

ISSN 3085-8658

CADERNOS ESMAPE



SÉRIE TESES E DISSERTAÇÕES
ONLINE



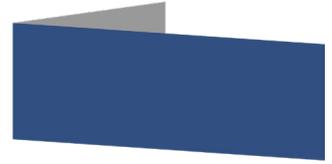
JOSÉ LUCIMÁRIO
DE SOUZA

**A TEORIA DO DOMÍNIO
DO FATO DE CLAUS ROXIN:**
estudo sobre a responsabilidade
penal individual do agente nos
crimes cometidos em virtude de
aparatos organizados de poder

Recife
ano 1
número 12
2025

12

CADERNOS ESMAPE



SÉRIE TESES E DISSERTAÇÕES

**A TEORIA DO DOMÍNIO
DO FATO DE CLAUS ROXIN:
estudo sobre a responsabilidade
penal individual do agente nos
crimes cometidos em virtude de
aparatos organizados de poder**

José Lucimário de Souza

Copyright by Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Msc. Joseane Ramos Duarte Soares

Capa: João Pessoa e Joseane R. Duarte Soares

Revisão: Autor

Copiar é crime. Lei do Direito Autoral nº9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Cadernos Esmape [recurso contínuo online] / Escola Judicial de Pernambuco (Esmape), a. 1, n. 1, 2025. - Recife: Esmape, 2025 - .

ISSN: 3085-8658

Série Teses e Dissertações, n. 12 – A teoria do domínio do fato de Claus Roxin: estudo sobre a responsabilidade penal individual do agente nos crimes cometidos em virtude de aparatos organizados de poder, autoria José Lucimário de Souza.

188 p.

1. Direito penal. 2. Teoria do Domínio do Fato. 3. Concurso de pessoas. 4. Domínio da organização. I. Título

Elaboração: Biblioteca Jarbas Maranhão / Esmape

CDU 340.5

Correspondência:

Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Rua Des. Otílio Neiva Coêlho, s/n – Bairro Ilha Joana Bezerra

Recife – PE - CEP 50080-900

Sítio eletrônico: <https://portal.tjpe.jus.br/web/escolajudicial>

E-mail: revista.esmape@tjpe.jus.br



Biênio 2024-2026

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Presidente

Desembargador Fausto de Castro Campos

1º Vice-Presidente

Desembargador Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto

2º Vice-Presidente

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello

Corregedor-Geral da Justiça



Biênio 2024-2026

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

Diretor-Geral

Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira

Vice-Diretora Geral

Juiz de Direito Sílvia Romero Beltrão

Supervisor

Juíza de Direito Fernanda Pessoa Chuahy de Paula

Coordenadora da Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores (DFAS)

Juiz de Direito Edmilson Cruz Júnior

Coordenador da Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (DFAM)

Juiz de Direito José Faustino Macêdo de Souza Ferreira

Coordenador do Instituto de Desenvolvimento de Inovações Aplicadas
ao Tribunal de Justiça de Pernambuco (Ideias Esmape/TJPE)

Juiz de Direito Haroldo Carneiro Leão

Coordenador dos Cursos de Informatização Jurídica

APRESENTAÇÃO

A Escola Judicial de Pernambuco (ESMAPE), comprometida com a valorização do saber e com o fortalecimento da cultura acadêmica no âmbito do Poder Judiciário, tem a honra de apresentar, nesta coletânea, 21 dissertações de mestrado e uma tese de doutorado produzidas por servidoras e servidores do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

Essa publicação integra a série “Cadernos Esmape – Teses e Dissertações”, iniciativa inédita da nossa gestão como diretor-geral desta Escola, lançada oficialmente em dezembro de 2024, com o objetivo de fomentar e difundir a produção técnico-científica dos integrantes do Judiciário estadual.

Desde então, a ESMape já promoveu a publicação de 12 trabalhos acadêmicos elaborados por magistrados e magistradas do TJPE, entre os quais se destacam quatro dissertações de mestrado de juízes, seis dissertações de mestrado de juízas, um ensaio de uma juíza e um trabalho de pós-doutorado, também de autoria de uma juíza.

Com esta nova leva de publicações, voltada aos servidores e servidoras da Justiça pernambucana, a ESMape reafirma sua missão institucional de estimular a pesquisa, o pensamento crítico e o aprimoramento profissional.

Acreditamos que a produção acadêmica de excelência contribui diretamente para o desenvolvimento de um Judiciário mais eficiente, sensível e preparado para enfrentar os desafios contemporâneos da prestação jurisdicional. Ao dar visibilidade a esses trabalhos, a Escola não apenas reconhece o esforço intelectual de seus autores, como também busca inspirar outros magistrados, magistradas, servidores e servidoras a se qualificarem, investirem em sua formação e, futuramente, compartilharem com a comunidade jurídica suas contribuições teóricas e práticas.

A todos os autores e autoras que confiaram à ESMape a divulgação de suas pesquisas, nosso mais sincero reconhecimento. Que esta publicação seja mais um passo rumo a um Judiciário cada vez mais comprometido com o conhecimento, a inovação e a excelência na prestação do serviço público.

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

Diretor-Geral da Escola Judicial de Pernambuco – ESMape

Dissertação de Mestrado apresentada, em 2023, ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: História do pensamento jurídico. Linha de pesquisa: Historicidade das ideias penais.

Quando me ponho diante dos senhores, juízes de Israel, nesta corte, para acusar Adolf Eichmann, eu não estou sozinho. Aqui comigo neste momento estão seis milhões de promotores. Mas eles não podem levantar o dedo acusador na direção da cabine de vidro e gritar *j' accuse* contra o homem ali sentado [...] Seu sangue clama ao céu, mas sua voz não pode ser ouvida. Por isso cabe a mim ser seu porta-voz e pronunciar a infame acusação em seu nome. (*Gideon Hausner*)

RESUMO

A presente dissertação tem como finalidade analisar a efetividade da teoria do domínio do fato desenvolvida por Claus Roxin, notadamente, quanto à imputabilidade penal dos autores mediatos – “homens de escritório” –, nos crimes cometidos em virtude de aparatos organizados de poder e a sua aplicabilidade nas jurisprudências estrangeira e internacional. O domínio causal do “homem de trás” encontra funcionalidade automática em face da rigidez e da hierarquização do aparato de poder que ele comanda. Nesta especificidade de caso, a conduta do executor direto perde o significado de figura central do crime, não obstante a sua contribuição causal, para transferir esta posição de destaque ao autor mediato que dispõe do domínio do fato. Para o desenvolvimento deste trabalho, utilizou-se do método hipotético-dedutivo que, através de pesquisas documentais e bibliográficas de autores consagrados no âmbito do direito penal, além de estudos de casos em julgamentos paradigmáticos que se utilizaram da teoria, permitiu-nos examinar os diversos posicionamentos acerca da teoria, que embora goze de grande reconhecimento, ainda é alvo de críticas e objeções. Ao longo do tempo, várias teorias tentaram delimitar o autor do partícipe no concurso de pessoas, sem que, no entanto, tivesse havido êxito na sua completude. Roxin, observando o domínio do poder nacional-socialista alemão, percebeu que as ordens dos comandantes nazistas eram seguramente cumpridas e, ainda que houvesse recusa ou falha dos executores diretos, o sistema criminoso tinha à disposição um número suficiente de pessoas que se tornariam instrumentos dentro do maquinário de poder. Daí, tomou como base o julgamento de Adolf Eichmann pelo Tribunal de Jerusalém, no ano de 1961, para delinear sua ideia do domínio do fato e estabelecer critérios caracterizadores do autor mediato por organização, que ele mesmo comparou a uma “alavanca de comando de um aparelho de poder”, não importando o nível hierárquico nem a identidade individual do executor direto, por ser um mero instrumento substituível. Partindo-se da premissa de que o autor é a figura central do acontecimento, Roxin desenvolveu a tripartição teórica do domínio do fato para distinguir os tipos de autoria através do *domínio*

da ação, como autoria direta, do *domínio funcional*, como coautoria e do *domínio da vontade*, como autoria mediata. A ideia do domínio do fato como critério determinante da autoria, autoriza que mesmo sem executar o tipo penal incriminador com as próprias mãos, é possível dominar o evento sob o poder da coação, do engano, ou ainda, através de um aparato organizado de poder que garanta o cumprimento das ordens emanadas pelo “homem de trás”, sem que se utilize daquelas duas primeiras formas de autoria mediata, posto que a garantia do poder de mando se estabelece no automatismo do sistema. Portanto, pretende-se esclarecer a efetividade da teoria do domínio do fato como instrumento delimitador da autoria e da participação nos crimes cometidos em virtude de aparatos organizados de poder.

