinculação da estrutura de poder ao direito comporta uma barreira normativa no homem da frente, capaz de elidir a expectativa de cumprimento das ordens criminosas e de retirar a automaticidade do aparato, se utilizado como parâmetro até mesmo o direito suprapositivo - de duvidosa cognoscibilidade - e ainda se admitida a valoração com base em critérios atuais de justiça? Ou seja, como é possível reconhecer a efetiva existência dessa barreira normativa para o executor direto à época dos fatos, se a sua valoração jurídica pode ser realizada com base em um parâmetro atual e suprapositivo?

A resposta que alcançamos é que, na verdade, essa barreira normativa mencionada por Roxin e identificada com base em valores atuais pode nunca ter significado nada para o executor material no momento dos fatos. Um típico exemplo dessa situação é facilmente vislumbrado no caso dos atiradores do Muro de Berlim da antiga RDA, os quais atuavam segundo o comando superior dos membros do Conselho Nacional de Defesa e com amparo na causa de justificação legal do § 27, II, da DDR-Grenzgesetz (Lei de Fronteira da RDA)⁴⁶³. Daí inferirmos que o próprio idealizador da autoria de escritório reconhece a sua configuração independentemente da existência de uma real barreira normativa aos executores materiais à época dos fatos, embora persista em sustentar a validade do requisito da desvinculação do direito para o domínio da organização.

Com efeito, as experiências de criminalidade estatal que o mundo vivenciou demonstram que a própria estruturação rigidamente hierárquica do Estado, com uma numerosa gama de funcionários à disposição dos dirigentes com poder de mando, já é suficiente para que o homem de trás detenha um efetivo controle dos fatos por ele determinados, mesmo sem atuar diretamente na fase executiva. Nesse sentido, é possível indicar tanto os delitos cometidos através da formalmente legítima Alemanha Nazista e da antiga RDA, quanto aqueles clandestinamente perpetrados por intermédio das ditaduras militares latino-americanas⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Para uma explicação mais detalhada do caso, remetemos o leitor ao tópico 3.3 da presente dissertação. Ver, ainda, AMBOS, Kai. Dominio por organización. Estado de la discusión. Tradução de Ezequiel Malarino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 68, 2007, p. 101-103; MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas al derecho”? *Revista Penal*, n. 6, 2000, p. 106-109.

⁴⁶⁴ V. IBÁÑEZ, Eva. Op. cit. p. 193-196.

Inclusive, é possível afirmar que, quando Roxin flexibiliza o requisito por ele elencado para afirmar ser suficiente que a desvinculação do direito se dê em relação ao injusto punível determinado⁴⁶⁵, o penalista está, na realidade, prescindindo do mesmo. Afinal, o fato de se tratar de um injusto punível já constitui um pressuposto exigido para todo e qualquer fato que requeira a incidência do Direito Penal. Assim, de acordo com Kai Ambos, “com isto só enuncia-se algo que resulta por si só do fato de ocupar-se com o direito penal, ou seja, que um comportamento determinado é ou não um injusto punível”⁴⁶⁶.

Outrossim, no que tange à criminalidade não estatal, Kai Ambos também sustenta que, uma vez verificada a estruturação hierarquizada e a substitutibilidade dos executores, seria irrelevante para o domínio do fato do homem de trás a desvinculação da organização em relação ao ordenamento jurídico. Assim, em contraposição a Roxin, que reputa imprescindível que a organização paraestatal seja globalmente contrária ao ordenamento jurídico estatal, caracterizando um “Estado dentro do Estado”, Ambos exemplifica seu ponto de vista com os casos de criminalidade organizada que opera associada ao Direito, “como elemento del ordenamiento, aprovechando los ‘cauces del Derecho’ (*Roxin*) para la común satisfacción de intereses”⁴⁶⁷.

Há que se reconhecer que a doutrina é relativamente pacífica no sentido da aplicabilidade da teoria do domínio da organização à criminalidade organizada *stricto sensu*⁴⁶⁸. Inclusive, é possível afirma que tal modelo teórico foi ventilado por ocasião do XVI Congresso Internacional de Direito Penal da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), realizado em Budapeste, no ano de 1999, onde estavam em discussão os sistemas de Justiça Penal em face do crime organizado⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ “mas sim unicamente de se uma ação ordenada pelo Estado é ou não um injusto punível. Se é um injusto punível, então existe uma desvinculação do direito sem nele nada ‘fique borrado’” FS Grünwald (1999), p. 557 *apud* AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D’Avila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008, p. 273.

⁴⁶⁶ AMBOS, Kai. Op. cit. p. 275.

⁴⁶⁷ AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 3, 1999, p. 133-165.

⁴⁶⁸ Especificamente sobre o tema, v. MOCCIA, Sergio. O controle da criminalidade organizada no Estado Social de Direito: aspectos dogmáticos e de política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 92, set./out. 2011, p. 46. Na doutrina brasileira, v. LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, ano 3, n. 1, 2004, p. 35-69; GOMES, Luiz Flávio. *Criminalidade organizada: quem determina uma morte é autor mediato, co-autor ou indutor?* Disponível em <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081001181547826> Acesso em 15/04/12.

⁴⁶⁹ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Resoluções das Seções I e II do XVI Congresso Internacional da AIDP*. Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/p_resolucoes.htm> Acesso em 15/04/12. *Verbis*: “A AIDP admite uma cautelosa modernização baseada no princípio da responsabilidade organizacional. Assim, em organizações estruturadas hierarquicamente, pessoas com poder de decisão e controle podem ser responsabilizadas por atos de outros membros sob seu controle, se ordenaram a prática desses atos ou conscientemente deixaram que fossem praticados”.

Sem embargo, na esteira das lições de Kai Ambos, e com base nos fundamentos despendidos já em relação à criminalidade estatal, entendemos ser desnecessário que a organização paraestatal se encontre desvinculada do direito para que reste caracterizado o domínio da organização. Então, o imprescindível é verificar, a partir de uma análise concreta, se a organização em questão está, de fato, estruturada de forma verdadeiramente hierarquizada, ostentando um grau de complexidade tal que os dirigentes disponham de um amplo espectro de integrantes a eles subordinados e predispostos a atender o comando⁴⁷⁰.

Em recente obra dedicada ao tema, a doutrinadora espanhola Eva Ibáñez também se posiciona no sentido de rejeitar o requisito da desvinculação do aparato em relação ao direito por não considerá-lo essencial para fundamentar o domínio da organização. Conforme observa a autora, além de carecer de uniformidade, dando azo a diversificadas e incertas interpretações, o fato de a estrutura organizativa estar ou não associada à ordem jurídica não influencia na execução consciente e voluntária da ordem delitiva por um subordinado facilmente substituível.⁴⁷¹ Ainda no sentido de uma visão crítica do requisito em tela, a penalista espanhola aponta os seguintes doutrinadores: Schild, Bosch, Herzberg, Knauer, Lagneff, Rotsch, Caruso Fontán, Núñez Castaño e Meine⁴⁷².

Paralelamente, segundo Iván Meini⁴⁷³, o pressuposto da desvinculação ao direito não apresenta nenhuma relevância para o domínio do fato através do domínio da organização. Afinal, a lei sempre encontra primazia dentro do seu âmbito de vigência territorial, constituindo uma barreira normativa para a prática de ilícitos até mesmo em relação aos sujeitos associados a uma organização criminosa.

Em síntese, partindo do pressuposto de que o domínio do fato é um conceito aberto, devendo as modalidades estruturais e seus requisitos configuradores ser concretizados à luz da realidade fática, conclui-se que os requisitos que conferem o real controle dos fatos criminosos ao dirigente da estrutura de poder, na hipótese de trabalho, são: poder de mando dentro de um aparato rigidamente hierarquizado, estatal ou não; fungibilidade dos subordinados que se encontram disponíveis para o cumprimento das ordens do dirigente em

⁴⁷⁰ No sentido da necessidade de uma análise concreta do modo de estruturação da organização paraestatal, v. IBÁÑEZ, Eva. Op. cit. p. 111; AMBOS, Kai. Op. cit. p. 157; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. p. 110-111.

⁴⁷¹ IBÁÑEZ, Eva. Op. cit. p. 200-202.

⁴⁷² SCHILD, W., *Täterschaft*, pág. 22; BOSCH, N., *Organisationsverschulden*, págs. 229-231; HERZBERG, R. D., <<Mittelbare Täterschaft und Anstiftung>>, págs. 36-37; KNAUER, C., *Die Kollegialentscheidung*, págs. 78-79, 216; LANGNEFF, K., *Die Beteiligtenstrafbarkeit*, págs. 107, 115-116, 157; ROTSCHE, T., ZStW (2000), págs. 518-562; CARUSO FONTÁN, V., RDP (2003), págs. 51-57; NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad*, págs. 182-184; MEINE, I., *Responsabilidad del empresario*, págs. 175-180 *apud* IBÁÑEZ, Eva. Op. cit. p. 189 e 190.

⁴⁷³ Meini, Iván. Op. cit. p. 49-58.

questão; disposição consideravelmente elevada dos potenciais executores, que se encontram integrados ao funcionamento da organização, para o cumprimento da ordem do superior.

Na verdade, constata-se que, em que pesem as divergências doutrinárias entre Roxin e Kai Ambos, as concepções de ambos os penalistas sobre a teoria do domínio da organização se aproximam quando aplicadas aos casos concretos de criminalidade estatal. Isso porque Kai Ambos admite a incidência da construção teórica conquanto que presentes a fungibilidade e a rígida hierarquia, ao passo que Roxin, além desses requisitos, identifica a desvinculação do aparato estatal em relação ao direito, seja este nacional, internacional ou suprapositivo⁴⁷⁴.

Diante disso, parece-nos que a persistente defesa do requisito da desvinculação ao direito, apesar dos diversos abrandamentos efetuados em relação à criminalidade estatal para justificar sua vigência sem restringir o âmbito de aplicação da teoria naquela seara, decorre mais de uma opção política do que de uma exigência dogmática. E tal opção política consistiria em rechaçar, de modo absoluto, qualquer viabilidade de extensão do novo modelo de imputação penal à esfera da criminalidade de empresa.

Destarte, e tendo em vista que as mais acirradas objeções à teoria do domínio da organização se situam no âmbito do Direito Penal Econômico, analisaremos a questão em tópico apartado. Objetiva-se, portanto, investigar se o abandono do requisito da desvinculação ao direito, aqui assumido, implica numa automática extensão da figura da autoria mediata em virtude de aparatos de poder à criminalidade de empresa.

4.7 Extensão à esfera da criminalidade de empresa

4.7.1 Panorama geral

De acordo com a exposição supra, Roxin rejeita em absoluto a extensão da aplicabilidade da teoria do domínio da organização à criminalidade empresarial, vez que as empresas atuam dentro do âmbito da licitude. Por isso, uma vez não satisfeito o requisito da desvinculação do aparato em relação ao direito, seria devida a expectativa de que os

⁴⁷⁴ Vale lembrar, porém, que Roxin admite a formação de uma cadeia de autores de escritório, enquanto que Kai Ambos sustenta que apenas o dirigente que ocupa o vértice da estrutura de poder pode ser autor mediato em virtude do domínio da organização, sendo que os integrantes dos escalões intermediários da empresa criminal conjunta devem ser imputados como coautores ou, caso ausente o domínio funcional do fato, como partícipes.

comandos criminosos não fossem cumpridos, afastando-se a fungibilidade dos executores. Tal entendimento é perfilhado pela maioria da doutrina alemã.

Adotando o mesmo raciocínio, Figueiredo Dias discorda do emprego da teoria roxiniana aos crimes cometidos através de organizações empresariais, no que é seguido pela doutrina majoritária portuguesa⁴⁷⁵. O autor, todavia, não exclui que, futuramente, possa assumir posicionamento diverso, à vista das semelhanças funcionais de fato existentes entre algumas empresas e os aparatos organizados de poder. Assim, apesar dessa constatação fática, Figueiredo Dias optou pela não extensão da autoria de escritório à criminalidade empresarial em razão da momentânea ausência de uma precisa demarcação da sua aplicabilidade naquele domínio.⁴⁷⁶

Na esteira das lições de Figueiredo Dias, as doutrinadoras Susana Aires de Sousa⁴⁷⁷ e Teresa Quintela Brito⁴⁷⁸ rechaçam a aplicação da autoria mediata através de aparatos de poder à criminalidade empresarial por estar a empresa destinada ao desenvolvimento de atividades lícitas, o que afastaria a fungibilidade dos executores e, por consequência, o automatismo do seu funcionamento. Ademais, se questiona que as organizações empresariais ostentem uma estruturação verdadeiramente hierarquizada, haja vista a atual descentralização das decisões.

Saliente-se que até mesmo alguns críticos do critério da desvinculação ao direito não aceitam tal extensão. Nesse sentido, Kai Ambos, alegando que as empresas não constituem aparatos rigidamente organizados de poder e que inexiste em seu âmbito a fungibilidade mecânica dos subordinados. Sem embargo, ressalva o autor que, se a prática delitiva se tornar predominante, a organização empresarial poderá ser equiparada à máfia, mostrando-se aplicável a teoria do domínio da organização.⁴⁷⁹

Também segundo Muñoz Conde e Pérez Cepeda, independentemente da pertinência do requisito da desvinculação ao direito, o principal óbice à incidência da tese roxiniana sobre

⁴⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. V. 1. 2a ed. Coimbra Editora, 1a ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 789.

⁴⁷⁶ Id. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 370-371. Saliente-se que, conforme já exposto no tópico 2.2.2, Figueiredo Dias, em seu manual de Direito Penal, desenvolveu a figura da instigação-autoria como um modelo alternativo em relação à autoria mediata em virtude do domínio da organização. Já no trabalho citado nesta nota de rodapé, o doutrinador português manifesta adesão à teoria roxiniana, em especial no âmbito da criminalidade organizada, com a aludida ressalva no tocante à criminalidade de empresa.

⁴⁷⁷ SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 1015-1018;

⁴⁷⁸ BRITO, Teresa Quintela. Autoria das contra-ordenações e dos dirigentes. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 217-218;

⁴⁷⁹ AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 3, 1999, p. 157.

os crimes praticados no seio de uma organização empresarial consiste na carência de fungibilidade dos executores. Assim, apontam que, além de a empresa não possuir uma estruturação rígida, a relação existente entre superior e subordinado não é anônima, inexistindo a necessária intercambialidade.⁴⁸⁰ Consoante a autora espanhola, “en la estructura de una empresa la relación con el subordinado se basa en la distribución o división del trabajo, no en la sumisión ni en la obediencia”⁴⁸¹.

Nessa esteira, Gómez-Jara Díez explica que o atual fenômeno da descentralização e funcionalização das empresas enseja o estabelecimento de vínculos transversais em detrimento de uma hierarquia rigidamente linear. Ademais, o autor indica que o desenvolvimento do Direito do Trabalho e do Consumidor, além da demanda por mão-de-obra especializada, impede a fungibilidade dos empregados.⁴⁸²

A despeito do posicionamento doutrinário majoritário, o Superior Tribunal Federal alemão consagrou a possibilidade de aplicação da teoria da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder à criminalidade de empresa no caso das mortes no Muro de Berlim. Segundo Roxin, referida extensão foi viabilizada pelo fato de a 5ª Turma do BGH ter invocado como requisitos complementares para a caracterização do domínio da organização a disposição incondicionada do executor em obedecer às ordens criminosas e o desejo do homem de trás em relação ao resultado delituoso como corolário de seu próprio atuar⁴⁸³. Entretanto, conforme já analisado anteriormente, o penalista critica tais exigências adicionais e, conseqüentemente, a incidência de sua construção dogmática aos crimes cometidos através de organizações inseridas no marco da licitude⁴⁸⁴.

O entendimento adotado no citado precedente foi confirmado pela jurisprudência alemã posteriormente. Assim, a 2ª Turma do BGH, em 1997, condenou os diretores de uma sociedade a título de autores mediatos por uma remoção de lixo perigosa para o meio ambiente, vez que transferiram os resíduos para empresas que não poderiam eliminá-los adequadamente. Essa decisão é criticada por Roxin, sustentando que os dirigentes da organização não detinham o domínio do fato criminoso, mas teriam atuado simplesmente

⁴⁸⁰ 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*, n. 9, 2002, p. 80; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, n. 9, 2002, p. 115.