Palavras-chave: direito penal; teoria do domínio do fato; concurso de pessoas; domínio da organização.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze the effectiveness of the theory of the domain of the fact developed by Claus Roxin, notably, regarding the criminal imputability of the mediate authors – “office men” –, in crimes committed by virtue of organized apparatuses of power and their applicability in foreign and international jurisprudence. The causal domain of the “man behind” finds automatic functionality in the face of the rigidity and hierarchization of the power apparatus he commands. In this case specificity, the conduct of the direct executor loses the meaning of the central figure of the crime, despite its causal contribution, to transfer this prominent position to the mediate author who has control of the fact. For the development of this work, the hypothetical-deductive method was used which, through documentary and bibliographical research of renowned authors in the field of criminal law, in addition to case studies in paradigmatic judgments that used the theory, allowed us to examine the several positions about the theory, which, although it enjoys great recognition, is still the target of criticism and objections. Over time, several theories tried to delimit the author from the participant in the contest of people, without, however, having been successful in its completeness. Roxin, observing the dominance of the German National Socialist power, realized that the orders of the nazi commanders were safely carried out and, even if there was refusal or failure of the direct executors, the criminal system had at its disposal a sufficient number of people who would become instruments within it. of power machinery. Hence, he took Adolf Eichmann’s trial by the Jerusalem Court, in 1961, as a basis, to outline his idea of the domain of the fact and establish criteria that characterize the mediate author by organization, which he himself compared to a “command lever of a power apparatus”, regardless of the hierarchical level or the individual identity of the direct executor, as it is a mere replaceable instrument. Starting from the premise that the author is the central figure of the event, Roxin developed the theoretical tripartition of the domain of the fact to distinguish the types of authorship through the domain of action, such as direct authorship, the functional domain, such as co-authorship and the domain of

the will, as mediate authorship. The idea of dominating the fact as a determining criterion of authorship, authorizes that even without executing the incriminating criminal type with one's own hands, it is possible to dominate the event under the power of coercion, deception, or even, through an organized apparatus of power that ensures compliance with the orders issued by the "man behind", without using those first two forms of mediate authorship, since the guarantee of command power is established in the automatism of the system. Therefore, it is intended to clarify the effectiveness of the theory of mastery of the fact as a delimiting instrument of authorship and participation in crimes committed by virtue of organized apparatuses of power.

Keywords: criminal law; dominion over the act theory; criminal complicity; organization domain.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
1 A HISTORICIDADE DA DELIMITAÇÃO ENTRE A AUTORIA E A PARTICIPAÇÃO NO CONCURSO DE PESSOAS SOB AS CONCEPÇÕES TEÓRICAS ANTERIORES À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	23
1.1 Considerações introdutórias	23
1.2 Teoria unitária ou monista.....	29
1.3 Teoria dualista.....	37
1.4 Teoria pluralista	37
1.5 Sistema extensivo de autor.....	38
1.6 Sistema restritivo de autor	42
1.7 Teoria objetivo-formal	44
1.8 Teoria objetivo-material	49
1.9 Teoria subjetiva.....	50
2 FORMAS E ESPÉCIES DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO DIREITO PENAL COM A IDEIA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	55
2.1 Considerações iniciais	55
2.2 Autoria direta ou imediata.....	59
2.3 Coautoria.....	65
2.4 Autoria mediata	72
2.5 Participação	79
3 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM CLAUS ROXIN.....	85
3.1 Considerações iniciais	85
3.2 O domínio da vontade em virtude de aparato organizado de poder.....	89

3.3	Fundamentos e pressupostos caracterizadores do domínio da vontade por organização.....	99
3.3.1	Poder de mando.....	100
3.3.2	Desvinculação do direito pelo aparato organizado de poder	106
3.3.3	Fungibilidade do executor direto	110
3.3.4	Disposição essencialmente elevada dos executores ao fato	114
3.4	Objecções à autoria mediata por organização em virtude de aparato organizado de poder.....	115
4	ESTUDOS DE CASOS: A JURISPRUDÊNCIA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	122
4.1	O caso Eichmann como paradigma à teoria do domínio do fato de Claus Roxin	122
4.2	O pioneirismo da aplicação jurisprudencial da autoria mediata em virtude de aparato organizado de poder pela Câmara nacional de apelação e pela Corte Suprema de Justiça da Argentina.....	138
4.2.1	A acusação do Promotor Julio Strassera.....	141
4.2.2	A sentença da Câmara Nacional de Apelação e da Corte Suprema de Justiça argentina	144
4.3	A responsabilidade penal do ex-presidente peruano Alberto Fujimori como autor mediato dos crimes contra a humanidade em virtude de aparato organizado de poder.....	150
4.3.1	O contexto histórico dos fatos e seus desdobramentos.....	150
4.3.2	As evidências indiciárias válidas como provas idôneas no processo	158
4.3.3	Pressupostos caracterizadores da autoria mediata por domínio da vontade: fundamentos da sentença condenatória do ex-presidente Alberto Fujimori	162
	CONCLUSÃO	175
	REFERÊNCIAS.....	177

INTRODUÇÃO

O “concurso de pessoas” é considerado um dos temas mais complexos da dogmática penal e, pela sua fundamental importância na teoria do crime, tem sido protagonista em debates e trabalhos científicos realizados através dos séculos por grandes nomes da doutrina penal.

As discussões sobre o “concurso de pessoas” se fundam na criação de critérios caracterizadores acerca da delimitação das formas de autoria e de participação no crime, cuja problemática central se assenta sobre a teoria da autoria, especificamente a autoria mediata cujos estudos, até então, não têm demonstrado uma resposta definitiva e satisfatória dos critérios caracterizadores que possam conceituá-la.

É importante frisar que a busca pelos critérios da autoria e da participação se resumiam a um pensamento mais restrito aos casos corriqueiros da criminalidade individual. Contudo, é no direito penal internacional, cujos crimes, em regra, são cometidos por um número indeterminado de perpetradores contra um número massivo de vítimas, que surge o grande desafio de determinar a responsabilidade penal individual de cada interveniente nas atrocidades dos crimes cometidos contra a humanidade.

Após a Segunda Guerra Mundial o Direito Penal Internacional obteve destaque na comunidade jurídica internacional com o Tribunal Militar Internacional – TMI, em Nuremberg, que se tornou referência para a criação do Tribunal Militar para o Extremo Oriente de Tóquio e os Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Ruanda, estes últimos criados pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas.

O conceito de autoria dentro do Direito Penal Internacional teve proeminência nos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Nuremberg e para o Extremo Oriente, que dotaram uma visão amplificada de autor diante das dificuldades de identificar e responsabilizar individualmente o autor e o partícipe nos crimes internacionais, adotando o sistema unitário para reconhecer como autor todos aqueles que contribuíam para o mesmo fato delituoso.