⁴⁸¹ Loc. cit.

⁴⁸² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 15, n. 68, 2007, p. 170-175.

⁴⁸³ ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339.

⁴⁸⁴ V. tópico 4.4 e 4.5 da dissertação.

como indutores, já que a decisão final acerca da eliminação perigosa do lixo cabia às empresas que o receberam.⁴⁸⁵

No mesmo ano, a 4ª Turma do BGH condenou os administradores de uma sociedade como autores mediatos dos delitos de estelionato, visto que, a despeito do estado de insolvência da empresa, seus empregados prosseguiram na realização de pedidos de mercadorias. A sentença condenatória, porém, foi proferida mesmo sem a comprovação de “ninguna intervención concreta de los acusados o ni siquiera conocimiento actual de éstos en relación con los pedidos de mercaderías”⁴⁸⁶. À vista disso, Roxin combate a inclinação da jurisprudência alemã em aplicar a teoria do domínio da organização para a responsabilização dos dirigentes das empresas por qualquer delito cometido em seu âmbito, independentemente da verificação particular da presença do domínio do fato, através de um processo instrutório mais simplificado.⁴⁸⁷

De fato, o emprego automático do novo modelo para responsabilizar os empresários como autores mediatos por qualquer atividade criminosa realizada no bojo da organização empresarial conduz a uma inaceitável responsabilização penal objetiva. Mais recentemente, contudo, nas datas de 26/08/03⁴⁸⁸ e 02/11/07⁴⁸⁹, o BGH proferiu decisões em que, não obstante tenha reiterado a aplicabilidade da teoria do domínio da organização à criminalidade empresarial, reconheceu que os empresários acusados de praticar fraude através da estrutura organizativa atuaram em coautoria, e não em autoria mediata. Logo, parece que o tribunal alemão tem, adequadamente, se voltado a analisar a questão da imputação penal dos empresários à luz dos caracteres específicos do caso concreto.

Ante o panorama geral exposto, verifica-se que a jurisprudência do Superior Tribunal Federal alemão se pacificou no sentido de aceitar a aplicabilidade da autoria de escritório aos casos de criminalidade empresarial, conquanto que satisfeitos os requisitos para a configuração do domínio da organização por parte do dirigente da empresa. Entretanto, o posicionamento doutrinário prevalecente é no sentido de não admitir tal extensão. Diante

⁴⁸⁵ ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338; Id. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 661.

⁴⁸⁶ *Wistra*, 1998, p. 150 *apud* ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 662.

⁴⁸⁷ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 662 e 677; Id. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338-339.

⁴⁸⁸ BGH 5 STR 145/03, em BGHSt 48, 331. Cf. <<http://www.hrr-straftrecht.de/hrr/db/abfrage.php?sortieren=relevanz&volltext=bghst&sz=6>> Acesso em 03/12/10.

⁴⁸⁹ BGH 2 STR 384/07, em NSStZ 2008, 89. Cf. <<http://www.hrr-straftrecht.de/hrr/2/07/2-384-07.php>> Acesso em 03/12/10.

disso, a seguir, analisaremos os principais modelos de imputação penal propostos pela doutrina, especificamente no âmbito do Direito Penal Econômico.

4.7.2 Modelos de imputação penal alternativos

É certo que a exposição acerca dos modelos de imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder, efetuada no segundo capítulo, encontra aplicabilidade também no campo do Direito Penal Econômico, na hipótese em que o empresário determina a prática delitiva por intermédio da organização empresarial, valendo-se de uma ampla gama de funcionários predispostos ao cumprimento das ordens de forma livre e responsável. Contudo, em consideração a algumas particularidades da esfera empresarial, em especial a grande incidência de delitos especiais, bem como às profundas discussões sobre a responsabilização penal especificamente nesse domínio, analisaremos a questão também na presente oportunidade.

Primeiramente, vale registrar a existência de defensores dos clássicos modelos de imputação penal para o empresário na hipótese de trabalho. As principais modalidades adotadas para essa finalidade são a participação e a coautoria, tendo em vista que os tradicionais casos de autoria mediata pressupõem a utilização de interposta pessoa impunível.

Assim, Muñoz Conde⁴⁹⁰, ao não reconhecer a fungibilidade dos executores no seio das organizações empresariais, defende a responsabilização do dirigente a título de coautor delitivo, juntamente com os funcionários que praticam o ilícito diretamente e consoante as instruções superiores. Segundo o penalista espanhol, o entendimento de que a contribuição do coautor ao fato precisaria ocorrer na fase executória ainda seria corolário da teoria objetivo-formal, razão pela qual deveria assumir significação diversa ao menos em algumas esferas, como na empresarial, onde os atos decisórios ostentam maior importância que os executórios propriamente ditos.

Portanto, para Muñoz Conde, haverá domínio funcional sempre que a deliberação do órgão colegiado diretor, apesar de acontecer ainda na fase preparatória, apresentar estreita vinculação com a execução do crime, de modo a conferir aos dirigentes o controle do fato

⁴⁹⁰ 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*, n. 9, 2002, p. 59-98; Id. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas al derecho”? *Revista Penal*, n. 6, 2000, p. 111-114.

delitivo conjuntamente com os subordinados⁴⁹¹. Já em se tratando de crime especial, além da verificação do domínio do fato nos moldes declinados, só poderá ser reputado autor delitivo quem detenha as qualidades especiais previstas no tipo penal⁴⁹².

De fato, já nos posicionamos no sentido de que o domínio funcional do fato não demanda que o aporte de cada coautor se dê durante a fase executiva do delito. Assim, reconhece-se a figura do “organizador” como coautor dos fatos por ele determinados, haja vista a sua posição de liderança sobre o grupo e embora a contribuição se restrinja à fase preparatória ao formular o plano delitivo⁴⁹³. Ainda assim, entendemos que o modelo da coautoria não se presta a solucionar especificamente a hipótese de trabalho, cabendo remeter às críticas já realizadas no tópico 2.1.3 da presente dissertação.

Por outro giro, Pérez Cepeda concorda com o modelo proposto por Muñoz Conde apenas nos casos em que a execução do plano criminoso deliberado é perpetrada por algum dos membros do órgão diretor⁴⁹⁴. Porém, tal hipótese não corresponde estritamente àquela ventilada no trabalho.

Já quando o delito for praticado diretamente por um subordinado que não participe da decisão criminosa, a doutrina não vislumbra a coautoria, por inexistir resolução criminosa conjunta nem estruturação horizontal. Então, os superiores deveriam ser imputados a título de indutores. Tal modelo, todavia, conforme constata a própria doutrina, enseja uma lacuna de punibilidade nos crimes especiais, sempre que o autor imediato carecer da qualidade exigida pelo tipo. Visando solucionar esses casos, ela invoca a duvidosa figura da atuação em nome de outrem.⁴⁹⁵

Conforme já apontado, o modelo da participação tampouco se mostra adequado para imputar ao dirigente os delitos por ele determinados na hipótese paradigma, notadamente por ignorar a presença de um real domínio do fato em prol de critérios eminentemente normativos. Aqui, portanto, também se remete ao segundo capítulo, tópico 2.1.1.

⁴⁹¹ Id. 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*, n. 9, 2002, p. 67. Em suas palavras, “si el fundamento de la coautoría es el llamado dominio funcional del hecho, lo importante no es ya solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga de la realización del mismo, aunque no intervenga en su ejecución estrictamente considerada” (grifo no original).

⁴⁹² *Ibid.* p. 83-84.

⁴⁹³ V. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 106-107; IBÁÑEZ, Eva. Op. cit. p. 275; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 10ª ed. rev., amp. e atual. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 444.

⁴⁹⁴ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, n. 9, 2002, p. 119.

⁴⁹⁵ *Ibid.* p. 120-121.

Diante da insuficiência das modalidades clássicas de autoria e participação delitivas, estruturadas sob a base dos injustos individuais, para resolver os problemas de imputação penal no âmbito da macrocriminalidade, passaremos a abordar os modelos propostos mais recentemente.

Especialmente na doutrina portuguesa, a figura da instigação-autoria, desenvolvida por Figueiredo Dias com fundamento no domínio do fato através do domínio da decisão, tem encontrado acolhida na esfera do Direito Penal Econômico. De acordo com Susana Aires de Sousa, nos casos em que o funcionário comete, dolosamente, um delito comum a mando do dirigente empresarial, este último deve ser imputado como instigador-autor por deter o domínio da decisão do homem da frente⁴⁹⁶. A solução seria a mesma em se tratando de um delito especial, sendo evitadas lacunas de punibilidade a partir da norma legal portuguesa que dispõe sobre a comunicabilidade da ilicitude do fato⁴⁹⁷. Outrossim, também Teresa Quintela Brito manifesta adesão ao modelo de imputação penal construído por Figueiredo Dias⁴⁹⁸.

Contudo, a figura da instigação-autoria não se mostra o modelo teórico mais adequado para a imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder, inclusive empresariais. Conforme detalhadamente explanado no tópico 2.2.2, além de constituir uma *contradictio in terminis* falar em instigação que é autoria, a construção de Figueiredo Dias se revela, na verdade, mais um “jogo de palavras”, com o objetivo de evitar a autoria atrás do autor vedada pelo princípio da responsabilidade.

Por fim, será analisada, em seguida, uma alternativa que optamos por não mencionar no segundo capítulo da dissertação, em consideração ao fato de que ela vem adquirindo maior importância na seara do Direito Penal Econômico. Trata-se da tão debatida e controversa teoria dos delitos de infração de dever.

4.7.3 Delitos de infração de dever e domínio da organização

⁴⁹⁶ SOUSA, Susana Aires de. Op. cit. p. 1020-1021.

⁴⁹⁷ Ibid. p. 1029-1030.

Art. 28 do Código Penal de Portugal: “1 - Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os participantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora.”

⁴⁹⁸ BRITO, Teresa Quintela. Op. cit. p. 218-222.

É importante salientar que, em 1939, foi pioneiramente apresentada por Hans Welzel, na obra “*Studien zum system des strafrechts*”⁴⁹⁹, a teoria do domínio final do fato. O jurista tentou superar dogmaticamente as teorias puramente objetivas e subjetivas até então dominantes acerca do conceito de autor delitivo através de um critério mais preciso consistente no controle final do fato criminoso. Destarte, a teoria do domínio final do fato agregou ao conceito de autor delitivo um aspecto objetivo, atinente à contribuição relevante para o cometimento do crime, e outro subjetivo, referente à vontade que dirige a realização do fato.

A teoria objetivo-final foi retomada por Claus Roxin em sua monografia “*Täterschaft und Tatherrschaft*”⁵⁰⁰, publicada no ano de 1963, com a denominação de teoria do domínio do fato. Então, cunhou-se um conceito genérico e abstrato de autor delitivo como sendo a “figura central del suceso concreto de la acción”⁵⁰¹. Paralelamente, por exclusão, partícipe é aquele que não detém o domínio do fato, seja sob o aspecto objetivo ou subjetivo.

Todavia, de acordo com o próprio Roxin⁵⁰², o critério do domínio do fato só possui aptidão para a definição da autoria delitiva nos crimes comissivos dolosos em geral, chamados de “delitos de domínio”. Já nos crimes especiais e nos omissivos, estruturados em torno de um dever específico extrapenal, o critério invocado é o da infração do dever, daí o termo “delitos de dever”. Por fim, nos crimes de mão própria, o penalista também propõe um critério próprio de autoria delitiva.

Por outro giro, a partir da conjugação da ideia de dever com a sociologia dos sistemas de Luhmann, Günther Jakobs desenvolveu a sua teoria funcionalista sistêmica radical em torno dos papéis desempenhados por cada indivíduo dentro da sociedade. Ganha importância a sociedade compreendida como um sistema de comunicação normativa, ao passo que o sujeito é relegado a um segundo plano na qualidade de mero portador de papéis. Surge, assim, uma teoria normativa do injusto penal e, por consequência, também da imputação penal, sendo a função do Direito Penal orientada para uma prevenção geral positiva consistente em reafirmar a própria vigência da norma.⁵⁰³

⁴⁹⁹ Tradução: “*Estudos acerca do sistema do Direito Penal*”.

⁵⁰⁰ V. versão espanhola: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

⁵⁰¹ *Ibid.* p. 569.

⁵⁰² *Ibid.* p. 367-470 e 703-758. Ver, ainda, GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. *Revista Liberdades*, n. 07, mai.-ago. 2011, p. 103-104.

⁵⁰³ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 11-41. Título original: *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?* A respeito do tema, ver, ainda, MARTINELLI, João Paulo Orsini. *A teoria da imputação objetiva e o direito penal brasileiro*. Disponível em: <www.lfg.com.br/artigos/a_teor%C3%ADa_da_imputa%C3%A7%C3%A3o_objetiva.pdf> Acesso em 15 abr. 2012.

Com efeito, de acordo com a teoria da imputação objetiva de Jakobs, aquele que se mantém circunscrito ao papel desempenhado em sociedade não pode ser responsabilizado pelo curso lesivo. Desta feita, a responsabilidade penal só poderá recair sobre a pessoa que ostente a qualidade de garante no sentido de evitar determinados riscos que se inserem dentro de sua esfera funcional no sistema de comunicação normativa, violando um dever derivado de seu papel. Assentada essa noção, o penalista alemão elaborou alguns critérios delimitativos da imputação objetiva, a saber, risco permitido, princípio da confiança, proibição de regresso e competência (capacidade) da vítima. Em suma, a infração de um dever se tornou o ponto nodal de toda a imputação penal no pensamento de Jakobs.⁵⁰⁴

Perde relevância dogmática a divisão entre delitos comissivos e omissivos para se estabelecer, de um lado, os “delitos em virtude de competência por organização”, arrimados na violação de um dever negativo de não lesar o âmbito de organização alheio, e de outro os “delitos em virtude de competência institucional”, fundados no quebrantamento de um dever positivo de proteção. Então, na teoria normativa da imputação de Jakobs, autor delitivo é sempre o titular de um dever especial, seja ele organizacional ou institucional, originário da função assumida em sociedade, independentemente de se tratar de uma conduta ativa ou omissiva.⁵⁰⁵

Na concepção de Jakobs, os delitos em virtude de competência por organização correspondem a “delitos de domínio”. Já os delitos em virtude de competência institucional se referem, propriamente, a “delitos de dever”. Consta-se, por conseguinte, que o critério empregado por Jakobs para distinguir as categorias dos delitos de domínio e de dever difere da construção elaborada por Roxin.

A rigor, para Roxin, aquelas categorias se extraem já da estrutura do tipo penal, de modo que os delitos dolosos comissivos seriam em geral de domínio, e os delitos especiais e os omissivos seriam de dever. Por sua vez, no pensamento de Jakobs, o fato de se tratar de um tipo penal comissivo ou omissivo, comum ou especial, não apresenta qualquer relevância para a categorização. Afinal, seria a natureza da relação do sujeito ativo com o bem jurídico que

⁵⁰⁴ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Consoante sintetiza o penalista, “imputam-se os desvíos a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as *capacidade de quem atua*, mas sim as *capacidade do portador de um papel*, referindo-se a denominação *papel* a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis” (p. 22).

⁵⁰⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 25. Ver, ainda, BERRUEZO, Rafael. *Delitos de dominio y de infracción de deber*. Montevideo: IBdeF, 2009, p. 15-16 e 378-410; BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 80-81.

definiria o tipo de dever violado com a prática delitiva, se de competência por organização (delito de domínio) ou institucional (delito de dever)⁵⁰⁶.

A teoria normativa da imputação penal de Jakobs tem recebido acolhida por parte de um importante setor doutrinário, notadamente no âmbito do Direito Penal Econômico, ainda que não necessariamente de modo uniforme. Nessa esteira, Feijoo Sánchez, ao cuidar da autoria e participação delitivas no seio de organizações empresariais complexas, adota como pressuposto a teoria da imputação objetiva, não apenas no sentido da imputação de resultados, mas como uma teoria global sobre a normatização da tipicidade e, por consequência, também da imputação do injusto penal a pessoas⁵⁰⁷.