Não é difícil identificar que os crimes de guerra e contra a humanidade são perpetrados por indivíduos organizados e coordenados que se desviam do cumprimento dos direitos fundamentais por questões ideológicas ou mera busca pelo poder, o que culmina na usurpação dos direitos individuais e coletivos mediante práticas violentas de perseguições e extermínios de massas.

No julgamento realizado pelo Tribunal Militar Internacional – TMI, em Nuremberg, os acusados nazistas foram enfáticos nas suas defesas para se declararem inocentes das acusações impostas sob o argumento de que cumpriam ordens hierárquicas e não poderiam ser considerados culpados por cumprimento de atos de “comando legal”.

Alguns anos depois do julgamento de Nuremberg, outro polêmico e importante julgamento por crimes de guerra e contra a humanidade foi realizado pelo Tribunal Distrital de Jerusalém: tratava-se de uma das figuras mais importante do sistema nazista alemão de extermínio de pessoas – Adolf Eichmann –, que apesar de ser o mentor da “Solução Final” para os Judeus, alegou inocência afirmando nunca ter matado um ser humano sequer.

O Caso Eichmann (1961) tornou-se um paradigma para o novo conceito de autoria mediata que inspirou Claus Roxin, em 1963, a desenvolvê-lo no seu estudo de habilitação de livre docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Hamburgo, intitulado *Autoria e Domínio do Fato (Täterschaft und Tatherrschaft)*.

A teoria do domínio da organização, também nominada de “autoria de escritório”, idealizada por Roxin, encontra-se como uma das modalidades da autoria mediata.

A ideia se firma no sentido de que além das duas formas de dominar um evento sem que haja participação direta na execução, quais sejam, a coação ou o engano do executante, é possível, também, haver tal domínio quando o indivíduo se encontra inserido num sistema de aparato de poder que garanta a realização da ordem, porque mesmo que o executor desista ou falhe na execução delituosa, o sistema de poder, através da fungibili-

dade dos seus executores, dispõe automaticamente de indivíduos para executar o crime.

A peculiaridade desse tipo de autoria mediata é que o autor imediato, por não se encontrar sob o domínio do erro, da coação ou da inimputabilidade, agindo de forma livre e consciente é passível de responsabilidade penal juntamente com o autor mediato.

É nessa perspectiva que analisaremos algumas teorias que tentam delimitar a autoria do partícipe no concurso de pessoas e a jurisprudência de alguns Tribunais estrangeiros e do Tribunal Penal Internacional, para compreender se as formas tradicionais de autoria e participação são instrumentos *de per si* capazes de responsabilizar o agente infrator dentro de um aparato organizado de poder ou se a autoria mediata por organização na forma de *domínio da vontade* é a figura jurídica mais efetiva na delimitação da autoria e da participação.

Portanto, indaga-se: a teoria do domínio do fato de Claus Roxin tem sido um instrumento de efetividade na delimitação da responsabilidade penal nos crimes cometidos em virtude de aparatos organizados de poder?

Parte-se da hipótese de que a teoria do domínio do fato de Roxin tem efetividade como instrumento delimitador da responsabilidade penal individual do agente nos crimes cometidos em aparatos organizados de poder, pois, ainda que seja objeto de críticas e de objeções, tem sido recepcionada na jurisprudência estrangeira e do Tribunal Penal Internacional como a figura jurídica mais coerente na busca da imputabilidade penal dos autores mediatos por organização, chamados de “homens de escritório”.

Então, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar se a teoria do domínio do fato de Claus Roxin tem efetividade como instrumento na delimitação da responsabilidade penal individual do agente nos crimes cometidos em virtude de aparatos organizados de poder.

Para tanto, encontram-se delineados os seguintes objetivos específicos: distinguir as principais teorias que tentam explicar o conceito de autor e de partícipe no concurso de pessoas, antes da ideia da teoria do domínio do fato; abordar as formas e espécies de autoria e de participa-

ção no direito penal pós teoria do domínio do fato; examinar a teoria do domínio do fato de Claus Roxin, expondo seus fundamentos e pressupostos caracterizadores com suas críticas e objeções e, analisar a jurisprudência estrangeira e do Tribunal Penal Internacional que adotaram a teoria do domínio do fato roxiniana.

O trabalho se encontra dividido em quatro capítulos. No primeiro, serão abordados os problemas da autoria e da participação dentro do concurso de pessoas através das principais teorias clássicas que ao longo do tempo buscaram delimitar o conceito de autoria e de participação no direito penal. Será feita uma suscinta retrospectiva histórica do concurso de pessoas no direito penal brasileiro, desde o código penal do império até o código penal vigente, visando entender a construção dogmática da autoria e da participação no Brasil.

Num segundo momento, discorreremos sobre a visão dos autores clássicos nacionais e estrangeiros sobre o conceito de autoria e participação no crime com as suas formas e espécies no concurso de pessoas, para uma compreensão dogmática sobre a delimitação do autor e do partícipe na teoria do crime.

Em seguida, trataremos do ponto central objeto deste estudo para examinar a ideia da concepção da teoria do domínio do fato de Claus Roxin, a sua recepção, críticas e objeções na doutrina e na jurisprudência estrangeira e no Direito Penal Internacional.

Abordaremos, ainda, a historicidade da teoria do domínio do fato desde Hegler, em 1915, passando por Bruns, por Weber, por Eb Schmidt, até chegar a Welzel, em 1939, que pela primeira vez vinculou a ideia de domínio do fato à sua teoria da ação finalista, terminando com Roxin, na década de 1960, como responsável pela construção dogmática da teoria do domínio do fato, cujo objetivo era delimitar o autor do partícipe.

No quarto e último capítulo, será realizado um estudo de casos que se tornaram precedentes à concepção da autoria mediata por organização, de Roxin, especificamente, o julgamento de Adolf Eichmann, pelo Tribunal Distrital de Jerusalém, o julgamento da Câmara nacional de apelação e da Corte suprema de Justiça da Argentina, no caso das Juntas Militares

e o julgamento do ex-presidente Alberto Fujimori, pela Corte suprema de Justiça peruana.

O desenvolvimento do trabalho se deu através da pesquisa básica com objetivo descritivo e abordagem qualitativa através do método hipotético-dedutivo. Assim, realizamos ao longo do curso uma minuciosa busca bibliográfica de autores consagrados no direito nacional e estrangeiro, em livros, artigos e trabalhos científicos, congressos, além de estudos de casos práticos como as sentenças e acórdãos de alguns Tribunais estrangeiros e do próprio Tribunal Penal Internacional.

Por fim, cabe-nos ressaltar que os posicionamentos doutrinários que visam delimitar a autoria e a participação e explicar a teoria do domínio do fato diante do direito penal são infundáveis, e analisá-los em sua integridade fugiria do intento do presente trabalho que exigiria, certamente, a realização de um verdadeiro tratado sobre o tema.

Embora não exista um consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca da solução definitiva sobre a questão da imputabilidade penal do autor mediato por organização, pode-se concluir que os objetivos são atendidos e a pergunta resta respondida com a confirmação da hipótese, indicando a efetividade da teoria do domínio do fato de Claus Roxin, na forma da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder como o instrumento jurídico mais coerente na responsabilização individual do agente nos excepcionais casos da macrocriminalidade.

1 A HISTORICIDADE DA DELIMITAÇÃO ENTRE A AUTORIA E A PARTICIPAÇÃO NO CONCURSO DE PESSOAS SOB AS CONCEPÇÕES TEÓRICAS ANTERIORES À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

1.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O tipo penal está para aquele que pratica a ação do verbo nuclear descrita como proibida no ordenamento jurídico, e a adequação do fato ao tipo incriminador, *prima facie*, aponta a existência da responsabilidade criminal de um sujeito ativo.