De acordo com Feijoo Sánchez, a teoria do domínio do fato, inclusive na sua modalidade do domínio da organização, tem se mostrado inadequada diante da complexidade que assumem os fenômenos na sociedade contemporânea. Portanto, o autor propõe o abandono daquele critério de autoria delitiva em prol de um domínio competencial do fato, de natureza essencialmente normativa, estruturado com base na infração de dever.⁵⁰⁸

O ponto central da teoria de Feijoo Sánchez reside em estabelecer o âmbito de competência material de cada integrante da organização empresarial, a partir do qual se originam deveres de cuidado e de evitação. A delimitação do domínio competencial conta com os aportes do princípio da confiança, o qual possui aplicabilidade tanto no plano horizontal, em relação à divisão de tarefas dentro de uma mesma seção da empresa, quanto no plano vertical, no que toca aos distintos níveis de responsabilidade dos superiores e empregados⁵⁰⁹. Nas palavras do doutrinador, “el principio de confianza se encuentra estrechamente relacionado com la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad”⁵¹⁰.

Especificamente no plano vertical, objeto de interesse para os fins da presente dissertação, Feijoo Sánchez explica que o princípio da confiança possui um alcance mais limitado para o superior hierárquico, sendo que seus deveres de vigilância, supervisão e

⁵⁰⁶ Conforme explica BERRUEZO, Rafael. Op. cit. p. 379-380: “Junto com los deberes negativos, expresa Jakobs, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, *existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas* o para la realización de instituciones estatales; estos deberes, em cuanto deberes positivos, tienen como presupuesto, un autor que desempeñe un rol especial: los padres frente a sus hijos, funcionarios, jueces y otros. La infracción de esos deberes positivos da lugar a los delitos de deber. En los delitos de deber la autoría no se infiere del dominio del hecho, ya que su contenido no es la usurpación de libertad ajena, sino la falta de cuidado por una persona o una institución del Estado; dicho de otro modo, *la competencia por no mejorar su situación*. [...] En los delitos de infracción de deber el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico, que consiste em deberes para la protección y cuidado del bien jurídico, no siendo importante la forma em que há de lesionar el bien que se encuentra bajo su protección”. Ver, ainda, BACIGALUPO, Silvina. Op. cit. p. 84-87.

⁵⁰⁷ FEIJOO, SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Montevideo: IBdeF, 2009, p. 1 e 213.

⁵⁰⁸ Ibid. p. 5-16 e 37-38.

⁵⁰⁹ Ibid. p. 20-38.

⁵¹⁰ Ibid. p. 25.

controle variarão consoante o grau de qualificação do subordinado. Paralelamente, quanto maior a complexidade das estruturas empresariais, opera-se uma transformação do conteúdo dos deveres individuais, devendo ser investigado o âmbito de competência de cada nível da empresa e remanescendo deveres organizativos gerais para os diretores e administradores ocupantes do vértice superior. Conforme constata, com razão, o penalista:

no siempre se pueden resolver todos los problemas proyectando la responsabilidad hacia el vértice superior de la pirámide, debido a la importancia que en una empresa o sociedad tienen los cargos intermedios o los encargados o jefes de una sección o unidad operativa concreta, con enormes capacidades de decisión. En estos casos los órganos superiores muchas veces no toman las decisiones sino que sólo controlan y supervisan la actividad de los cargos intermedios, que son los que realmente adoptan las decisiones relevantes y disponen de la información decisiva con respecto a la posible lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.⁵¹¹

É importante salientar que, para a teoria normativa da imputação penal defendida por Feijoo Sánchez, é irrelevante que o delito seja doloso ou culposo, comissivo ou omissivo. Isso porque ela se desenvolve com base em um domínio competencial do fato, estabelecido a partir da delimitação normativa dos deveres de cuidado e de evitação no seio da empresa.⁵¹²

Contudo, também discordamos do modelo de imputação penal construído fundamentalmente em torno da noção de infração de dever. Com efeito, conforme já ensinava Welzel, a definição da autoria delitiva se extrai primariamente da teoria do injusto penal adotada⁵¹³. Assim, a teoria normativa da imputação elaborada por Jakobs e Feijoo Sánchez - a despeito das suas peculiaridades próprias - decorre, em última análise, da proposta de normatização de toda a tipicidade penal⁵¹⁴. Entendemos, entretanto, que tal postura pode conduzir a um desaconselhável distanciamento da realidade fática e à perda de substancialidade da noção de bem jurídico, razão pela qual o presente trabalho se orienta no sentido de uma teoria do injusto penal nos moldes do funcionalismo moderado de Roxin e com os contornos assentados, no Brasil, por Juarez Tavares.

A perspectiva teleológico-racional de Roxin concebe toda a teoria do delito, inclusive a tipicidade, à luz da finalidade político-criminal do Direito Penal. Então, o penalista alemão desenvolve uma dogmática normativista, que leva em consideração também a dimensão empírica.⁵¹⁵

Nesse contexto, o processo de imputação emerge com o escopo de atribuir o injusto penal a alguém como obra sua. No que tange ao tipo objetivo, além da análise da relação de

⁵¹¹ Ibid. p. 29.

⁵¹² Ibid. p. 48.

⁵¹³ Welzel. *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlín: Walter de Gruyter, 1969, p. 98 *apud* CEREZO MIR, José. Op. cit. p. 5.

⁵¹⁴ V. FEIJOO, SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit. p. 211.

⁵¹⁵ ROXIN, Claus. *Estudios de Derecho Penal*. Tradução de Luís Greco. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 63 e 79-82.

causalidade, mostra-se relevante a finalidade político-criminal de proteção dos bens jurídicos contra riscos socialmente intoleráveis. A partir daí, Roxin elaborou a sua teoria da imputação objetiva, delimitando a esfera da responsabilidade penal com base em critérios normativos restritivos, a saber, criação de um risco não permitido, realização do risco não permitido, alcance do tipo e princípio da autorresponsabilidade. Por sua vez, no tipo subjetivo, são aferidos o dolo e os elementos subjetivos do injusto.⁵¹⁶

Conforme se verifica, o processo de imputação formulado por Roxin e decorrente da sua concepção sobre o injusto penal não é exclusivamente normativista, pois considera os dados empíricos reputados de relevância jurídico-penal. De acordo com o penalista de Munique, “a imputação objetiva, que compõe a espinha dorsal do injusto jurídico-penal, é portanto uma política criminal traduzida em conceitos jurídicos, que trabalha fundada numa base empírica e pondera interesses de liberdade e segurança”⁵¹⁷. Logo, no ponto, o funcionalismo teleológico-racional de Roxin se afasta do pensamento normativista radical de Jakobs.

Outrossim, embora o conceito de bem jurídico cunhado por Roxin possua uma base sistêmica, Juarez Tavares identifica que ele se orienta no sentido garantista da limitação do poder punitivo⁵¹⁸. Já em Jakobs, a teoria do bem jurídico perde relevância, haja vista a concepção do delito como infração de um dever, tendo a pena a função de reafirmar a vigência da norma violada, o que conduz a uma retroalimentação sistêmica⁵¹⁹.

Sintentizando as principais distinções entre o funcionalismo de Jakobs e de Roxin, vale transcrever as lições de Berruezo:

La diferencia entre los planteamientos de Roxin y Jakobs podría radicar, pues, en que el primero, que parte de la necesidad de orientar la dogmática a la política criminal, acoge las finalidades político-criminales de un modo más global, comprendiendo que las diversas finalidades se limitan entre sí; muy significativo es que Roxin no oriente su sistema a los fines de la pena, sino a los fines del Derecho Penal, que, para él, son algo más que lo anterior. En cambio, Jakobs, que parte de la necesidad de una renormativización, quizás acoja en forma demasiado categórica, esto es, sin limitaciones o contrapesos, la función de prevención-integración (que atribuye a la pena) como base de la refundamentación normativa de las categorías y los conceptos; ello con independencia de que, ya en el plano de la teoría de los fines de la pena, su concepción de la prevención general positiva sea, para algunos, criticable en sí misma. Es por esto que dentro de la corriente funcionalista se distinguen dos sectores: uno más “radical”, identificando a Jakobs como representante de ésta, y otra “moderada”, identificada con Roxin y sus discípulos.⁵²⁰

⁵¹⁶ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 70-72 e 104-122.

⁵¹⁷ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 72.

⁵¹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 196-197.

⁵¹⁹ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, segundo o qual “La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho Penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma.” (p. 11)

⁵²⁰ BERRUEZO, Rafael. Op. cit. p. 13.

Com proximidade à perspectiva teleológico-racional roxiniana, Juarez Tavares trata da estrutura do tipo de injusto. Primeiramente, indica como pressuposto material do tipo a lesão a um determinado bem jurídico⁵²¹. De acordo com o doutrinador, deve ser atribuído ao bem jurídico um sentido material para que atenda ao desiderato de limitação do poder punitivo estatal, não se confundindo com a noção de função, que depende de uma relação e de suas variáveis. Destarte, bem jurídico é conceituado como um valor vinculado à finalidade da ordem jurídica em torno da proteção à pessoa humana.

Uma vez assentada a sua substancialidade e universalidade, o bem jurídico, na condição de objeto de preferência real, é compreendido como um pressuposto de validade da norma. Por seu turno, a efetiva lesão ou colocação em perigo desse valor pessoal constitui um pressuposto de eficácia da norma.

Ademais, o tipo penal é composto por uma ação ou omissão típica, sendo possível que faça referência ao objeto da ação, a circunstâncias complementares e a um resultado típico⁵²².

A partir da estruturação do tipo de injusto, Juarez Tavares cuida do processo de imputação penal sob uma ótica também garantista delimitativa do *ius puniendi*, visando atribuir o injusto a alguém como obra sua. Especificamente em se tratando de delitos comissivos – os quais correspondem ao padrão da hipótese levantada no presente trabalho –, o professor os subdivide em crimes de resultado e de mera atividade.

Nos crimes de resultado, é necessário, primeiramente, aferir a relação de causalidade natural entre a conduta do agente e o resultado naturalístico típico, através da teoria contrafática da equivalência das condições, adotada pelo art. 13 do Código Penal brasileiro, com a incidência da cláusula *ceteris paribus*⁵²³. Caso constatado o nexu causal, há a incidência de critérios restritivos de imputação objetiva, de natureza essencialmente normativa. Então, com base em uma visão limitativa da teoria da imputação objetiva de Roxin, Juarez Tavares desenvolveu, em síntese, os seguintes critérios: diminuição do risco para o bem jurídico, não aumento do risco para o bem jurídico, risco permitido, risco incremento que não se materializa no resultado típico e resultado verificado que não se inclui no alcance do tipo⁵²⁴. Como ressalva, nos casos de delito de mera atividade, não se cogitará da relação de causalidade natural, sendo diretamente aplicáveis os critérios de imputação objetiva. Paralelamente, tanto nos crimes de resultado, quanto nos de mera atividade, a

⁵²¹ TAVARES, Juarez. Op. cit. p. 197-223.

⁵²² Ibid. p. 224-137.

⁵²³ Ibid. p. 254-278.

⁵²⁴ Ibid. p. 278-298.

imputação subjetiva cuidará da variação da direção volitiva do risco com relação à lesão do bem jurídico⁵²⁵.

Ainda no contexto doutrinário brasileiro, avultam de importância as lições de Renato Silveira, o qual trabalha com uma teoria pessoal do injusto e com os critérios de imputação objetiva especificamente no campo do Direito Penal Econômico. De acordo com o professor, um Direito Penal garantista não se satisfaz com o mero desvalor da ação – ainda que se esteja diante de um tipo penal de perigo abstrato -, mas é imprescindível também o desvalor do resultado, que denote ao menos um perigo para o bem jurídico tutelado pela norma penal⁵²⁶. Nessa esteira, a teoria da imputação objetiva, construída em torno da ideia de risco, contribui para as avaliações em perspectiva *ex ante* e *ex post* quanto à efetiva colocação em perigo ou ocorrência de dano ao bem jurídico⁵²⁷. Em síntese, “a análise procedida na verificação de um injusto típico em um momento *ex ante* há de ser completada em um momento *ex post*, com a comprovação da lesividade (ou, como exposto, ao menos de uma perigosidade dada)”⁵²⁸.

Diante de todo o exposto, manifesta-se adesão, na presente dissertação, à teoria do injusto penal proposta por Roxin e desenvolvida, no Brasil, por doutrinadores como Juarez Tavares e Renato Silveira, com um conseqüente processo de imputação que conjugue o normativismo com dados empíricos. Por conseguinte, estão estabelecidas as bases para a abordagem do modelo de imputação penal que pareça mais adequado para solucionar a hipótese de trabalho, especificamente no âmbito da criminalidade de empresa.

Conforme já declinado, Claus Roxin invoca a teoria do domínio do fato, como critério delimitativo da autoria e participação delitivas, para os delitos comissivos dolosos em geral. Por sua vez, em se tratando de crime especial ou de crime omissivo, o critério empregado é o da infração de dever. Por fim, adota-se um critério específico para os delitos de mão própria.

Paralelamente, a teoria do domínio da organização constitui uma modalidade de autoria mediata por meio do domínio da vontade, de sorte que integra o critério do domínio do fato. Mostra-se prevalecte, contudo, o entendimento de que o modelo da autoria de escritório não é extensível à criminalidade de empresa, sequer em caso de crimes comissivos

⁵²⁵ Ibid. p. 330 e ss.

⁵²⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 74-80.

⁵²⁷ Ibid. p. 80-85. *Verbis*: “Há de se ter, em medida de análise, a relevância do resultado que se pretende desvalorar. Inicialmente, diga-se, está a se cuidar, sempre, de situações que denotem um perigo ao bem jurídico protegido. Por segundo, imperiosa se torna a verificação causal quanto a este resultado. Sempre, deverá ser levada em conta a ação ou omissão incorrente. Assim, como corolário do injusto, pode-se ter que uma conduta, *ex ante* tida como perigosa, mas que, *ex post* não se mostre agressiva (nem mesmo em termos potenciais) ao bem protegido, não deve ser criminalmente reprovada” (p. 80). Ver, ainda: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Os detratores da Teoria da Imputação Objetiva*. 2001. Disponível em: <www.ibccrim.org.br> Acesso em 15 mai. 2012; Id. A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. *Boletim IBCCRIM*, n. 122, 2003, p. 15.

⁵²⁸ Id. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 164.

dolosos, por não restar satisfeito o requisito da desvinculação ao direito, o que retiraria a automaticidade do aparato.

Diante disso, Roxin⁵²⁹ propõe que a responsabilização criminal dos dirigentes empresariais ocorra em conformidade com as regras dos delitos de infração de dever. Então, o dirigente que, por intermédio da organização empresarial, determina a prática delitiva a um funcionário que atua de forma livre e responsável, deveria ser imputado como autor com fundamento em sua posição de garante para a salvaguarda da legalidade das ações da empresa. A mesma solução seria aplicável ao dirigente que não impedisse a realização do fato típico dentro daquele âmbito. Trata-se, portanto, do que Roxin denominou de “autoria mediata em virtude da posse de deveres”. De acordo com o penalista, tal entendimento foi acolhido pelo art. 13 do Corpus Iuris para a defesa dos interesses financeiros da União Europeia⁵³⁰.

Sem embargo, não concordamos integralmente com o modelo de imputação penal elaborado por Roxin especificamente para a criminalidade de empresa. De início, consoante já exaustivamente aludido, o próprio Roxin assevera que o critério da infração de dever deve incidir somente sobre os delitos especiais e os delitos omissivos. Por sua vez, a hipótese de trabalho se refere a uma atuação comissiva do dirigente do aparato de poder, que profere uma ordem delitiva valendo-se do modo de funcionamento da organização. Ademais, é certo que nem todos os crimes praticados por intermédio de uma empresa podem ser caracterizados como especiais, mas apenas aqueles cujo tipo exige uma qualidade especial do sujeito ativo.