É consabido que, em sua maioria, os delitos são praticados de forma individual, não obstante, é comum a atuação de mais de um agente com a finalidade do cometimento de um mesmo crime cuja pluralidade de sujeitos ativos denomina-se concurso de pessoas.

Embora seja um tema que se discute há tempos, o fato é que até os dias atuais o estudo do concurso de pessoas tem gerado controvérsias na dogmática penal que não chegou a um consenso doutrinário sobre o seu conceito e a sua aplicabilidade na teoria do crime¹, cuja polêmica já falava Liszt em 1881, quando da primeira publicação do seu Tratado de Direito Penal Alemão.

O princípio oriundo da idéia de causa (acima, § 28), segundo o qual não somente o autor, senão também todos os indivíduos que tomam parte na prática de uma acção criminosa devem ser responsabilizados pelo resultado que a acção produz, tem sido reconhecido em todos os tempos e admitido em todos os systemas jurídicos. Mas, si as diversas fórmulas de coparticipação distinguem-se idealmente e como se devem distinguir, si a parte de cada um na culpa e no facto determina-se iferentemente e como deve ser determinada, e como

1 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: Parte geral. Tomo I. 1ª. edição brasileira. 2ª edição portuguesa. Coimbra: Coimbra editora, 2007,p 757-758.

nessa conformidade deve ser medida a pena, são questões sobre que as opiniões muito têm divergido até os nossos dias.²

A busca dogmática de soluções aos questionamentos formulados sobre o concurso de pessoas, até então não dirimidos, trouxe mais questionamentos sobre o tema a ponto de alguns juristas como Kantorowicz, Binding e Sauer reconhecerem que diante de tantas questões levantadas tornou-se o tema mais difícil e complexo de toda a dogmática do direito penal.³

No mesmo pensamento, Mezger: “Várias pessoas podem ter participado de um ato punível. Este conceito, simples e inteligível para todos, contém uma teoria difícil, mas também especialmente importante e interessante da Parte Geral – a teoria da participação.” (Tradução livre)⁴

Portanto, o ponto nodal da questão do concurso de pessoas se funda em como responsabilizar vários indivíduos, que realizando condutas diversas, convergem para a prática de um mesmo fato tipicamente proibido no ordenamento jurídico penal. Assim, é Donna:

O problema que se coloca em matéria de autoria é determinar, diante de um fato criminoso em que várias pessoas participaram, quem delas foi o autor e quem foram os partícipes. Quando falamos de autor nos referimos ao sujeito a quem se pode ser atribuído o fato como seu, aquele que o realiza e de quem se pode

2 Liszt, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. V. I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Ed. Fac-sim. Senado Federal. Superior Tribunal de Justiça. Brasília-DF. 2006. p.349-350.

3 AMBOS, Kai, Paulo de Sousa Mendes, orgs. – Fábio Roberto D’Avila *et alii* – **O passado e o presente na teoria do delito de Aníbal Bruno**. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2017. Vol. 4. p. 110.

4 No original: “*En un hecho punible pueden haber participado varias personas. Este concepto, simple e inteligible para todos, contiene una teoría difícil, pero también especialmente, importante e interesante de la Parte general – la teoría de la participación*”. MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Parte General. Buenos Aires - Argentina: Bibliografía Argentina, 1958. p.297.

dizer que “esse fato pertente a ele” em sua generalidade.⁵ (tradução livre)

Com a atenção voltada ao princípio da intervenção mínima, o legislador seleciona alguns comportamentos humanos considerados de fundamental importância para a paz social e que devem ser tutelados pelo Estado.

Para isto, estabelece tipos penais incriminadores com as suas respectivas sanções, contudo, no concurso de pessoas, torna-se impossível prever e estabelecer de forma exaustiva todas as hipóteses de tipicidade cometidas pelos autores e pelos partícipes no momento da contribuição coletiva para um mesmo tipo penal, pois cada agente, mediante sua conduta própria, contribui de forma diferente para um mesmo fato típico incriminador.

A questão que se impõe é que determinadas ações dos coautores e partícipes, se fossem realizadas individualmente fora do contexto do concurso de pessoas, não seriam consideradas crimes por não estarem devidamente tipificadas como tal, ou seriam consideradas crimes, mas do tipo diverso daquele sugerido no concurso de pessoas.

É neste sentido o pensamento de Fragoso: “A autoria e a participação definem-se a partir da conduta típica. Trata-se de saber quem praticou a ação que constitui o crime e quem nela tomou parte, sem a executar.”⁶

Diante desta problemática, a doutrina tem se debruçado sobre o assunto e gerado várias teorias que buscam encontrar a melhor forma de explicar o conceito de autor e de partícipe no concurso de pessoas,

5 No original: “*El problema que se presenta en materia de autoría es determinar, frente a un hecho delictivo en el cual han participado varias personas, quién de ellos ha sido el autor y quiénes los partícipes. Cuando hablamos de autor nos referimos al sujeto a quien se le puede imputar el hecho como suyo, aquel que lo realiza y del que puede decirse que “ese hecho le pertenece” en su generalidade*”. DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal**. Segunda edición ampliada y profundizada. Buenos Aires: Rurinzal – Culzoni Editores, 2002. p. 9.

6 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal – parte geral**. Ed.15. Rio de Janeiro. Forense, 1995. p.252.

sem, no entanto, ferir o princípio da legalidade quanto à adequação dos fatos ao tipo penal.

Passemos, assim, a discorrer sobre algumas das mais diversas teorias e estudos que tentam explicar o instituto do concurso de pessoas, iniciando pela distinção do “concurso eventual” e do “concurso necessário” de autor.

O concurso de pessoas se encontra intimamente ligado ao conceito de autoria, com isto, a necessidade de classificá-lo em concurso necessário e concurso eventual para uma adequação aos diversos tipos incriminadores.

A eventual participação ou cooperação de dois ou mais agentes para uma mesma finalidade delitiva afigura-se na codelinquência como crime de concurso eventual.

Quanto ao concurso necessário de autor, assenta Brandão que “Os crimes de concurso necessário são aqueles onde a pluralidade de agentes no polo ativo é requisito do tipo penal”, como no caso do tipo de associação criminosa, ressaltando que nesses casos não se configura o concurso de pessoas, pois a pluralidade dos agentes “funciona como um elemento necessário à tipicidade da conduta”.⁷

Mestieri⁸ nos apresenta os requisitos necessários e cumulativos para a existência do concurso eventual de pessoas, iniciando-se pela Pluralidade de agentes e condutas que acontece quando um grupo de pessoas realiza ações distintas para a contribuição de um mesmo fato delituoso que, embora não realizadas nas mesmas formas e condições, tenham um objetivo comum.

Atenta Esther de Figueiredo Ferraz que essa pluralidade de condutas se distingue por aquelas que serão tidas como típicas, as praticadas

7 BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**: Coleção ciência criminal contemporânea, volume 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 303.

8 MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Ed.J. Mestieri, 1990. p. 253.

pelos autores e as atípicas, praticadas pelos partícipes quando não convergirem material e psicologicamente para um objetivo comum.

Para que se verifique o fenômeno da participação criminosa é preciso que se apresentem todos os agentes ligados por um nexos de ordem subjetiva, por um vínculo de natureza psicológica, sob pena de termos à nossa frente delitos simultâneos ao invés de um delito praticado em concurso.”⁹

O segundo requisito é a relevância causal de cada conduta para produção do resultado, fazendo-se necessário que cada agente tenha contribuído eficazmente para a conduta típica principal.

Outro requisito é o liame subjetivo entre os agentes, que significa a real consciência de que juntamente com outras pessoas tem-se um objetivo comum para a realização de um fato típico.

Por fim, ainda para caracterizar o concurso eventual de pessoas, é necessário que haja a realização de um mesmo tipo penal por todos aqueles que concorreram para a concretude do tipo incriminador, em que responderão por ele e não por tipo diverso.

Nos crimes de concurso necessário, o tipo penal exige uma pluralidade de agentes para caracterizar o delito, como no caso do crime de associação criminosa. É importante frisar que no concurso necessário não se reconhece o concurso de pessoas, haja vista que o número mínimo de agentes exigido para a caracterização do delito “funciona como um elemento necessário à tipicidade da conduta”.¹⁰

Já nos crimes de concurso eventual, o elemento do tipo não exige a pluralidade de agentes para sua configuração, podendo o verbo do tipo ser realizado por uma unicidade ou pluralidade de sujeitos.¹¹

9 FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p.25

10 BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**: Coleção ciência criminal contemporânea, volume 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 304.

11 BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**: Coleção ciência criminal contemporânea, volume 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 304.

É importante atentar aos questionamentos que nos traz essa pluralidade eventual de sujeitos no crime – a codelinquência –, quando se refere ao peso da culpabilidade de cada agente na atuação conjunta do fato criminoso, carecendo de identificar qual a responsabilidade penal de cada pessoa que contribuiu para o evento e compreender se a prática delitiva no concurso de pessoas constitui um ou vários crimes.

Portanto, a conduta delitiva do agente que se encontra descrita no tipo legal pode ser realizada sob as formas de autoria ou de participação, sendo estas categorias gerais que abarcam todas as particularidades de contribuições para o fato criminoso.

Através dessa concepção distintiva, será possível identificar os fundamentos necessários para se reconhecer os tipos de autoria e de participação no crime, o que tem sido proposto pela doutrina ao longo do tempo por várias teorias.

1.2 TEORIA UNITÁRIA OU MONISTA

A teoria unitária de autor tem sua gênese em 1928 com os estudos de Stübel, cuja ideia originária não se diferencia o autor do partícipe, reconhecendo como autores todos os que concorrem para a mesma infração penal, seguindo a teoria da equivalência das condições, fazendo-se, tão somente, a diferenciação no que pertine a aplicação da pena.¹²

Para Mir Puig, o fundamento maior encontra-se numa questão política-criminal que reconhece o resultado do crime como causa de todos aqueles que para ele contribuíram, e devem ser punidos de forma igualitária.¹³

12 STÜBEL, Christoph Carl. Ueber die Theilnahme mehrerer Personen na einem Verbrechen apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.p.57.

13 SANTIAGO, Mir Puig. **Derecho penal**: parte general. 8.ed. Ciudad de Granada - Barcelona: Tecfoto, S.L. 2006. p.370.

Numa retrospectiva histórica do concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro, podemos identificar que o código criminal do império do Brasil de 1830¹⁴ e o código penal de 1890¹⁵ consagraram a teoria dualista de autor por reconhecerem a atuação distinta das pessoas do autor e do partícipe no cometimento do fato delitivo.

-
- 14 BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Dispõe sobre o código criminal do império do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça. [1831] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 12 de abr. de 2022. Art. 4º São criminosos, como autores, os que commetterem, constringerem, ou mandarem alguém commetter crimes. Art. 5º São criminosos, como complices, todos os mais, que directamente concorrerem para se commetter crimes. Art. 6º Serão também considerados complices: 1º Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o em razão da qualidade, ou condição das pessoas, de quem as receberam, ou compraram. 2º Os que derem asylo, ou prestarem sua casa para reunião de assassinos, ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem, ou pretendem commetter taes crimes.
- 15 BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Dispõe sobre o código penal brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Sala das sessões do governo provisório. [1890] 2º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em 12 de abr. de 2022. TITULO II Dos crimes e dos criminosos Art. 17. Os agentes do crime são autores ou cúmplices. Art. 18. São autores: § 1º Os que directamente resolverem e executarem o crime; § 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dadas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica; § 3º Os que, antes e durante a execução, prestarem auxilio, sem o qual o crime não seria commettido; § 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido. Art. 19. Aquelle que manar, ou provocar alguém a cometer crime, é responsavel como autor: § 1º Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou; § 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar. Art. 20. Cessará a responsabilidade do mandante si retirar a tempo a sua cooperação no crime. Art. 21. Serão cúmplices: § 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para commettel-o, e prestarem auxilio á sua execução; § 2º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios; § 3º Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem; § 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem.

Mais de um século depois, o nosso código penal de 1940, sob a influência do código penal italiano de 1930, com vistas à teoria causalista, adotou a teoria unitária para não mais distinguir o autor e o partícipe, como explícito na exposição de motivos.

25. (...) O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monista do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). (...).¹⁶

Ainda no primeiro código penal da República, no título IV da Parte Geral, “Da Co-autoria”, o legislador adotou o conceito extensivo de autor sob a teoria da causalidade: “Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas.”

A incomunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal do agente em relação aos demais, com exclusividade para consideração das agravantes, apenas em relação àquele que as ostenta – “Art. 26. Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”; e a “impunibilidade” da participação quando da tentativa, ressaltando a aplicação da medida de segurança constante no art. 76, parágrafo único – “Art. 27. O ajuste, a determinação ou a instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único)”.¹⁷

16 BRASIL. **Câmara dos Deputados. Exposição de motivos nº 211, de 09 de maio de 1983.** Brasília-DF. *Câmara dos Deputados. [1983] Disponível em:* <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em 12 de abr. de 2022.

17 BRASIL, Presidência da República. **Decreto-lei de 7 de dezembro de 1840.** Dispõe sobre o código penal brasileiro. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 12 de abr. de 2022.

Ferraz lembra que o código penal militar de 1969 reafirmou a adoção da teoria unitária do código de 1940,¹⁸ descrevendo *ipsis litteris* no seu art. 53 os termos do art. 25 daquele código – “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.”

Embora parecesse ter sido a melhor forma para resolver a questão do concurso de pessoas, Ferraz comenta que o reconhecimento da equalização de autor e partícipe na mesma contribuição do fato delituoso não exime a real existência das diferenças entre eles, por ser imprescindível, ainda, para efeito de sanção punitiva.

Tornada embora obrigatória a parificação legal dos agentes do crime, continuarão a existir, nos delitos praticados em concurso, delinquentes que executam o ato material típico e característico da infração e partícipes que realizam atos diversos dos consumativos. E entre estes últimos sempre haverá os que se limitam a dar a sua contribuição material e os que concorrem com atividade meramente psíquica; os que participam de maneira principal e os que o fazem de maneira acessória; os que praticam atos de comissão e os que agem por omissão; os que intervêm antes da execução e os que dão entrada na cena delituosa enquanto dura tal execução. Porque são, todas essas, diferenças reais que a lei pode ignorar sem, contudo, ter forças para eliminar.¹⁹

À vista de que nem todos os tipos penais se amoldam à pluralidade de agentes ativos no cometimento do delito, nem poderia, emergiu-se a necessidade de uma norma reguladora especial para o fenômeno da pluralidade de agentes, o que ocorreu com a reforma de 1984 que deu amplitude às figuras dos autores e dos partícipes, substituindo o termo *coautoria* por *concurso de pessoas*, mantendo-se o Sistema Unitário de Autor, mas acrescentando regras diferenciadoras de autor e partícipe.

18 FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A codelinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p.3.

19 FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A codelinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p.4.

Item 25. Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas”, decreto mais abrangentes, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Em completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos critérios dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria de participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.²⁰

Bitencourt²¹ nos alerta que os dois principais questionamentos sobre esta teoria não devem ser confundidos.