Desta feita, mesmo seguindo o pensamento de Roxin, impõe-se a conclusão de que os crimes comissivos comuns perpetrados através de uma empresa são delitos de domínio, motivo pelo qual se submetem à teoria do domínio do fato, e não ao critério dos delitos de dever. Destarte, há que se cogitar, dentro do âmbito dos crimes comissivos comuns, acerca da aplicabilidade da modalidade específica do domínio da organização.

Por óbvio, o fato de ser possível o cometimento de delitos de domínio por intermédio dos aparatos empresariais não acarreta a automática incidência da autoria mediata através do domínio da organização naquele campo. Conforme demonstrado, prevalece que o requisito da

⁵²⁹ ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 340-342; Id. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 248.

⁵³⁰ Art. 13: “Si un hecho delictivo se comete por cuenta de una empresa por una persona que está sometida a la autoridad del director de la empresa o de otra persona dotada de poder de decisión o control en la empresa, responderá jurídico-penalmente también el director de la empresa o la persona dotada de poder de decisión o de control si tenía conocimiento de la comisión del hecho delictivo, dio instrucciones para su comisión, permitió que el hecho delictivo se cometiera u omitió las medidas de control necesarias”.

desvinculação do aparato em relação ao direito seria fundamental para a configuração do domínio da organização, pelo que estaria vedada a extensão da construção teórica à criminalidade de empresa⁵³¹. Entretanto, no tópico 4.6, já nos manifestamos contrariamente à essencialidade daquele requisito, sendo cabível a remissão aos argumentos despendidos na oportunidade. De todo modo, há, ainda, doutrinadores que, independentemente da pertinência do requisito da desvinculação do direito, vislumbram como óbice a carência de fungibilidade dos executores e de uma estruturação rigidamente hierárquica nas empresas⁵³².

Em síntese, para aqueles que não aceitam a incidência da teoria do domínio da organização na esfera da criminalidade empresarial, remanesceriam as demais modalidades de imputação penal baseadas no domínio do fato, com todas as dificuldades decorrentes da complexidade da hipótese de trabalho, em que a figura central do êxito delitivo está distanciada temporal e espacialmente da execução material do crime.

Na presente dissertação, todavia, na esteira da jurisprudência alemã, defende-se a aplicabilidade da autoria mediata em virtude do domínio da organização aos casos de criminalidade de empresa, quando o dirigente determina, por intermédio do aparato, a ordem criminosa, que será cumprida por um executor direto que atue de forma livre e responsável. Isso desde que concretamente verificados os pressupostos para a configuração do domínio da organização, quais sejam: poder de mando dentro de uma empresa estruturada, no plano vertical, de acordo com uma rígida hierarquia; fungibilidade dos potenciais executores materiais subordinados ao dirigente empresarial; disposição consideravelmente elevada dos potenciais executores em cumprir os comandos proferidos por estarem integrados ao funcionamento da empresa.

Nesse contexto, é relevante destacar artigo escrito por Heloisa Estellita e Luís Greco, onde as empresas são identificadas com aparatos organizacionais sempre que a sua estruturação permitir o cumprimento de comandos criminosos independentemente da atuação

⁵³¹ V. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 276-278; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. V. 1. 2ª ed. Coimbra Editora, 1ª ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 789; SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 1015-1018; BRITO, Teresa Quintela. Autoria das contra-ordenações e dos dirigentes. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 217-218.

⁵³² V. AMBOS, Kai. Dominio del hecho por domínio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 3, 1999, p. 157; 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*, n. 9, 2002, p. 80; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, n. 9, 2002, p. 115.

consciente e voluntária do executor direto⁵³³. E é esse exatamente o caso típico de aplicação da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade de empresa, por denotar o modo de funcionamento automático da organização, já estando determinado o “se”, embora não o “como”.

A partir dos requisitos elencados, se constata que não é qualquer organização empresarial que permitirá a configuração da hipótese de trabalho e a aplicação do modelo da autoria de escritório, mas tão-somente aquelas dotadas de maior complexidade. Além disso, caso a execução do crime demande um especial conhecimento por parte do executor imediato, estará elidida a fungibilidade. Saliente-se, ainda, que a base fática de aplicação da referida figura se refere a uma conduta ativa do dirigente empresarial, não estando de modo algum abarcadas as condutas meramente omissivas em relação aos fatos delitivos perpetrados por seus subordinados.

Logo, de fato, há que se levar em consideração as críticas doutrinárias relativas à fungibilidade dos executores e à estruturação efetivamente hierárquica da organização empresarial. Elas, contudo, remetem à casuística, de modo que, uma vez presentes todos os pressupostos do domínio da organização, vislumbrando-se um modo de funcionamento automático da empresa no caso concreto, não há motivos plausíveis para se rechaçar tal modalidade de domínio do fato, extraída da realidade empírica.

A rigor, parece-nos que a resistência doutrinária em aceitar o modelo de imputação penal em tela para casos de criminalidade de empresa deriva mais de uma opção política, do que de uma exigência dogmática. Com efeito, segundo Pérez Céspedes, a teoria do domínio da organização deve ficar circunscrita à criminalidade organizada em sentido estrito porque, do contrário, “se corre el riesgo de que se desborde a la criminalidade tradicional”⁵³⁴. Paralelamente, de acordo com Muñoz Conde, ao se renunciar ao requisito da desvinculação ao direito, existe o perigo de que a referida construção invada a seara da criminalidade empresarial, “imiscuindo-se o joio com o trigo”⁵³⁵.

Entendemos, sem embargo, que tais preocupações carecem de fundamento. Afinal, consoante delineado ao longo de todo o trabalho, a teoria do domínio da organização não se identifica, de modo algum, com uma manifestação do Direito Penal do inimigo. Tão-somente, trata-se de uma nova modalidade de domínio do fato, estruturada à vista da realidade fática da complexa sociedade contemporânea, conforme permite aquele conceito aberto de autor

⁵³³ ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 91, jul.-ago. 2011, p. 403.

⁵³⁴ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Op. cit. p. 119.

⁵³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. p. 111.

delitivo. E, como tal, deve se submeter ao processo de imputação penal garantista aqui adotado com base nas lições de Roxin e, no Brasil, de doutrinadores como Juarez Tavares e Renato Silveira, exigindo-se a comprovação de todos os seus pressupostos no caso concreto.

Nesse sentido, vale transcrever os esclarecimentos precisos de Artur de Brito Gueiros Souza:

Conquanto possua inequívoco relevo, parece que não se deve ir ao extremo de postular para o Direito Penal Econômico uma completa desvinculação com o Direito Penal nuclear, na medida em que, para a maioria dos doutrinadores, ele se encontra atrelado – e é bom que assim continue – aos mesmos princípios dogmáticos fundamentais, a começar pelo princípio da reserva legal, as regras de imputação objetiva e subjetiva e a sistemática das penas.⁵³⁶

Também Renato Silveira salienta que a ótica garantista do Direito Penal, estreitamente vinculada aos basilares princípios da legalidade, lesividade, efetividade, proporcionalidade e culpabilidade, possui integral aplicação inclusive no campo econômico⁵³⁷.

Desse modo, a construção roxiniana não pode ser compreendida como uma panacéia para a totalidade dos casos de criminalidade empresarial, sendo descabida a sua invocação para justificar a imputação de todo e qualquer ilícito que ocorra no seio da organização ao seu dirigente, sem que se perquirira acerca da contribuição conferida ao delito e da consciência e vontade no sentido do seu cometimento. A teoria do domínio da organização, como modelo de imputação delitiva a título de autoria mediata, deve respeitar o processo de imputação objetiva e subjetiva inerente a um Direito Penal garantista, de fundamentação antropológica, respeitando-se, portanto, os direitos fundamentais da pessoa humana⁵³⁸.

Em síntese, nos delitos comissivos comuns (delitos de domínio), determinados pelo dirigente empresarial por intermédio do modo de funcionamento automático do aparato em questão, revela-se plenamente aplicável o modelo da autoria mediata através do domínio da organização, conquanto que comprovados os seus pressupostos no caso concreto.

Já em se tratando de crimes especiais comissivos, em que o tipo penal exige uma qualidade especial do sujeito ativo, se afigura de duvidosa aceitação o critério proposto por Roxin dos delitos de infração de dever, segundo o qual é autor delitivo o titular do específico dever extrapenal previsto⁵³⁹. Na verdade, o objetivo primordial da adoção desse critério em

⁵³⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____ (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 118.

⁵³⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 42-43 e 165-166.

⁵³⁸ A respeito do tema, ver DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 223-248.

⁵³⁹ A favor do critério da infração de dever para os delitos especiais: H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 104 *apud* BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 28; BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 145-147 e 170-171.

detrimento do domínio do fato, apesar de se tratar de um crime comissivo doloso, consiste em evitar lacunas de punibilidade, mormente quando o homem de trás se utiliza de um instrumento doloso punível que carece da qualidade exigida pelo tipo. Consoante explica Silvina Bacigalupo:

Si no se hubiera reconocido la posibilidad conceptual del dominio normativo del hecho y se hubiera dado preferencia al dominio real (ontológico) del mismo, el no cualificado que realizaba la acción hubiera tenido que quedar impune, porque no podía ser autor, de la misma manera que el cualificado que se valía de él no podía ser punible como inductor porque el no cualificado no era autor del delito especial propio.⁵⁴⁰

Porém, eventuais lacunas de punibilidade devem ser assumidas pelo intérprete, cabendo a sua solução primariamente ao legislador penal. Ademais, especificamente no ordenamento brasileiro, é importante lembrar que o art. 30 do Código Penal prevê a comunicabilidade das elementares, ainda que de natureza subjetiva, aos demais concorrentes no delito⁵⁴¹.

Assim, parece ser mais adequada a adoção da teoria do domínio do fato mesmo para os crimes especiais comissivos, sendo que, em adição, deverá ser analisada a presença da qualificação especial demandada pelo tipo penal⁵⁴². Desta feita, conquanto que satisfeitos os seus requisitos configuradores, nos moldes já explanados acima, vislumbra-se a aplicabilidade da autoria mediata através de aparatos de poder. E, em se tratando de uma modalidade de autoria atrás do autor, sequer haveria que se cogitar sobre a referida lacuna de punibilidade caso esposado o entendimento de que o *extraneus* pode ser imputado como autor delitivo por força da regra da comunicabilidade das elementares.

⁵⁴⁰ BACIGALUPO, Silvina. Op. cit. p. 29.

⁵⁴¹ É certo que a interpretação do art. 30 do Código Penal brasileiro comporta profundas controvérsias doutrinárias, cuja abordagem extrapolaria os limites da presente dissertação. Assim, como registro, no sentido de que apenas o *intraeus* pode ser autor de um crime especial, ao passo que o *extraneus* seria responsabilizado como partícipe: BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 125; ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 33. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17082011-154535/%3E>> Acesso em 15 mai. 2012. Contudo, conjugando tal interpretação com o critério do domínio do fato, remanesceria a lacuna de punibilidade na hipótese em que o *intraeus*, sem deter o domínio da ação, funcional ou da vontade, se utiliza de um instrumento doloso punível não qualificado para a prática criminosa. Por seu turno, outra corrente doutrinária aceita que a especial qualificação exigida pelo tipo penal se comunique ao *extraneus*, de forma a ser responsabilizado até mesmo a título de autoria. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. V. 5. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39, conquanto que pelo menos um dos autores delitivos reúna a qualidade especial; e PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*, arts. 250 a 359-H. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 394, admitindo a configuração do delito especial ainda que com a mera participação do *intraeus*. Portanto, verifica-se que, mesmo dentro dessa segunda corrente, a referida lacuna de punibilidade só desaparecerá se esposado o posicionamento específico de Regis Prado.

⁵⁴² Posição mencionada por: SOUSA, Susana Aires de. Op. cit. p. 1028. Na doutrina brasileira, esposa tal entendimento: ORTIZ, Mariana Tranchesi. Op. cit. p. 32, segundo a qual “ainda que apenas *intraeus* possa ser autor (ou coautor) do delito especial, parece que o critério do domínio não deva ser de todo abandonado, na medida em que considerações materiais sobre o desempenho das funções sociais vinculadas ao *status* ostentado pelo sujeito qualificado podem afastar uma possivelmente equivocada equiparação de todas as condutas do *intraei*, sempre e necessariamente sob o título da autoria”.

Por fim, nos delitos omissivos, de fato não é possível se estar diante de um domínio de natureza naturalística sobre o curso dos acontecimentos⁵⁴³. Então, o termo delito de infração de dever pode ser empregado com maior propriedade, seja com a identificação de um dever geral de assistência nos crimes omissivos próprios, seja de um dever especial de impedir o resultado nos crimes comissivos por omissão. Tal modalidade delitiva, contudo, não corresponde à hipótese paradigma comissiva tratada no presente trabalho, motivo pelo qual nos restringiremos a uma breve abordagem que evidencie a necessidade de um tratamento dual comissivo-omissivo da matéria.

Na esteira da posição aqui esposada, Silva Sánchez⁵⁴⁴, primeiramente, alude à possível viabilidade de aplicação da teoria do domínio da organização aos casos em que o delito, não obstante praticado diretamente pelo subordinado, seja determinado pelo empresário. Conforme leciona, “el dominio de las estructuras, de los medios, del modo de configurarse el hecho típico, la estructura jerárquica, pueden permitir la atribución al superior de una autoría mediata *kraft Organisationsherrschaft*”⁵⁴⁵.

Entretanto, nas hipóteses em que o empresário atuar de forma omissiva, não impedindo a prática delitiva em sua esfera material de competência de controle de determinados fatores de risco para os bens jurídicos, o doutrinador sustenta a configuração do crime comissivo por omissão. Salienta, porém, que esse entendimento não remete a uma posição genérica de garante do empresário, mas sim a um específico compromisso de contenção de risco.

Tal formulação acerca dos delitos comissivos por omissão deita origens nos ensinamentos de Schünemann, por ocasião de sua teoria do domínio sobre a causa do resultado. A fonte do dever de garantidor, destarte, residiria no domínio sobre a causa do resultado, seja através do domínio sobre as coisas e os procedimentos materiais perigosos (domínio material), ou do domínio das ações de seus subordinados (domínio pessoal).⁵⁴⁶

A referida abordagem recebeu acolhida, ainda, por parte de Martínez-Buján Pérez, o qual aceita o modelo da autoria mediata através do domínio da organização – ainda que apenas quando a empresa tenha a finalidade exclusiva ou principal de cometer delitos –

⁵⁴³ V. TAVARES, Juarez. *As controversias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 23 e 29-35. Por isso, vale salientar que a omissão constitui uma categoria axiológica, devendo ser-lhe reconhecido um substrato social, e não somente normativo.

⁵⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 24-27.

⁵⁴⁵ *Ibid.* p. 25.

⁵⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal ciencias penales*, v. 41, n. 2, 1998, p. 533-541.

paralelamente à figura dos delitos comissivos por omissão. Quanto a esses últimos, o autor propõe a utilização do critério do domínio material e pessoal idealizado por Schünemann, sem prejuízo da adoção de um critério adicional de aceitação das funções de segurança derivado do funcionalismo de Jakobs.⁵⁴⁷

Enfim, vale fazer alusão a um interessante artigo de Eduardo Demetrio Crespo⁵⁴⁸. O doutrinador, embora não admita a extensão da teoria do domínio da organização à esfera empresarial, efetua uma detalhada análise sobre os crimes de omissão imprópria praticados pelo empresário pela não evitação dos ilícitos cometidos por seus empregados, à luz da teoria do domínio sobre o fundamento do resultado de Schünemann. Então, para ele, a posição de garantia do empresário estaria fundada no domínio sobre a fonte do perigo.