Primeiro, trata-se da valoração do fenômeno delitivo realizado por vários agentes, não individualizando as condutas praticadas e tendo por considerar todos os intervenientes como autores, caracterizando, assim, o Sistema Unitário de Autor.

O segundo, seria a valoração da conduta principal dos que contribuíram individualmente para o mesmo delito, os sujeitos principais: autor, coautor e autor mediato e os sujeitos acessórios ou secundários, os partícipes, caracterizando-se o chamado Sistema Diferenciador.

A questão que se impõe no concurso eventual de agentes é se devemos reconhecer a responsabilidade por igual aos que concorreram de alguma forma para o delito, adotando a teoria unitária, ou res-

20 **BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de motivos nº 211, de 09 de maio de 1983. Brasília-DF. Câmara dos Deputados. [1983]. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em 12 abr. de 2022.**

21 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.473

ponsabilizar cada um na medida da sua contribuição delitiva, adotando a teoria diferenciadora.

Para Bolckelmann, o Sistema Unitário de Autor não é a melhor solução para o Direito Penal, pois nas suas palavras “Ele levaria a uma expansão não justificável do âmbito de aplicação das ameaças punitivas legais e não impediria que se fizesse uma avaliação diferenciadora das contribuições para o fato no momento da dosagem da pena”, motivo este que o legislador alemão decidiu por diferenciar o autor do partícipe.²²

Embora a reforma de 1984 tenha mantido o sistema unitário, ficou evidente na complementação do caput do art. 29 – “na medida da sua culpabilidade”, que o legislador quis pontuar a justa medida da respectiva pena a ser aplicada àquele que contribuiu em concurso eventual para o mesmo fato criminoso.

À vista deste novo termo, sobre a culpabilidade, Mestieri percebe que a teoria unitária não é tão pura quanto antes, e que a mitigação legislativa a ela visa a afastar a radicalização da orientação igualitária dos agentes que concorrem para o mesmo crime, visando à justa equalização da responsabilidade penal ao que denominou de teoria unitária temperada.

Além disso, frente ao novo texto legal, seria mais correto dizer-se que o legislador adotou uma teoria unitária *temperada*, pois o instituto do concurso de agentes está subordinado à teoria da culpabilidade (Art. 29, c.p.: “... na medida da sua culpabilidade”) e com isso se distingue, ainda que tacitamente, entre autoria e participação, além de limitar a punição à contribuição pessoal de cada protagonista.²³

22 BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal**: parte geral, tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 215

23 MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Ed.J. Mestieri, 1990. p. 253.

Não se trata de uma nova teoria, mas de uma nova percepção evolutiva da teoria unitária em relação à ideia primeira de Stübel, outrora adotada na legislação penal de 1940.²⁴

Alflen esclarece que o legislador brasileiro não distinguiu entre as várias modalidades de autoria e participação, como também não definiu conceitos, mas deixou critérios no próprio código penal que possibilitam a doutrina na busca destas definições, como por exemplo o art. 29.²⁵

A valoração da culpabilidade inserida no art. 29, que passou a exigir a separação dos autores e partícipes na medida da sua responsabilidade, em face da eficácia causal individual da conduta, apresenta-se como um Sistema Diferenciador.²⁶

Para Dotti, os eventuais excessos, até então levados pela literalização da lei no Sistema Unitário Clássico, deixam de existir com a referência da culpabilidade, que se manifesta como uma “cláusula salvatória”.²⁷

Ao inserir o segundo parágrafo no art. 29 do código penal – “Se algum dos concorrentes quis participar do crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”, o legislador afasta a responsabilidade objetiva no concurso de pessoas, instituindo o Desvio Subjetivo de Conduta, também chamado de Cooperação Dolosamente Distinta, para separar na sua medida a responsabilidade penal de cada um dos agentes que, de forma conjunta, concorreram para o mesmo resultado.

Neste caso, quando dois ou mais agentes cometem uma pluralidade de crimes, se o crime mais grave não estava subjetivamente ligado entre os agentes, ou seja, não visavam a um resultado único, a responsabilidade penal objetiva cai por terra, porquanto não se admite a punibilidade de um agente que não tenha agido por dolo ou culpa, pois o concurso

24 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.168.

25 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.168.

26 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.60.

27 DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 98.

de pessoas deixa de existir quando um dos agentes decide participar do crime menos gravoso.

Outros artigos, citados por Alflen, reconhecem a atuação dos vários tipos de autores e o partícipe no direito penal brasileiro, até porque essas distinções de concorrência para o crime se dão de forma natural, haja vista o próprio sistema adotado que exige responsabilizar o agente na medida da sua culpabilidade.

(...) o art. 62, I, faz-se referência àquele que “dirige a atividade dos demais agentes”, e, portanto, identifica-se a hipótese de **autoria mediata**, a qual é corroborada pelo art. 5º, XLIII, da CF, ao fazer referência aos “*mandantes*”; **no art. 62 IV**, faz-se referência àquele que “*executa o crime*”, e, com isso, identifica-se a **autoria mediata**; **no art. 16**, da Lei n. **8.137/90** e **no art. 25**, da Lei n. **7.492/86**, faz-se menção aos crimes “*cometidos em ... coautoria*” e **no art. 3º, par. único**, da Lei n. **9.0605/98**, faz-se menção às pessoas “*físicas [...] coautoras*”, identificando-se, assim, a coautoria; por outro lado, identificam-se, ainda, as modalidades de participação, de **indução, instigação e auxílio** nos art. 31; 62, II E III; e 122 do CP, respectivamente, com as disposições “*a determinação, a instigação e o auxílio*”, “*induz outrem*”, “*instiga ou determina*”, “*induzir, instigar e auxiliar*”. Ademais, **no art. 31** do CP, o legislador consolidou a regra das acessoriedade da participação, dispondo que “*não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado*”.²⁸

A ausência de conceitos determinantes à teoria unitária fez com que Kienapfel, em 1971, propusesse uma subdivisão da teoria unitária em formal e funcional.²⁹

O Sistema Unitária Formal se caracteriza por não identificar o grau de contribuição individual de cada agente, reconhecendo todos como autores,

28 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.p.168-169.

29 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.p.57-58.

porém, entende necessário estabelecer a pena na medida da sua culpabilidade para reconhecer as majorantes e minorantes quando da dosimetria.

O Sistema Unitário Funcional, adotado pelo legislador brasileiro, reconhece a diferenciação das modalidades de autoria direta – que por si só pratica o tipo penal – e autoria mediata – que participa de qualquer forma para a realização do tipo.³⁰

Batista rechaça as Teorias Pluralista, Dualista e Monista de autor ao argumento de que é uma ideia de pouca importância e que a visa disfarçar “o problema fundamental, que reside na concepção restritiva ou extensiva de autor”.³¹

1.3 TEORIA DUALISTA

Esta ideia defende a bipartição da ação criminosa entre autores e partícipes quando da conduta realizada no concurso eventual de pessoas.

Assim, haverá um crime para aqueles que realizaram o tipo penal – os autores – e outro crime para aqueles que de forma acessória – os partícipes – contribuíram para empreitada, sem que, no entanto, tenham realizado o verbo do tipo penal.

Busato atenta às fragilidades desta teoria, que em determinadas situações pode dar mais ênfase à ação do partícipe do que à ação do autor num mesmo fato delitoso, trazendo como exemplo: “[...] quem contrata alguém para surrar um terceiro”.³²

30 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.59.

31 BATISTA, Nilo. **Concursos de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 31.

32 BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral, volume 1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.702.

1.4 TEORIA PLURALISTA

Para esta teoria se compreende que a pluralidade de agentes está para a pluralidade de crimes, mesmo que as ações se convirjam para um único tipo penal, ou seja, cada sujeito do concurso eventual responderá pela sua própria conduta de modo diferenciado, fracionando-se, assim, a ação criminosa.³³

Numa situação hipotética de roubo, na qual o elemento A aponta a arma para a vítima e o elemento B subtrai o dinheiro dela, é difícil conceber que um dos agentes responda por ameaça e o outro por furto. É isto que defende a teoria pluralista bastante criticada.³⁴

Interessante registrar que, embora o código penal brasileiro tenha adotado, em regra, a teoria unitária ou monista, no caso do crime de aborto realizado mediante concurso eventual de duas pessoas, no qual a gestante e o médico praticam o aborto, cada indivíduo que contribuiu para a produção do mesmo resultado – o aborto – responderá por tipos penais diversos.³⁵ Isso nos remete à existência da exceção pluralista à teoria monista.

1.5 SISTEMA EXTENSIVO DE AUTOR

O Conceito Extensivo de Autor também chamado de teoria material-objetiva³⁶ tem seus fundamentos na teoria da equivalência das condições, pois reconhece que os indivíduos que contribuem de alguma forma

33 BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**: Coleção ciência criminal contemporânea, volume 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 305.

34 BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Volume 1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.701.

35 “Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos. Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos”. Ambos do código penal brasileiro.

36 JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal Internacional**. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p.67.

para o resultado são autores, inclusive os partícipes, por não distinguirem o nível de contribuição causal de cada um.³⁷ Assim, também, Mezger.

I. A causalidade como ponto de partida para a teoria da participação. O ponto de partida científico de qualquer teoria jurídico-criminal da participação é a teoria da causalidade. A atividade do participante em sentido amplo (coautor, instigador, cúmplice) deve ter sido causal em relação ao ato do outro, depois de excluídos do âmbito da participação, chamamos-lhes de eventos subsequentes. Somente com a existência desse pressuposto, pode-se dizer que alguém participa do fato. (Tradução livre).³⁸

O Sistema Extensivo de Autor tem íntima relação com a teoria unitária ou monística de autor já esposada anteriormente, a qual afasta a figura do partícipe e compreende que a conduta típica principal é causa de todos os que contribuem para o evento, ainda que a sanção seja aplicada na medida da sua culpabilidade.

Embora adepto da teoria restritiva, Bettiol explica os fundamentos da teoria extensiva, conceituando que a multiplicidade de ações realizadas no concurso de pessoas pelos autores e pelos partícipes devem ser consideradas como um elemento comum para a *eficiência causal*. Vejamos:

“Ao contrário, pela concepção extensiva do autor, a diversidade lógica que subsiste entre ação “executiva” e participação não deve ser considerada de tal ordem que negue a identidade substancial de ambas as ações, porque é sempre possível abstrair de todas

37 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.477.

38 No original: “I. La causalidad como punto de arranque de la teoría de la participación. El punto de arranque científico de toda teoría jurídico-penal de la participación es la teoría de la causalidad. La actividad del partícipe en sentido amplio (coautor, instigador, cómplice) debe haber sido causal respecto del hecho de otro, después de excluídos del ámbito de la participación los llamamos hechos posteriores. Sólo si existe este supuesto, se puede decir que alguien “participa” em el hecho.” MEZGER, Edmund. **Derecho penal. Parte General**. Buenos Aires–Argentina: Bibliografía Argentina, 1958. p.298-299.

estas formas de atividade um elemento comum, ou seja, a eficiência causal. Fundamento jurídico, portanto, quer para a ameaça como para a aplicação da pena, é o valor causal da ação em relação ao evento, e não as características de sua estrutura formal.”³⁹

Para Japiassu, a teoria Extensiva permitiria de forma ampliada a punibilidade de todos os tipos de autores – mediatos, imediatos e coautores –, realizando uma distribuição de justiça à medida em que todos aqueles que de alguma forma deram causa ao resultado delituoso não ficariam impunes a uma sanção penal.⁴⁰

Alflen nos traz a informação de que a teoria extensiva de autor teve como finalidade precípua justificar e fundamentar a autoria mediata.⁴¹

A grande questão era que já existia uma construção do conceito de autoria direta, enquanto a instigação se tornava atípica à vista da falta de pressupostos que ligassem os fatos da acessoriedade ao tipo penal incriminador, havendo daí a necessidade de encontrar uma fórmula que também pudesse punir os autores mediatos e os partícipes, o que fez surgir a regra de que toda causação que contribuísse para o resultado do delito fosse punida na condição de autoria.⁴²

Para justificar a teoria extensiva, Eb. Schmidt explica que o tipo penal é muito mais que uma simples projeção descritiva de fatos tidos como incriminadores, é sobretudo, objetivamente, o espírito da lesão ao bem jurídico tutelado, “Logo, uma conduta é típica somente quando causa a lesão ao bem jurídico protegido”.⁴³

39 BETTIOL, Guiseppa. SANTOS, Edméia Gregório dos (coord.). **Direito penal**. Campinas: Red Livros, 2000. p.493.

40 JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal Internacional**. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p.68.

41 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.62.

42 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.59.

43 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.63.

Portanto, qualquer ação lesiva ao preceito normativo torna-se uma conduta típica para conceituar que todo aquele que contribuiu para uma causa lesiva ao bem jurídico protegido seja considerado autor.

Porém, Batista tece suas críticas à concepção extensiva de autor ao argumentar de que a parificação dos agentes no concurso de pessoas com base na teoria causal, por si só, não tem o condão de caracterizar, por completo, uma visão monista, “é a partir dela que mais estão franqueados os portões teóricos para uma visão pluralista, roçagados sem querer pela pena impetuosa de Hungria.”⁴⁴

Ele explica, ainda, que a indiferença de autores e partícipes no código de 1940 e na reforma de 1984, numa perspectiva extensiva de autoria com base causalista, não é fundamento único que justifique a opção pela teoria monista, pois outras bases conceituais foram fundamentos em ambos os códigos.⁴⁵

A propósito, Esther de Figueiredo Ferraz pontua que a vontade do legislador de 1940 em não mais distinguir autor e partícipe, tradição dos códigos anteriores, não teve êxito em sua totalidade por se fazer constar no próprio texto legal “(...) uma terminologia que supõe uma classificação subterrânea mas real consagrada das clássicas formas de participação criminosa”,⁴⁶ e conclui que “(...) nosso legislador penal continua a se utilizar dos destroços de uma construção que ele próprio repudiou por obsoleta e imprestável.”⁴⁷

44 BATISTA, Nilo. **Concursos de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p.37.

45 BATISTA, Nilo. **Concursos de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p.37.

46 FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p.10.

47 FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p.11.

Observa-se, então, que o Art. 27,⁴⁸ além de classificar o partícipe em instigador e cúmplice, tratava da sua “impunibilidade” quando não houvesse a execução do delito, contemplando formas de participação. Assim, também, nos artigos 45 e 48⁴⁹ que tratavam das circunstâncias atenuantes e agravantes, contemplava formas de participação, indo de encontro ao que propugnava a simplicidade e a equalização dos autores no art. 25.⁵⁰

Vemos explicitamente que é na reforma do código penal de 1984 que se tem uma mitigação à teoria monística adotada no código de 1940, quando permitiu estabelecer uma sanção diferenciada na medida da culpabilidade daqueles que, no concurso eventual, de formas diferentes contribuíram para o mesmo delito.

Ficou, portanto, evidente que o Brasil tenha adotado a teoria monista temperada ou eclética, como já citado anteriormente por Mestieri, em face do reconhecimento da inserção da teoria dualista quando analisa a aplicação da pena em cada indivíduo.