A rigor, para Roxin, a teorização de Schünemann não contradiz a sua categorização dos delitos de infração de dever, mas retrata apenas um esforço em reunir sob a rubrica de um domínio normativo tanto os delitos de domínio, quanto os de dever. Isso porque a modalidade omissiva não pode ser concebida de um modo puramente naturalístico.⁵⁴⁹ Já Demetrio Crespo indica relevantes distinções em se adotar o critério dos delitos de dever ou do domínio para os crimes omissivos. Desse modo, a respeito do primeiro critério, sintetiza:

A mi entender, esa teoría, que no em vano ha sido llevada a sus últimas consecuencias por el funcionalismo normativista-sistémico, supone acoger un positivismo formalista acríptico con formas típicas que vulneran el principio de proporcionalidad al considerar cumplido el tipo con cualquier intervención, aún la más lejana, del *intranets*.⁵⁵⁰

Diante disso, assevera que a teoria do domínio do fato, no sentido de um domínio sobre a origem do resultado, deve ser consagrada em detrimento dos delitos de infração de dever para os crimes comissivos e os omissivos. Assim, em que pese não se verificar um controle naturalístico nos casos de condutas omissivas, permaneceriam aplicáveis os critérios normativos derivados da teoria da imputação objetiva, sem prejuízo da análise subjetiva.⁵⁵¹

De fato, de acordo com Juarez Tavares, a teoria da imputação objetiva, atrelada à ideia de incremento do risco, encontra importante aplicabilidade também no campo dos delitos omissivos, onde não é possível se aferir uma relação de causalidade natural. Afinal, “na omissão, como no setor da imputação em geral, mais importante do que a causalidade é

⁵⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*: parte general. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 491-516

⁵⁴⁸ CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 79, jul.-ago. 2009, p. 41-74.

⁵⁴⁹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 744-745.

⁵⁵⁰ CRESPO, Eduardo Demetrio. Op. cit. p. 51. Mais especificamente, v. *Ibid.* p. 66-

⁵⁵¹ CRESPO, Eduardo Demetrio. Op. cit. p. 50-52 e 60-64.

determinar se, com seu comportamento, o sujeito tenha diminuído as chances de evitar o resultado”⁵⁵².

No Brasil, a figura dos crimes comissivos por omissão na específica seara do Direito Penal Econômico ganhou adesão de Rodrigo de Grandes, extraindo a fonte do dever de garante do empresário do próprio art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro⁵⁵³. Com efeito, a alínea c do mencionado dispositivo consagra o princípio da ingerência, atribuindo a posição de garante àquele que, “com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”. No desiderato de dar concretude a essa fonte formal do dever de impedir o resultado, é válido ressaltar, para os fins do presente trabalho, a denominada responsabilidade pelas fontes de produção de perigo⁵⁵⁴.

Diante de todo o exposto no presente apartado, sintentizamos as seguintes conclusões alcançadas.

Uma vez que os delitos dolosos comissivos comuns, praticados no seio da organização empresarial, possuem a natureza de delitos de domínio - conforme classificação cunhada pelo próprio Roxin -, é plenamente aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação da autoria e participação delitivas, inclusive na sua modalidade do domínio da vontade em virtude do domínio da organização. Destarte, o dirigente empresarial poderá ser imputado a título de autor mediato através do domínio da organização pelos delitos por ele determinados e perpetrados diretamente por funcionários intercambiáveis que atuam de forma livre e responsável, conquanto que caracterizado o modo de funcionamento automático do aparato (hipótese de trabalho). Isso, contudo, não exclui as demais modalidades de imputação penal decorrentes da teoria do domínio do fato, quando configurados os seus pressupostos.

Além disso, mesmo em se tratando de delitos especiais comissivos, nos parece que subsiste a aplicabilidade da teoria do domínio do fato, com todos os seus consectários, respeitada a exigência adicional de que o autor delitivo ostente as qualidades especiais do tipo penal e observada a regra da comunicabilidade das elementares de natureza subjetiva derivada do art. 30 do Código Penal brasileiro.

Por fim, nas hipóteses em que o dirigente empresarial se omitir diante da prática de fatos delitivos no seio da empresa, é preciso perquirir acerca da configuração do crime comissivo por omissão. Destarte, faz-se mister analisar, em síntese, a presença dos seguintes

⁵⁵² TAVARES, Juarez. Op. cit. p. 57.

⁵⁵³ GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 344.

⁵⁵⁴ V. TAVARES, Juarez. Op. cit. p. 66-70.

pressupostos: dever específico de impedir o resultado derivado da posição de garantidor, real possibilidade de atuar, ocorrência da situação típica, e elemento subjetivo, tudo sem prejuízo do recurso aos aportes da teoria da imputação objetiva.

4.7.4 Jurisprudência brasileira

Dentro desse contexto, impende destacar que, nos tribunais brasileiros, identifica-se uma progressiva consagração da teoria da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder, notadamente em casos de criminalidade empresarial. A jurisprudência nacional, portanto, não obstante o entendimento doutrinário predominante em contrário, seguiu a orientação do Superior Tribunal Federal alemão – aqui esposada com as devidas ressalvas já efetuadas – ao admitir a extensão da construção roxiniana a organizações que atuem no âmbito da licitude, como as empresas.

Com efeito, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em especial através de sua 8ª Turma, pode ser considerado o precursor da consagração pretoriana no sentido de imputar aos administradores a qualidade de autores mediatos pelos fatos criminosos cometidos por intermédio da empresa, com base na teoria do domínio da organização. Para tanto, adota reiteradamente a seguinte fundamentação jurídica:

A criminalidade contemporânea, sobretudo nos delitos ditos empresariais, é caracterizada, quase sempre, por um verdadeiro e intrincado sistema de divisão do trabalho delituoso no qual são repartidas, entre os agentes executores da ação criminoso, uma multiplicidade de tarefas, cada qual fundamental à consecução do fim comum. As categorias tradicionais de co-autor e partícipe, assim, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, não se mostram mais suficientes para a atribuição da responsabilidade penal individual. Foi assim que, a partir de uma formulação idealizada por Claus Roxin em sua monografia *Täterschaft und Tatherrschaft* ("Autoria e Domínio do Fato") para estabelecer a responsabilidade oriunda dos crimes cometidos pelo Estado nacional-socialista alemão, construiu-se o conceito de autor mediato, ou seja, aquele que, atuando na cúpula da associação criminosa, dirige a intenção do agente responsável pela prática direta do ato delituoso. O autor mediato não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o domínio da organização, que, segundo o vaticínio de Jorge de Figueiredo Dias, "*constituye una forma de dominio-de-la-voluntad que, indiferente a la actitud subjetivo-psicológica del específico ejecutor, no se confunde con el dominio-del error o con el dominio-de-la-coacción, integrando un fundamento autónomo de la autoría mediata*" (Autoría y Participación en el Dominio de la Criminalidad Organizada: el "Dominio de la Organización". In OLIVÉ, Juan Carlos Ferré e BORRALLO, Enrique Anarte. Delincuencia organizada - Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999).

"*En la discusión que ha sucedido a la construcción científica de la autoría mediata*", pondera Carlos Gómez-Jara Diez, "*(...) puede observarse cómo la piedra angular radica en el criterio que fundamenta el dominio de la organización*", consignando o referido doutrinador, a respeito, que "*la responsabilidad del superior jerárquico viene dada por su «dominio de la configuración relevante superior»*". Salienta, sobretudo, que "*esta posibilidad entra en consideración cuando el superior jerárquico sabe más sobre la peligrosidad para los bienes jurídicos que su propio subordinado*" (¿Responsabilidade penal de los directivos de empresa

en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. In Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre: ESMP, 2005. n. 11, p. 13).⁵⁵⁵

Atualmente, o posicionamento encontra-se pacificado não apenas na 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, mas também na sua 7ª Turma⁵⁵⁶. Inclusive, existem decisões proferidas pela 4ª Seção daquele tribunal, onde foi expressamente reconhecida a teoria do domínio da organização. Assim, confira-se:

EMBARGOS INFRINGENTES. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE. AUTORIA DO FALSUM. IRRELEVÂNCIA. MANDATÁRIO DA EMPRESA. AUTOR MEDIATO. DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. CRIME CARACTERIZADO.

1. Responsabilidade do embargante como incurso nas sanções do art. 19, parágrafo único, da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, dado que agiu com dolo eventual, ao permitir o envio da CND falsificada por fax ao agente financeiro, o que propiciou a indevida liberação do financiamento junto ao BNDES, sendo irrelevante a autoria da contrafação. 2. Caracterizada a autoria mediata, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização.⁵⁵⁷

Cumpra destacar que tal modelo é, muitas vezes, utilizado por aquele órgão julgador não apenas nos casos em que o administrador determina a prática delitiva ao empregado, mas também quando, estando ciente da ocorrência criminosa e possuindo capacidade de impedi-la, mantém uma conduta omissiva. Isto é, considera-se que o dirigente da organização empresarial é autor mediato em virtude do domínio da organização ainda que atue de forma omissiva. No desiderato de ilustrar a referida assertiva, é oportuno transcrever parcela de algumas decisões judiciais proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Enfim, pelos elementos constantes nos autos, Adilson e Vilson, na qualidade de administradores do empreendimento, estavam cientes da ocorrência do delito e tinham condições para impedir sua concretização.⁵⁵⁸

Enfim, há evidências que todos os réus estavam cientes da ocorrência do delito e tinha condições para impedir sua concretização. São, nos termos da teoria do domínio da organização retrocitada, autores do crime de sonegação fiscal inculcado no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/90.⁵⁵⁹

E, ainda que aceita a tese de que o apelante ADOM não realizou, por ação própria, a sonegação fiscal, não há como negar que o réu agiu de forma omissiva e intencional ao deixar de evitar o resultado antijurídico em face de sua condição de gerente do estabelecimento industrial fiscalizado.⁵⁶⁰

⁵⁵⁵ TRF4, ACR 0035146-81.2009.404.7100, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 11/01/2012; TRF4, ACR 2004.71.09.000848-9, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 25/06/2010; TRF4, ACR 2005.71.07.002580-2, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 13/01/2010; TRF4, ACR 2002.71.08.009788-2, 8ª Turma, Relator Cláudia Cristina Cristofani, D.E. 05/08/2009; TRF4, ACR 2002.71.09.002280-5, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 15/07/2009; TRF4, ACR 2006.71.13.001153-3, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 01/10/2008; TRF4, ACR 2005.71.00.003278-7, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 24/09/2008; TRF4, ACR 2003.72.01.000914-7, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 09/07/2008; TRF4, ACR 2000.72.04.001208-1, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 16/04/2008; TRF4, ACR 2005.71.11.003847-4, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 26/03/2008; TRF4, ACR 2000.72.04.001208-1, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 16/04/2008; TRF4, ACR 2001.70.09.001504-1, 8ª Turma, Relator para Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 09/05/2007.

⁵⁵⁶ TRF4, ACR 0000668-57.2008.404.7205, 7ª Turma, Relator Luiz Carlos Canalli, D.E. 29/05/2012; TRF4, ACR 0002602-16.2009.404.7205, 7ª Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, D.E. 23/03/2012; TRF4, ACR 0002777-78.2007.404.7205, 7ª Turma, Relator Sebastião Ogê Muniz, D.E. 19/08/2011; TRF4, ACR 0002324-06.2004.404.7006, 7ª Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, D.E. 26/11/2010; TRF4, ACR 2006.70.03.004255-4, 7ª Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 25/06/2010.

⁵⁵⁷ TRF4, EACR 2001.70.09.001504-1, 4ª Seção, Relator Tadaaqui Hirose, D.E. 23/07/2007.

⁵⁵⁸ TRF4, ACR 2004.71.09.000848-9, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 25/06/2010.

⁵⁵⁹ TRF4, ACR 2005.71.07.002580-2, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 13/01/2010.

⁵⁶⁰ TRF4, ACR 2002.71.08.009788-2, 8ª Turma, Relator Cláudia Cristina Cristofani, D.E. 05/08/2009.

Enfim, Fábio Morelli e Luis Miranda, na qualidade de administradores do empreendimento, estavam cientes da ocorrência do delito e tinham condições para impedir sua concretização. São, nos termos da teoria do domínio da organização retrocitada, autores dos delitos fiscais narrados na exordial acusatória.⁵⁶¹

Independentemente de a pessoa responsável pelo recolhimento da receita fiscal (autor) ter ou não determinado a prática de qualquer das condutas arroladas nos incisos do *caput* do art. 1º da Lei 8.137/90 para iludir a fiscalização tributária, caso tome conhecimento da ocorrência de alguma hipótese entre as tipificadas nos incisos do *caput*, e, conscientemente, utilize-se da situação fática proporcionada para praticar a supressão ou redução da carga tributária, é autor do delito pelo domínio do fato. [...] No caso em tela, Venitor João Bruschi, na qualidade de administrador do empreendimento, estava ciente da ocorrência do delito e tinha condições para impedir sua concretização. É, nos termos da teoria do domínio da organização retrocitada, autor do crime de sonegação fiscal.⁵⁶²

Aplicação da teoria do domínio da organização, onde se considera autor quem tem o controle final do fato e decide sobre a prática, circunstância e interrupção do crime.⁵⁶³

Não é crível que, possuindo qualificação técnica exigida para laborar em empresa de vulto, um profissional acostumado às lides contábeis desconhecesse as sérias irregularidades tributárias que estavam sendo cometidas senão diretamente por ele, ao menos sob sua supervisão (por quaisquer que fossem os executores diretos das fraudes constatadas), detendo, pois, o *domínio da organização*.⁵⁶⁴

[...] o gestor da empresa - ainda que não tenha atuado diretamente na falsificação da CND - tinha ciência da existência de obstáculo à obtenção do documento imprescindível à liberação do financiamento, bem como acabou concordando com os termos do documento ansiosamente aguardado.⁵⁶⁵

Todavia, consoante já explanado acima, o domínio do fato através do domínio da organização se configura quando o dirigente do aparato organizado de poder de funcionamento automático comanda um plano criminoso, cujo êxito esteja assegurado pela fungibilidade e disposição consideravelmente elevada dos executores ao fato. O pressuposto fático da autoria de escritório, portanto, é que o homem de trás pratique uma conduta comissiva, consistente na emanação da ordem ilícita⁵⁶⁶.

À vista do exposto, conclui-se que o TRF da 4ª Região se distanciou da concepção roxiniana não apenas no tocante ao requisito da desvinculação ao Direito – com o que concordamos -, mas também em relação ao caso padrão comissivo que constitui a base fática do modelo de imputação penal em tela. Porém, em se tratando de conduta omissiva por parte do dirigente empresarial, já se destacou ser mais adequado perquirir sobre a existência de uma

⁵⁶¹ TRF4, ACR 2002.71.09.002280-5, 8ª Turma, Relator Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 15/07/2009.

⁵⁶² TRF4, ACR 2005.71.00.003278-7, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 24/09/2008.

⁵⁶³ TRF4, ACR 2005.71.11.003847-4, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 26/03/2008.

⁵⁶⁴ TRF4, ACR 2004.04.01.025529-6, 8ª Turma, Relator Eloy Bernst Justo, D.E. 27/06/2007.

⁵⁶⁵ TRF4, ACR 2001.70.09.001504-1, 8ª Turma, Relator para Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 10/05/2007.

⁵⁶⁶ Há que se registrar, contudo, que o pressuposto comissivo foi, de fato, observado em algumas decisões judiciais. Nesse sentido: TRF4, ACR 0002777-78.2007.404.7205, 7ª Turma, Relator Sebastião Ogê Muniz, D.E. 19/08/2011, *verbis*: “Enfatizo que os depoimentos de HILTON RONALDO RIBEIRO (fl. 1068), JULIANO VALLE (fls.1069-1070) e ADRIANA CARDOSO FERREIRA VALLE (fl. 1071), que trabalhavam na CRISTAIS HERING LTDA., à época dos fatos, são taxativos no sentido de que IROLD era quem, de fato, administrava a referida empresa. HILTON trabalhava no setor de recursos humanos, e afirmou que “sempre se reportava a Irold de 2004 a 2006”, e que “era Irold responsável pela determinação do pagamento de tributos”. JULIANO trabalhava no setor de contas a receber, na área financeira, e disse que “no mesmo período a área financeira era administrada por Irold”, e que “era Irold quem decidia sobre o pagamento de tributos na Cristais Hering”. ADRIANA, que exercia a função de auxiliar de contas, e também de telefonista da empresa, disse que “era Irold quem decidia sobre prioridade de pagamentos da empresa”, e que “Irold orientou os funcionários da empresa para que não falasse que era ele o administrador, mas mero consultor que não ia à empresa todos os dias.”

posição de garante no caso concreto, que poderá fundamentar a prática do delito na modalidade comissiva por omissão.

De todo modo, cabe assinalar que a orientação jurisprudencial do TRF da 4ª Região não se inclina no sentido da atribuição de uma responsabilidade penal objetiva aos sócios-administradores da empresa por todo e qualquer delito cometido em seu seio. Conforme assentado pelo tribunal, faz-se imprescindível para a imputação penal do empresário a comprovação de que, ao menos, possuía conhecimento da prática criminosa e de que era capaz de impedi-la. Nesse ponto, portanto, aquele órgão julgador se afasta da tão criticada decisão BGH quando do julgamento do caso dos pedidos de mercadoria por empresa insolvente⁵⁶⁷. Assim, o ponto crítico central reside, propriamente, na adequação do modelo dogmático a ser empregado. A título exemplificativo, aceitando a teoria do domínio da organização, mas entendendo não estarem presentes os seus pressupostos fáticos:

A propósito, também não há como acolher a tese ministerial de que haveria, no mínimo, participação dos corréus. Isso porque, é cediço, que nos delitos in comento, a autoria é atribuída ao administrador que, à época dos fatos, exercia a gestão do empreendimento. No entanto, por vezes, diante das peculiaridades dos modelos de gerência adotados pelas empresas e as dificuldades impetradas por quem a administra, construiu-se, doutrinariamente, o conceito de autor mediato, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização, o que sobressai quando o indivíduo, independente da função determinada nos estatutos, exerce efetivamente a administração, possuindo conhecimento e poder sobre as decisões a serem tomadas e os atos financeiros praticados.

[...]

Portanto, para determinar a autoria do delito, é imprescindível que se comprove o poder de mando ou gestão por parte do agente, sob pena de aceitarmos indesejável responsabilidade objetiva. Por óbvio, como a condenação criminal não pode vir lastreada em presunções ou conjecturas, resta descaracterizada qualquer forma de participação dos denunciados Antônio Salvadori e João Antônio Salvadori nas conduta delituosas, uma vez que não contribuíram para o cometimento dos ilícitos penais narrados na peça incoativa.⁵⁶⁸

Paralelamente, constata-se que o TRF da 3ª Região também já manifestou concordância com relação à aplicabilidade da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder a hipóteses de criminalidade empresarial. Nesse sentido, é válido destacar parte da seguinte decisão:

Embora provada a participação do agente no delito, não resulta evidente, pelo registro de 4 (quatro) ocorrências policiais, que a acusada, posto que cônjuge do co-réu, tivesse domínio da organização criminosa (“escritório” para obtenção de benefícios previdenciários mediante fraude), considerado que o último apresenta 156 (cento e cinquenta e seis) registros dessa natureza.⁵⁶⁹

⁵⁶⁷ *Wistra*, 1998, p. 150 *apud* ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 662. V. tópico 4.2.3 do trabalho, p. 67.

⁵⁶⁸ TRF2, ACR 0000149-67.2008.404.7113, 7ª Turma, Relator José Paulo Baltazar Júnior, D.E. 11/11/2011.

⁵⁶⁹ TRF3, ACR 2000.03.99.018297-4, 5ª Turma, Relator André Nekatschalow, D.J.U. 25/11/2003.

No caso aludido, portanto, aquele tribunal fez remissão à construção roxiniana, ainda que tenha entendido, à vista dos dados fáticos disponíveis, não ser a acusada, esposa do falecido corréu, autora de escritório.

Ademais, a jurisprudência do TRF da 2ª Região também vem se inclinando no sentido da extensão da teoria do domínio da organização à criminalidade de empresa. Com efeito, o Desembargador convocado Aluisio Gonçalves de Castro Mendes inovou ao invocá-la como fundamento jurídico para a condenação de dois sócios que exerciam a gerência da empresa na qualidade de autores mediatos por delito contra a ordem tributária. Destarte, a partir da constatação de que os réus detinham poder decisório na sociedade empresarial, por meio do qual autorizaram a utilização de notas fiscais falsas para reduzir ou suprimir tributo devido, o tribunal entendeu estar caracterizado o domínio do fato em virtude do domínio da organização. Nos termos do acórdão prolatado:

Tem-se, assim, que os acusados não falsificaram diretamente as notas fiscais indevidamente contabilizadas pela Ribeiro Engenharia, mas autorizaram a sua utilização para fins de redução ou supressão de tributos devidos pela empresa à União, sendo tal fato bastante para configurar o crime previsto no inciso III do art. 1º da Lei n. 8.137/90.

[...]

É de se ressaltar, neste ponto, que não se está aqui atribuindo responsabilidade penal objetiva aos acusados, mas, apenas, aferindo a autoria do delito com base na teoria do domínio do fato, isto é, verificando dentre todos os sócios e administradores da Ribeiro Engenharia, qual deles possuía poderes decisórios suficientes para definir os rumos da sociedade.

Sobre o tema, assim leciona José Paulo Baltazar Júnior, na sua obra Crimes Federais, Porto Alegre, 2009, Livraria Editora do Advogado, 4ª edição, p. 421; *verbis*:

“A peculiaridade dos crimes contra a ordem tributária é a seguinte: a conduta em si é suprimir ou reduzir tributo mediante fraude, que pode ser o lançamento de uma nota fiscal com valor menor do que o real, por exemplo. Em muitos casos, quem faz o lançamento, ou seja, quem produz materialmente a nota fiscal e quem produz a declaração que vai ser encaminhada à repartição fazendária não é o sócio-gerente nem o diretor, mas sim um empregado. Em tais casos, quem será considerado autor? Para essa pergunta, tem-se dado a seguinte resposta: nesses delitos, autor é quem detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio final da ação, de acordo com a *teoria do domínio do fato* (Jesus: 17) ou *domínio da organização* (TRF4, AC 2004.04.01.025529-6/RS, Eloy Justo, 8ª T., m., 13.6.07), porque é este quem decide se o fato vai acontecer ou não, independentemente dessa pessoa ter ou não realizado a conduta material de falsificar a nota fiscal. Isso é muito importante, porque geralmente não é o administrador quem pratica a conduta, embora tenha o domínio final sobre a decisão de praticar ou não a conduta delituosa. Assim, autor será sempre o administrador, que pode ser o sócio-gerente, diretor, administrador por procuração de sócio; administrador de fato que se valha de um *laranja* figurado formalmente como administrador, mas que não tem nenhuma relação com a empresa, a que apenas emprestou o nome. [...]”⁵⁷⁰

Ainda junto ao TRF da 2ª Região, registre-se que o Procurador Regional da República Rogério Soares do Nascimento vem se utilizando do modelo de imputação penal aqui defendido quando demonstrado, no curso da instrução processual, que o gerente empresarial, detendo liberdade de gestão sobre seu negócio, mobilizava recursos humanos e materiais da empresa para a persecução do resultado delituoso, ainda que não identificado o executor que

⁵⁷⁰ TRF2, ACR 1996.50.01.002232-8, 1ª Turma, Relator Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, DJ. 13.11.2009. Confira-se, ainda, TRF2, ACR 2003.50.01.007366-5, 1ª Turma, Relator Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, DJ 30/06/2010.

operacionalizava a vontade delitiva⁵⁷¹. Desse modo, no âmbito do TRF da 2ª Região, a teoria do domínio da organização vem encontrando progressiva acolhida para os casos de criminalidade empresarial, com a devida atenção ao pressuposto fático de que reste comprovada uma ordem delitiva por parte do dirigente da empresa, a partir dos elementos instrutórios coligidos aos autos.

Outrossim, vale mencionar que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça endossou, ainda que de modo indireto, o modelo da autoria mediata através de aparatos de poder na esfera da criminalidade empresarial. Com efeito, a Ministra Laurita Vaz, em decisão monocrática proferida no bojo do recurso especial n. 1.043.715-SC, fez remissão à constatação da autoria e materialidade do crime tipificado no art. 19 da Lei n.º 7.492/86 por parte do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, transcrevendo parcela do *decisum* em que adotada a construção por aquele tribunal. Além disso, existem recursos especiais aguardando julgamento perante o STJ, em que ventilada a tese objeto da presente dissertação⁵⁷².

⁵⁷¹ V. Contrarrazões de Apelação no processo n. 2004.50.01.009207-0, tendo como apelante Antônio Borba de Mello. *Verbis*: “As circunstâncias do presente caso, delineadas na instrução deixaram bem claro que o apelante tinha pleno controle do fato criminoso, com liberdade de gestão sobre seu negócio agiu livre e conscientemente na mobilização dos recursos humanos e materiais da empresa para persecução do resultado delituoso. A circunstância acidental de não estar esclarecido quem, na condição de executor, operacionalizava a vontade delitiva de suprimir os tributos não exime o autor mediato ou o garantidor omissor da sua responsabilidade penal. [...] Registre-se, por oportuno, que a aplicabilidade da teoria do domínio da organização no campo dos crimes de empresa também foi admitida neste Eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região no julgamento da ACR 1996.50.01002232-8, na Primeira Turma sob relatoria do Exmo. Juiz Convocado Alufio Mendes e foi examinada na doutrina por Bruna Martins Amorim Dutra no Aplicabilidade da Teoria do Domínio da Organização no Âmbito da Criminalidade Empresarial Brasileira (In Inovações no Direito Penal Econômico, Brasília, ESMPU, Or. Artur Gueiros Souza, p. 223-265).”

⁵⁷² A título exemplificativo: REsp 1272605, recebido em 16/08/2011 na 6ª Turma do STJ; REsp 1326235, recebido em 06/06/2012 junto à 6ª Turma do STJ; REsp 1102412, autuado em 19/11/2008 junto à 6ª Turma do STJ. Com relação ao primeiro recurso citado, o qual foi interposto por intermédio do Procurador Regional da República Artur de Brito Gueiros Souza, vale transcrever trecho: “Verifica-se que a exordial acusatória traz concretos indícios de que o Recorrido detinha o domínio do fato criminoso em questão. Conforme o art. 17, I e XXXIV, do Estatuto Social da CSN, o Recorrido, na qualidade de Presidente do Conselho de Administração à época, era responsável pela comercialização dos produtos da empresa, inclusive devendo se manifestar previamente a respeito da celebração de acordos de comercialização. Desta feita, resta demonstrado que o Recorrido detinha o poder de mando especificamente sobre a seara em que cometido o delito ambiental, motivo pelo qual é incontestável a existência de indícios de sua responsabilidade criminal pela determinação da prática criminosa. Nesse sentido, vale assinalar as lições de Silva Sánchez, o qual alude à viabilidade de aplicação da teoria do domínio da organização aos casos em que o delito econômico, não obstante praticado diretamente pelo subordinado, seja determinado pelo empresário. Desse modo, o empresário deveria ser imputado a título de autor mediato do delito em virtude de deter o domínio do fato em razão do domínio da organização. Conforme leciona, “el dominio de las estructuras, de los medios, del modo de configurarse el hecho típico, la estructura jerárquica, pueden permitir la atribución al superior de una autoría mediata kraft Organisationsherrschaft” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). Responsabilidad penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 25). Outrossim, conforme narra a Denúncia, na condição de Diretor-Presidente da Diretoria Executiva da CSN, competia ao Recorrido a coordenação e supervisão das atividades dos demais diretores executivos (art. 23, III, do Estatuto da CSN). Destarte, ainda que, no bojo da instrução criminal, não reste comprovada a ordem delitiva, de molde a caracterizá-lo como autor mediato em virtude do domínio da organização, há fortes indícios de que o Recorrido tenha praticado delito comissivo por omissão, haja vista sua posição específica de garante no caso. Nesse sentido, ainda de acordo com Silva Sánchez, nas hipóteses em que o empresário atue de forma omissiva, não impedindo a prática delitiva em sua esfera de competência de controle de determinados fatores de risco, configura-se crime comissivo por omissão, haja vista a posição de garante assumida pelo empresário. Assim, ao descumprir compromisso específico de contenção de risco, o dirigente incide em omissão imprópria. Trazendo esse entendimento ao caso concreto, poderíamos afirmar que, embora possa não existir, no momento da Denúncia, provas sobre uma ordem criminosa emanada pelo dirigente, isso não conduz, necessariamente, à conclusão de falta de justa causa. Consubstanciando o crime ambiental praticado, um fator de risco incurso, em tese, na esfera de competência do acusado, há indícios de que ele tenha praticado um crime comissivo por omissão. Não se trata de impor uma posição genérica de garante

Ante todo o exposto, conclui-se que a nova modalidade de autoria mediata elaborada por Roxin tem adquirido crescente relevância na seara jurisprudencial brasileira, especialmente no âmbito da criminalidade de empresa. É preciso reiterar, contudo, que a sua utilização deve ser precedida da concreta comprovação dos requisitos configuradores do domínio da organização, restando evidenciado que o dirigente da empresa possuía poder decisório no sentido de comandar a prática delitiva, contando com um considerável quantitativo de funcionários predispostos ao cumprimento da ordem e facilmente substituíveis em caso de recusa. Desse modo, a manifestação da hipótese de trabalho, bem como a adoção do modelo de imputação penal proposto, demanda que a organização empresarial seja dotada de substancial complexidade, de sorte a se constatar um modo de funcionamento automático.

Por fim, vale fazer menção à possibilidade de configuração da coautoria mediata através do domínio da organização caso a decisão criminoso seja tomada conjuntamente por um grupo de dirigentes com poder de gestão, a exemplo do que ocorre no conselho de administração. Tudo isso sem prejuízo da eventual responsabilização penal sob a modalidade comissiva por omissão daqueles que, ostentando uma concreta posição de garante, detinham o conhecimento da prática delitiva e possuíam capacidade de impedi-la no caso vertente.

4.8 Processo de imputação penal garantista

É certo que a atividade de interpretação e aplicação judicial do Direito ganhou destaque no século XX, paralelamente à progressiva perda de racionalidade do processo de criação legislativa. Tal fato se deu em função de, com a consolidação do Estado Liberal, o positivismo jurídico abandonar sua justificação axiológica externa e pretender uma ciência jurídica neutra, passando o processo legislativo a ser compreendido como uma questão meramente política, sem grande importância para o Direito.

ao empresário, visto que, conforme reconhecido pela majoritária jurisprudência do STJ, não cabe a responsabilização do empresário pelos delitos cometidos no seio da empresa tão-somente em virtude do cargo que ocupa. Ao revés, no caso vertente, vislumbra-se uma posição específica de garante do acusado a merecer acorde com os ritos do processo penal, uma responsabilização por crime comissivo por omissão, haja vista a existência de um específico compromisso de contenção do risco em questão, assumido pelo acusado.”

Essa conjuntura histórica, todavia, ensejou, especificamente no âmbito do Direito Penal, o desenvolvimento de uma legislação oportunista promotora de uma expansão indevida do poder punitivo e da restrição de garantias individuais fundamentais. Segundo Silva Sánchez, esse caminho expansionista trilhado pelo Direito Penal se estribou, em síntese, na demanda social por segurança da sociedade de riscos e na atribuição ao Direito Penal da tarefa de produzir uma referência valorativa, como se fora um código moral, ante a perda de uma ética mínima pela sociedade⁵⁷³. Cabe salientar que tais fatores, porém, foram potencializados pela já aludida redução da importância conferida à atividade legislativa, o que permitiu a instauração de uma legislação penal oportunista.

Diante disso, Ripollés defende ser necessário que o Direito busque critérios de racionalidade não apenas para a atividade interpretativa, mas também para a elaboração da norma penal, sujeitando-se as decisões legislativas a um controle judicial de legitimidade. Conforme explica o doutrinador, “a manutenção do princípio – que ninguém nunca questiona abertamente – da vinculação do juiz à lei, faz que a racionalidade jurisdicional tenha como pressuposto um nível considerável de racionalidade legislativa”⁵⁷⁴.

Entendemos, contudo, que o referido esforço por uma racionalidade legislativa não corresponde, necessariamente, ao anseio da Escola de Frankfurt por um retorno ao “velho e bom Direito Penal Liberal”⁵⁷⁵. Haja vista a contínua modificação operada na realidade social até os dias atuais, não se vislumbra que o Direito Penal Clássico possa atender completa e satisfatoriamente ao contemporâneo Estado Social e Democrático de Direito. Nesse sentido, assevera Renato Silveira que “as sociedades moderna, pós-moderna, contemporânea ou de risco, como preferem alguns, são por demais complexas e necessitam de novas fórmulas para amparar o Direito repressivo”⁵⁷⁶.

De fato, consoante Luhmann, embora o direito se mostre fechado em sua operação, ele é aberto cognitivamente, possibilitando a mudança para a correção das defasagens que se produzam entre as novas chances e perigos da vida social e o sistema jurídico. Isso porque a

⁵⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-74. Série as ciências criminais no século XXI, v. 11, p. 27-62.

⁵⁷⁴ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 85.

⁵⁷⁵ No âmbito do Direito Penal Econômico, remete-se à abordagem efetuada por: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____ (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 124-126.

⁵⁷⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Os detratores da Teoria da Imputação Objetiva. 2001. Disponível em: <www.ibccrim.org.br> Acesso em 15 mai. 2012.

complexidade de um sistema precisa estar correlacionada com a complexidade de seu entorno.⁵⁷⁷

Desse modo, constata Silva Sánchez⁵⁷⁸ que existe um espaço legítimo de expansão do Direito Penal, seja em virtude do aparecimento de novos bens jurídicos dignos de tutela penal, seja em função do incremento do valor ostentado por outros já existentes. Criticável, portanto, seria o alargamento efetuado além dos limites justificáveis à vista dos valores e princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, conforme se verifica atualmente.

Paralelamente, ante o surgimento de novas formas de criminalidade na esteira da complexidade social crescente, entendemos que também há um espaço aceitável para a reformulação dos tradicionais modelos de imputação penal, que foram construídos sobre a base estrutural dos delitos individuais clássicos. Afinal, nos injustos coletivos, perde relevância a conduta do agente que pratica diretamente o crime para assumir a posição central do êxito delitivo o dirigente do aparato poder rigidamente organizado que o comanda, não obstante a sua contribuição ao fato se limite à fase preparatória.

Em tal contexto se insere a elaboração da teoria da autoria mediata em virtude do domínio da organização, em 1963, por Claus Roxin. Assim, a nável modalidade de domínio da vontade foi criada à vista da dinâmica própria da macrocriminalidade, quando, a despeito do atuar livre e responsável do executor direto, o homem de trás possui o domínio do fato delitivo em razão do funcionamento automático do aparato de poder. Nesse ínterim, buscando justificar a figura de autoria atrás do autor em questão, Kai Ambos afirma que “un principio estricto de responsabilidad ha de fracasar en el contexto del injusto colectivo, porque no puede aprehender el injusto del hombre de atrás ya por definición, en cuanto parte de la autorresponsabilidad como principio liberal y jurídico-individual”⁵⁷⁹.

Por outro giro, nota-se que, mormente em função da já aludida tendência punitivista expansionista verificada a partir da década de 80, há uma resistência por parte de determinados setores da doutrina em admitir a reestruturação de institutos tradicionais.

⁵⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 171-174; Id. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 115, 172-174 e 403; PRIETO NAVARRO, Evaristo. La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.). *El Derecho en la teoría social: diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: IISJ-Dykinson, 2001, p. 348-352.

⁵⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit. p. 27-28. Vale consignar, contudo, que não concordamos com o Direito Penal de Duas Velocidades proposto pelo doutrinador, em que, num primeiro bloco, se encontrariam os delitos aos quais são cominadas pena privativas de liberdade e que deveriam respeitar as garantias clássicas de imputação penal, ao passo que, num segundo bloco, se situariam os demais delitos aos quais se aplicariam regras mais flexíveis (p. 143). Consoante já referido, adota-se, na presente dissertação, um processo de imputação penal que respeite as garantias individuais sob um ponto de vista objetivo e subjetivo, essencial para um Direito Penal de fundamentação antropológica no bojo do Estado de Direito, ainda que, para tanto, seja necessário reconhecer a restrição de sua efetividade no tão falado “combate ao crime”.

⁵⁷⁹ AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 3, 1999.

Todavia, insta salientar, a revisão de institutos próprios do Direito Penal liberal não deve ser rechaçada em absoluto, conquanto que restem assegurados os direitos e garantias individuais essenciais a um Direito Penal de fundamentação antropológica⁵⁸⁰, axiologicamente referido ao próprio ser humano, considerado o valor-fonte de todos os valores⁵⁸¹. Assim, nota Renato Silveira que o que deve ser mantida incólume é essa principiologia liberal do Direito Penal⁵⁸².

Consoante leciona o professor Juarez Tavares, “o injusto não poderá contradizer os preceitos relativos aos direitos fundamentais e a todos aqueles direitos positivados nos pactos e acordos internacionais de proteção de direitos individuais”⁵⁸³. Da mesma maneira, o processo de imputação deve assegurar tais direitos, consubstanciando uma garantia da pessoa humana contra a arbitrariedade punitiva estatal.

Dentro dessa ótica, o doutrinador discorre sobre o processo de imputação do seguinte modo:

O processo de imputação, por isso mesmo, deve-se desenvolver objetiva e subjetivamente, como forma de medição dessa intensidade, sobre duas bases. Na primeira, assenta-se em que, dentro da perspectiva de garantia, é indispensável a demonstração inequívoca de que o injusto tenha de ser objetivamente determinado, de modo que não reste dúvida de que a conduta incriminada fora realizada pelo sujeito. Na segunda, de que essa conduta tenha de ser individualizada, quer dizer, sobre ela se proceda a uma depuração empírica de seus elementos de modo a identificar com precisão a exata contribuição do sujeito na execução.⁵⁸⁴

Diante disso, conclui-se que a autoria mediata através do domínio da organização deve respeitar um processo de imputação penal garantista, à luz dos seus vieses objetivo e subjetivo. É inadmissível, portanto, que a construção roxiniana seja invocada para justificar a imputação de todo e qualquer ilícito que ocorra no seio do aparato de poder ao seu dirigente, sem que se perquirira acerca da contribuição efetivamente conferida ao delito e da consciência e vontade no sentido do seu cometimento. Malgrado estejamos trabalhando com injustos coletivos, faz-se imprescindível que a conduta de cada membro do aparato organizacional seja individualmente aferida para fins de responsabilização penal.

Na direção exposta, é importante assinalar o pensamento de Roxin:

las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global. Pero ello no nos exime de la obligación de considerar

⁵⁸⁰ V. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. V. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 421-443. A respeito do tema, DUTRA, Bruna Martins Amorim. Os fundamentos do Direito Penal e sua relação com a racionalidade legislativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 96, 2012.

⁵⁸¹ V. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Direito, valor e técnica. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, out.2008/mar.2009, p. 92-93; REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 105.

⁵⁸² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 178 e 181-182.

⁵⁸³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 117.

⁵⁸⁴ *Ibid.* p. 253.

los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos también desde la perspectiva dogmática del delito individual [...]⁵⁸⁵

Em síntese, considerando que o domínio do fato é um conceito aberto e referido à dimensão empírica, a identificação do sujeito com a figura central do sucesso do acontecimento deve ser depreendida a partir dos dados da realidade fática. Desta feita, a imputação do dirigente da estrutura organizada de poder a título de autor mediato através do domínio da organização precisa ser necessariamente precedida da comprovação dos seus requisitos configuradores no caso concreto, tudo em conformidade com o devido processo legal.

⁵⁸⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 270.

CONCLUSÃO

A presente dissertação buscou analisar a questão da imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder, especificamente na hipótese em que o detentor do poder de mando determina a prática delitiva, valendo-se do modo de funcionamento automático do aparato. Desse modo, a despeito do atuar consciente e voluntário do autor imediato, o êxito criminoso exsurge da fungibilidade dos potenciais executores materiais com alta predisposição ao cumprimento do comando.

Conforme restou demonstrado, a hipótese de trabalho pode se manifestar especialmente no seio de aparatos de poder estatais, sejam eles tidos como verdadeiros Estados de não-direito em virtude da sua orientação global no sentido da injustiça extrema, sejam eles considerados estados de exceção, mesmo no interior do atual Estado Constitucional de Direito normativamente vinculado à pauta axiológica máxima da dignidade da pessoa humana. Por outro giro, também é possível a sua configuração dentro das organizações paraestatais, vinculadas ou não à ordem jurídica, tendo em vista que, quando dotadas de alta complexidade e de uma estruturação rigidamente hierárquica, há um distanciamento espacial e temporal entre a decisão em cometer o delito e a sua efetiva realização.

Então, uma vez analisados os clássicos modelos de imputação penal, desenvolvidos sobre a base estrutural dos injustos eminentemente individuais, constatou-se serem os mesmos insuficientes para solucionar a hipótese erigida. Diante disso, foram abordados os principais modelos elaborados mais recentemente, em especial a doutrina da *joint criminal enterprise* e as teorias do domínio da decisão e do domínio da organização. Assim, considerando que o domínio do fato, o qual agrega elementos objetivos e subjetivos para identificar a figura central do sucesso delitivo, corresponde a um conceito aberto, cujo conteúdo deve ser preenchido com critérios concretos desenvolvidos à vista da realidade fática, alcançou-se a conclusão parcial de que a teoria do domínio da organização se revela a mais adequada.

Nessa esteira, demonstrou-se que o modelo da autoria mediata em virtude do domínio da organização vem adquirindo crescente relevância tanto na jurisprudência estrangeira, como da Alemanha, Argentina, Peru e Chile, quanto no âmbito do Direito Penal Internacional. Contudo, paralelamente, ficou evidenciada a existência de profundas controvérsias quanto aos seus requisitos configuradores.

Diante desse cenário, optamos por analisar cada pressuposto debatido da autoria de escritório, com o objetivo de estabelecer os requisitos que se afiguram efetivamente necessários para lastrear o domínio do fato através do domínio da organização por parte do dirigente do aparato de poder. Com isso, concluímos pela essencialidade dos seguintes requisitos: poder de mando dentro de um aparato rigidamente hierarquizado, estatal ou não; fungibilidade dos subordinados que se encontram disponíveis para o cumprimento das ordens do dirigente em questão; disposição consideravelmente elevada dos potenciais executores, integrados ao funcionamento da organização, para o cumprimento da ordem do superior.

Outrossim, uma vez abordada, com maior especificidade, a tão discutida questão da imputação penal do dirigente no âmbito da criminalidade de empresa, restou demonstrado que o modelo a ser adotado deve decorrer, primariamente, da própria concepção de injusto penal. Destarte, partindo de uma teoria geral que conjuga o normativismo com a dimensão empírica, nos moldes do pensamento funcionalista teleológico-racional de Roxin e, no Brasil, com os contornos definidos por Juarez Tavares, rechaçamos o modelo essencialmente normativo construído a partir da ideia de infração de dever, em especial com base na teoria sistêmica radical de Jakobs.

Assentadas essas noções, nos posicionamos no sentido da adoção da teoria do domínio do fato para os crimes comissivos dolosos em geral, inclusive na modalidade do domínio da organização, também no âmbito da criminalidade de empresa, conquanto que verificados todos os seus pressupostos no caso concreto. Por outro giro, em se tratando de uma conduta omissiva por parte do dirigente empresarial, há que se perquirir sobre a sua posição de garante no caso concreto, e, portanto, da configuração de um delito comissivo por omissão.

Por fim, conforme ressaltado ao longo de toda essa obra, a reformulação dos modelos de imputação penal à vista do fenômeno da complexidade social crescente deve estar intimamente associada à garantia dos direitos individuais, essencial para um Direito Penal de fundamentação antropológica, axiologicamente referido ao próprio ser humano. Desta feita, a autoria mediata através do domínio da organização deve respeitar um processo de imputação penal garantista, à luz dos seus vieses objetivo e subjetivo.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 61, 2007, p. 7-29. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down167.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2012.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. A natureza dos argumentos acerca da natureza do direito. Tradução de Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Bruno Costa Teixeira. *Panoptica*, 2008, p. 59-69. Disponível em < <http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08006.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2011.

_____. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Tradução de Daniel Oliver-Lalana. *Doxa*, n. 23, 2000, p. 197-225.

_____. La naturaleza de la filosofía del derecho. Tradução de Carlos Bernal Pulido. *Doxa*, n. 26, 2003, p. 147-159.

_____. On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin's critique. *Ratio Juris*, v. 13, n. 2, p. 138-147, junho, 2000.

_____. Una defensa de la fórmula de Radbruch. Tradução de José Antonio Seoane. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 5, 2001, p. 75-95. Título original: *Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel*.

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D'Ávila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008. Título original: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*.

_____. Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro. Tradução de Claudia López. *Criminalia*, v. 68, n. 2, p. 23-56, 2002.

_____. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 3, 1999, p. 133-165.

_____. Dominio por organización. Estado de la discusión. Tradução de Ezequiel Malarino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 68, 2007, p. 69-111.

_____. Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não devia ter sido executado – nem mesmo em um conflito armado. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n. 223, jun. 2011, p. 02. Título original: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*.

AMBOS, Kai; GRAMMER, Christoph. Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. *Revista de Estudios Criminales*, v. 4, n. 16, 2004, p. 9-30. Título original: *Tatherrschaft qua Organisation. Die Verantwortlichkeit der argentinischen Militärführung für den Tod von Elisabeth Käsemann*.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de Sonia Orieta Heinrich. São Paulo: Diagrama & Texto, 1983. Título original: *Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil*.

_____. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 3ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Título original: *The origins of totalitarianism*.

_____. *Sobre a violência*. Tradução de André Duarte. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. Título original: *On violence*.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, c1985, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 3. reimp. Bogotá: Temis S.A., 1996.

BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BAILONE, Matías. El dominio de la organización como autoría mediata. In: CONFERENCIA MAGISTRAL EN EL III SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN DERECHO PENAL, Cochabamba, Bolivia, 28 de maio de 2007. *El dominio de la organización como autoría mediata*. Disponível em <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/conferenciabolivia07.pdf>. Acesso em 29/07/11.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____.; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In:

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 330-378.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002. Título original: *World Risk Society*.

BENJAMIN, Walter. *Para una crítica de la violencia*. Tradução de Héctor A. Murena. Buenos Aires: Leviatán, 1995. Título original: *Zur Kritik der Gewalt*.

BERRUEZO, Rafael. *Delitos de dominio y de infracción de deber*. Montevideo: IBdeF, 2009.

BIONDI, Karina; MARQUES, Adalton. Memória e historicidade em dois “comandos” prisionais. *Lua Nova*, n. 79, 2010, São Paulo, p. 39-70.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. V. 5. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BRITO, Teresa Quintela. Autoria das contra-ordenações e dos dirigentes. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.203-231.

BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CABANA, Patricia Faraldo. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*. Valencia: Librería Tirant lo Blanch, 2004.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 79, jul.-ago. 2009, p. 7-40.

CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. Técnica, direito e crise de legitimidade. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, out.2008/mar.2009.

CAMPOS, Lidiany Mendes; SANTOS, Nivaldo dos. O Crime Organizado e as Prisões no Brasil. In: *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*, Florianópolis, 2005. Disponível em < [https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil\(1\).pdf](https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil(1).pdf)> Acesso em 15/04/12.

CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos de organización*. Coleção Estudios y Debates en Derecho Penal, n. 4. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120. V. 1. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Resoluções das Seções I e II do XVI Congresso Internacional da AIDP*. Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/p_resolucoes.htm> Acesso em 15/04/12.

CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências Penais*, v. 0, jan. 2004, p. 9. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Jos%E9%20Cerezo%20Mir/Ontologismo%20e%20Normativismo%20na%20Teoria%20Finalista.pdf>> Acesso em 15 abr. 2012.

CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, 2008. LAZZARETTI, Lucas Piccinin. *A deturpação do estado de exceção na teoria constitucional moderna*. p. 5012-5024. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/10_700.pdf>. Acesso em: 13 out. 2011.

COSTA, Renata Almeida da. *A sociedade complexa e o crime organizado: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DANTAS, George Felipe de Lima. *A escalada do crime organizado e o esfacelamento do Estado*. Disponível em: <<http://www.mp.am.gov.br/index.php/centros-de-apoio/combate-ao-crime-organizado/doutrina/416-a-escalada-do-crime-organizado-e-o-esfacelamento-do-estado>>. Acesso em 15/04/12.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2010.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante del empresário por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 79, jul.-ago. 2009, p. 41-74.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 71, 2008, p. 11-30.

_____. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. V. 1. 2ª ed. Coimbra Editora, 1ª ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 757-823.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 355-372.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 223-248. Disponível em: <<http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes>> Acesso em 10 jan. 2012.

_____. A questão da fundamentação dos direitos humanos sob o prisma axiológico. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 15-18, ano 2007-2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/issue/current>> Acesso em 10 jan. 2012.

_____. Os fundamentos do Direito Penal e sua relação com a racionalidade legislativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 96, 2012.

ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 91, jul.-ago. 2011, p. 393-409.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Montevideo: IBdeF, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hasan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência, garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 70, jan./fev. 2008, p. 229-268.

FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCRIM*, n. 21, set. 1994, p. 05.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Habermas y el derecho. In: _____ (Coord.). *El Derecho en la teoría social: diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: IISJ-Dykinson, 2001. p. 357-398.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n. 83, mar./abr. 2010, p. 185-236.

GIL GIL, Alicia. La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 61, 2008, p. 53-87.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Criminalidade organizada: quem determina uma norte é autor mediato, co-autor ou indutor?* Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081001181547826>. Acesso em 15/04/12.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 68, 2007, p. 141-181.

GONZÁLEZ, Héctor Lara. Autoría mediata por dominio de la voluntad y aparatos de poder. *Iter criminis, Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n. 3, 2008.

GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 335-344.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. *Revista Liberdades*, n. 07, mai./ago. 2011, p. 97-123.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 11ª ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. V. 1.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Atualidade e permanência do Direito Natural. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, out. 2009/mar. 2010, p. 15-29.

_____. Direito, valor e técnica. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, out.2008/mar.2009, p. 87-98.

_____. Edmundo Russerl e o fundamento fenomenológico do Direito. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, abr./set. 2009, p. 67-79.

_____. Para uma teoria fenomenológica do Direito - I. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, abr./set. 2010, p. 15-26.

_____. Para uma teoria fenomenológica do Direito - II. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, out.2010/mar.2011, p. 27-37.

_____. Para uma teoria fenomenológica do Direito - III. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, abr./set. 2011, p. 65-77.

_____. *Pequena introdução à filosofia política: a questão dos fundamentos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. Título original: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Phenomenology of spirit*. Tradução de A. V. Miller. Nova York: Oxford University Press, 1977.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A crise constitucional do estado contemporâneo: estado de exceção e repressão penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 80, set./out. 2009, p. 280-322.

HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*. 3ª ed. Navarra: Eunsa, 1996, p. 102-108; 153-172.

HIRECHE, Gamil Föppel El. *Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio*. Manifestação do Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

IBÁÑEZ, Eva Fernández. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada: Comares, 2006.

JAIME, Jorge. *Ser e Valor*. V. 1, 2ª ed. Rio de Janeiro, 2003.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Crímenes del Estado – ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana? *Doxa*, 17-18, 1995, p. 445-467.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000. Título original: *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?*

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 2003.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Resoluções da Seção III do XVI Congresso Internacional da AIDP*. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/p_secao3.htm>. Acesso em: 15/04/12.

JESCHECK, Hans Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenote. 5ª ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao Direito Penal Transnacional. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; KOSOVSKI, Ester (Org.). *Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 129-136.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução da 2ª ed. alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. Título original: *Rechtsphilosophie*.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Reine Rechtslehre*.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, ano 3, n. 1, 2004, p. 35-69.

_____. O tratamento jurídico-penal da autoria e participação no Direito Penal europeu. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, ano 5, n. 1, 2004, p. 7-45.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edição e tradução de Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

_____. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MATE, Reyes. La presencia pública de la religión en la sociedad contemporánea. In: _____. *La herencia del olvido: ensayos en torno a la razón compasiva*. Madrid: Errata naturae, 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *A teoria da imputação objetiva e o direito penal brasileiro*. Disponível em: <www.lfg.com.br/artigos/a_teor%C3%ADa_da_imputa%C3%A7%C3%A3o_objetiva.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MEINI, Iván. Comentario a la sentencia de la Sala Penal Nacional. La autoría mediata de Abimael Guzmán. *Memoria, Revista sobre cultura, democracia y derechos humanos*, Idehpucp, n° 1, 2007, p. 49-58.

MINGARDI, Guaracy. O trabalho de inteligência no controle do crime organizado. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 61, 2007, p. 51-69. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a04v2161.pdf>> Acesso em 15/04/12.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 23ª ed. 2ª reimp. São Paulo: Atlas, 2006.

MISSE, Michel. Crime organizado e crime comum no Rio de Janeiro: diferenças e afinidades. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 40, out. 2011, p. 13-25. Disponível em <<http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/031.pdf>> Acesso em 15/04/12.

_____. Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 61, 2007, p. 139-157. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a10v2161.pdf>> Acesso em 15/04/12.

MOCCIA, Sergio. O controle da criminalidade organizada no Estado Social de Direito: aspectos dogmáticos e de política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 92, set./out. 2011, p. 31-57.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas al derecho”? *Revista Penal*, n. 6, 2000, p. 104-114.

_____. 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*, n. 9, 2002, p. 59-98.

MUÑOZ CONDE, Francisco; OLASOLO, Hector. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzman, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 88, jan./fev. 2011, p. 61-94.

MUSACCHIO, Vincenzo. Derecho penal economico, criminalidad organizada y Union Europea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 61, jul./ago 2006, p. 208-222.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ORTIZ, Mariana Tranches. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17082011-154535/%3E>>. Acesso em: 15 mai. 2012.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, n. 9, 2002, p. 106-121.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes; BINENBOJM, Gustavo; NETO, Cláudio Pereira de Souza (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 459-477.

POLIMENO, Celso Domingos. Organização criminosa: controvérsias de interpretação e aplicabilidade na execução penal. *Revista da ESMESC*, v. 18, n. 24, 2011, p. 213-244. Disponível em: <http://revista.esmesc.org.br/re/article/download/30/34>>. Acesso em: 15/04/12.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial, arts. 250 a 359-H*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRIETO NAVARRO, Evaristo. La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.). *El Derecho en la teoría social: diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: IISJ-Dykinson, 2001. p. 325-356.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à filosofia do direito*. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. Disponível em: <<http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf>>. Acesso em: 20/07/11.

REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 323-342. Título original: *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*.

_____. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. Título original: *Täterschaft und Tatherrschaft*.

_____. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 242-248. Título original: *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

_____. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 91, jul./ago. 2011, p. 12-20. Título original: *Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru*.

_____. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Tradução de Enrique Anarte Borrillo. *Revista Penal*, n. 2, 1998, p. 61-65.

SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 71, 2008, p. 364-390.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 214-224.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal ciencias penales*, v. 41, n. 2, 1998, p. 529-558.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas. *Direito em Revista - Revista do Curso de Direito da Ulbra São Jerônimo, São Jerônimo*, v. 3, n. 1, 2006, p. 8-16.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Título original: *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. (Série as ciências criminais no século XXI).

_____. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 9-34.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. *Boletim IBCCRIM*, n. 122, 2003, p. 14-15.

_____. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Os detratores da Teoria da Imputação Objetiva. [S.1], 2001. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 15 mai. 2012.

SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 1005-1037.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____ (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 105-146.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

_____. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEIXEIRA, António Braz. *Sentido e valor do direito: introdução à filosofia jurídica*. 2ª ed. rev. e ampl. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003.

TERRA, Ricardo. *Kant & o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

TREVES, Renato. *Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas*. Tradução de Marcelo Branchini. Barueri: Manole, 2004.

VINCENT, Andrew. *Ideologias políticas modernas*. Tradução de Ana Luísa Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal: Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo: B de F/Julio César Faira, 2007. p. 80-101.

ZALUAR, Alba. *Paradoxos do crime-negócio global no Brasil*. Disponível em <http://www.ims.uerj.br/nupevi/paradoxos.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. V. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998.

_____. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, n. 1, 1. sem. de 1996. Rio de Janeiro: Relume Dumará. p. 45-67.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. V. 1. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

History place. Disponível em:

<<http://www.historyplace.com/worldwar2/biographies/eichmann.htm>>. Acesso em 20 jul. 2011.

Desaparecidos. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/victimas/k/kasemann/>>. Acesso em 20 jul. 2011.

Menschenrechte. Disponível em:

<<http://www.menschenrechte.org/beitraege/koalition/beit012ko.htm>>. Acesso em 20 jul. 2011.

El mundo. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/2003/12/04/mundo/1535631.html>> Acesso em 20 jul. 2011.

Bundesrecht. Disponível em: <<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>> Acesso em 20 jul. 2011.

_____. Disponível em:

<http://bundesrecht.juris.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#StGB> Acesso em 20 jul. 2011.

Harvard. Disponível em:

<<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>> Acesso em 20 jul. 2011.

Ellitoral. Disponível em:

<<http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2008/07/03/sucesos/SUCE-06.html>> Acesso em 20 jul. 2011.

Globo.<<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL713138-5602,00.html>> Acesso em 20 jul. 2011.

Wikinews. Disponível em:

<http://es.wikinews.org/wiki/Inconstitucionales_leyes_de_amnist%C3%ADa_y_perd%C3%B3n_en_Argentina> Acesso em 20 jul. 2011.

Globo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/12/ex-ditador-argentino-jorge-videla-e-condenado-a-prisao-perpetua.html>> Acesso em 20 jul. 2011.

CIJ. Disponível em: <<http://www.cij.gov.ar/nota-7829-Lesa-humanidad--difundieron-la-sentencia-que-condeno-a-siete-acusados-por-crmenes-cometidos-en-El-Vesubio.html>> Acesso em 10 set. 2011.

CMISKP. Disponível em:

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=Streletz&sessionid=37420510&skin=hudoc-en>> Acesso em 20 jul. 2011.

Echr. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/d5cc24a7-dc13-4318-b457-5c9014916d7a/0/englishanglais.pdf>> Acesso em 20 jul. 2011.

Portal de Justiça. Disponível em:

<http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Peru/GuzmanReinoso_Decision_13-10-2006.pdf> Acesso em 15 ago. 2011.

Peru. Disponível em:

<http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/salassupremas/SPT2/documentos/RN_5385-2006_2DA_SPT_160108.pdf> Acesso em 15 ago. 2011.

_____. Disponível em: <<http://peru21.pe/noticia/224546/abimael-guzman-pide-ante-cidh-que-se-anule-su-juicio>> Acesso em 15 ago. 2011.

Globo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL246329-5602,00-CHEFE+DO+SENDERO+LUMINOSO+TEM+PRISAO+PERPETUA+CONFIRMADA.html>> Acesso em 15 ago. 2011.

SENDERO+LUMINOSO+TEM+PRISAO+PERPETUA+CONFIRMADA.html> Acesso em 15 ago. 2011.

Aprodeh. Disponível em: <<http://www.aprodeh.org.pe/documentos/sentenciacantuta.pdf>> Acesso em 15 ago. 2011.

Peru. Disponível em:

<http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo=10409&opcion=detalle_noticia> Acesso em 15 ago. 2011.

Strafrecht. Disponível em: <<http://www.hrr-straftrecht.de/hrr/2/07/2-384-07.php>> Acesso em 20 jul. 2011.

_____. Disponível em: <<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/db/abfrage.php?sortieren=relevanz&volltext=bghst&sz=6>> Acesso em 20 jul. 2011.

PUCP. Disponível em:
<http://www.pucp.edu.pe/idehpucp//images/boletin_ddhh/CASOS/cccf%20-%20causa%2013-9-12-85.pdf> Acesso em 20 jul. 2011.

Rettsveven. Disponível em:
<http://www.rettsveven.info/Content/Menneskerett/CaseLaw/Judgments/96_034044.html> Acesso em 10 abr. 2011.

Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia. Disponível em:
<http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf> Acesso em 10 abr. 2011.

Liveunictr. Disponível em:
<<http://liveunictr.altmansolutions.com/Portals/0/English/Legal/Tribunal/English/2007.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011.

ICC. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome_Statute_English.pdf> Acesso em 10 abr. 2011.

Un. Disponível em:
<<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011.

Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia. Disponível em:
<<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011.

_____. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kvocka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011.

_____. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krnjelac/tjug/en/krn-tj020315e.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011.

_____. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krnjelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011.

_____. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/tjug/en/vas021129.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011.

_____. Disponível em:
<http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/en/040616.htm> Acesso em 10 abr. 2011.

_____. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011.

_____. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kvocka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011.

_____. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kvocka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011.

_____. Disponível em:
<http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/en/040616.htm> Acesso em 10 abr. 2011.

_____. Disponível em:
<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/KAYISHEMA_ICTR-95-1/KAYISHEMA_ICTR-95-1-T.html> Acesso em 10 abr. 2011.

<<http://liveunictr.altmansolutions.com/Portals/0/Case/English/Mpambara/judgement/120906.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011. Liveunictr.

<https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC,_East_Timor_-_Judgmts,_Indmts_&_Docs/Cardoso,_Jose/> Acesso em 10 abr. 2011. WCL.

<[https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC,_East_Timor_-_Judgmts,_Indmts_&_Docs/De_Deus,_Domingos_\(Baboe_Letoen\)/](https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC,_East_Timor_-_Judgmts,_Indmts_&_Docs/De_Deus,_Domingos_(Baboe_Letoen)/)> Acesso em 10 abr. 2011. WCL.

<https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC,_East_Timor_-_Judgmts,_Indmts_&_Docs/Pereira,_Francisco/> Acesso em 10 abr. 2011. WCL.

<<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=AoknUKBsH50%3d&tabid=215>> Acesso em 10 abr. 2011. SC-SL.

<<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=H53fWpjVx8k%3d&tabid=218>> Acesso em 10 abr. 2011. SC-SL.

<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>> Acesso em 10 abr. 2011. ICC.

<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>> Acesso em 10 abr. 2011. ICC.

<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc532280.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011. ICC.

<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011. ICC.

<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011. ICC.

<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639096.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011. ICC.

<<http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/acjug/en/val-aj040225e.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011. Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia.

Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia. Disponível em:
<<http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf>> Acesso em 10 abr. 2011.

ECCC. Disponível em:
<http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/courtDoc/198/D99_3_42_EN.pdf> Acesso em 10 abr. 2011.

Wikipedia. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Enabling_Act_of_1933> Acesso em 13 out. 2011.

DHM. Disponível em: <<http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/verfassung/index.html>> Acesso em 13 out. 2011.

ZUM. Disponível em: <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Third Chapter> Acesso em 13 out. 2011.

Europa. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998F0733:PT:HTML>> Acesso em 15 abr. 2012..

Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em 15 abr. 2012.

ISP. Disponível em: <<http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=150>> Acesso em 15 abr. 2012.

Estadão. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,estado-ainda-lidera-em-autos-de-resistencia-e-letalidade-policia,771867,0.htm?reload=y>> Acesso em 15 abr. 2012.

CDH . Disponível em: <http://www.cdh.uchile.cl/anuario04/5-Seccion_Internacional/2-Lledo_Rodrigo/Fallo_Extradicion_Corte_Suprema.pdf> Acesso em 15 abr. 2012.

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u22521.shtml>> Acesso em 15 abr. 2012. Folha.

<<http://idecrim.com.br/index.php/noticias/74-pcc-nao-tem-lideres-revela-autora-de-livro-sobre-a-faccao>> Acesso em 15 abr. 2012. Idecrim.

Carta Capital. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/fechado-com-o-comando/>> Acesso em 15 abr. 2012.

Última instância. Disponível em:
<<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/47333/antropologa+investiga+em+livro+o+pcc+a+maior+faccao+criminoso+do+pais+.shtml>> Acesso em 15 abr. 2012.

Marcelo Freixo. Disponível em:
<<http://www.marcelofreixo.com.br/site/upload/relatoriofinalportugues.pdf>> Acesso em 15 abr. 2012.