48 “Art. 27 O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art., 76, parágrafo único)”. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 12 de abr. de 2022.

49 “Art. 45 A pena é ainda agravada em relação ao agente que: I- promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II- coage outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I – (...) II- ter sido de somenos importância sua cooperação no crime; III- a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando escusáveis; IV (...) Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 12 de abr. de 2022.

50 BATISTA, Nilo. **Concursos de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p.22.

1.6 SISTEMA RESTRITIVO DE AUTOR

Para Zimmerl, no sistema restritivo, o único indivíduo capaz de agir tipicamente é o autor, jamais o partícipe, cujas práticas de auxílio no crime não se adequam ao tipo penal, compreendendo, assim, o tipo penal de forma restrita.⁵¹

Do ponto de vista restritivo, considerando que o partícipe não pratica o tipo penal incriminador principal e, portanto, não cometeria em tese qualquer ilícito, faz-se necessário estender-se a punibilidade à suas ações de indução e cumplicidade através de dispositivos legais especiais que o responsabilizem.⁵²

Jescheck acrescenta, ainda, que se existe um liame objetivo entre a ação realizada pelo indivíduo e o tipo penal incriminador que o caracterize como autor do delito, faz-se necessária, também, a distinção de autor e partícipe mediante um critério objetivo, por entender que o conceito restritivo de autor se amolda à teoria objetiva da participação.⁵³

O italiano Bettiol, que se posiciona favorável ao sistema restritivo de autor, assim o define:

Para a concepção restritiva subsiste uma diversidade de caráter lógico entre a ação realizada pelo “autor” do crime e a realizada pelo “partícipe”, porque pode ser considerado autor somente aquele que realiza a ação típica prevista no modelo abstrato: É autor do delito de furto apenas quem “se apoderar da coisa alheira móvel, subtraindo-a de quem a detém, a fim de tirar proveito para si ou para outrem” (art.624) e não

51 ZIMMERL, Leopold. Grundsätzliches zur Teilnahmelehre. p.41 apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.66.

52 JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal Parte General**. V.II. Traducción de la 5ª edición alemana, completamente renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete. Breña-Peru: Instituto Pacífico S.A.C. 2002. p. 697.

53 JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal Parte General**. V.II. Traducción de la 5ª edición alemana, completamente renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete. Breña-Peru: Instituto Pacífico S.A.C. 2002. p. 697.

aquele que tenha instigado alguém a furtar, ou tenha servido de “esparro”.⁵⁴

O principal problema da teoria restritiva se encontra no conceito de participação e de autoria mediata, por não preencherem o tipo penal. Contudo, a responsabilidade criminal, mesmo fora do tipo incriminador, se dá graças à dogmática que reconhece as subespécies da participação – auxílio, instigação e indução como causas de ampliação da punibilidade.⁵⁵

Jescheck se manifesta contrário à teoria restritiva que, embora seja transparente ao conceito de autor, tem um legalismo formal bastante rígido para não reconhecer a autoria mediata, e quanto à coautoria, desde que o tipo seja parcialmente realizado.⁵⁶

Segundo Ordeig, a doutrina majoritária explica que a autoria mediata, dentro do sistema restritivo de autor, não é reconhecida como autor, à vista de que não pratica o ato executório, mas apenas considera-o como causa.⁵⁷

Como resolução do problema, Zimmerl sugere excluir a autoria mediata e considerá-la como ato de indução.

Ordeig rechaça tal ideia sob o argumento de que é impossível isso proceder em vista de que existem pressupostos estabelecidos para o conceito penal de indução que não comporta o conceito de autor mediato, afastando, assim, a autoria mediata da responsabilidade penal.⁵⁸

54 BETTIOL, Guisepe. SANTOS, Edméia Gregório dos (coord.). **Direito penal**. Campinas: Red Livros, 2000. p.492-493.

55 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.67.

56 JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal Parte General**. V.II. Traducción de la 5ª edición alemana, completamente renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete. Breña-Peru: Instituto Pacífico S.A.C. 2002. p. 697-698.

57 ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Autory cómplice em Derecho penal**. Montevideu – Buenos Aires. B de F Ltda. 2012. p. 22.

58 ZIMMERL, Leopold. Zur Lehre vom Tatbestand. (Übersehene und vernachlässigte Probleme), Strafrechtliche Abhandlungen, t. 237, Breslau, 1928 apud ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Autor y cómplice em derecho penal**. Montevideu – Buenos Aires. B de F Ltda. 2012. p. 22.

Tendo em vista que o conceito extensivo e restritivo de autor não foi suficiente para delimitar as diversas formas de contribuição dos agentes para o fato típico, passou-se, então, ao estudo de novas diretrizes teóricas, que culminou nas teorias objetivas e subjetivas que passaremos a discorrer.⁵⁹

1.7 TEORIA OBJETIVO-FORMAL

Importante registrar, de início, que as teorias objetivas se subdividem em formal e material e buscam no conceito restritivo de autor delimitar a autoria do ponto de vista meramente objetivo do fato punível em face da conduta típica.

O caráter objetivo se encontra relacionado com ação praticada e o tipo incriminador correspondente, não tendo qualquer relevância o aspecto psicológico da vontade ou do interesse do autor. Quanto ao aspecto formal, busca nos tipos penais da parte especial do respectivo código penal a delimitação objetiva do conceito de autor.⁶⁰

Segundo Jakobs, para a teoria objetivo-formal, apenas o autor é o elemento capaz de realizar o tipo penal com as próprias mãos.⁶¹

Nas palavras de Bacigalupo, “Para a teoria objetivo-formal ‘autor’ é o sujeito que executa a ação expressa pelo verbo do tipo.”⁶²

Esta teoria teve origem dogmática na doutrina alemã no século XIX, quando predominou entre 1915 e 1933. Segundo Gacigalupo, ela teve reconhecimento na Espanha, mas não conseguiu diferenciar o autor do partícipe, pois se restringiu a conceituar o autor como sendo aquele que exe-

59 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.69.

60 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.70.

61 JAKOBS, Günther. **Derecho penal: Parte general Fundamentos y teoría de la imputación**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 734.

62 No original: “*Para la teoría formal-objetiva ‘autor’ es el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico*” BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. ed. 2 Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p.490.

cutava a ação típica, esquecendo de qualificar eventuais colaboradores que poderiam agir em conjunto numa prática delituosa.⁶³

Para Roxin, será autor o elemento que executa total ou parcialmente, por mãos próprias, as ações descritas no tipo penal, enquanto os demais, embora tenham convergido para o mesmo crime através de ações que não se coadunam com o tipo principal, serão considerados indutores ou cúmplices.⁶⁴

Como se vê, o critério adotado pela teoria objetivo-formal nos remete ao Sistema Restritivo de Autor, em que é autor o indivíduo que executa o verbo do tipo incriminador, e participe aquele que de alguma forma contribui externamente para o mesmo tipo penal.⁶⁵

Batista conceitua perfeitamente a teoria objetivo-formal nos seguintes termos:

Segundo um critério formal-objetivo, seria autor aquele que realizasse a ação executiva, a “ação principal” do delito, a ação (depois de Beling) típica. Segundo este critério, é autor aquele que realiza, com a própria conduta, o modelo legal do crime (“colui che realiza, con la própria condotta, il modelo legale del reato”). Nessa ordem de ideias, participe seria aquele que “não executa o tipo legal, mas (cuja conduta) constitui tão-só uma ação prévia ou preparatória”.⁶⁶

À vista de que o critério caracterizador do conceito de autor se firma na “execução” total ou parcial dos elementos constantes do tipo penal,

63 BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. ed. 2 Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p.490.

64 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 52.

65 JESCHEK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal Parte General**. V.II. Traducción de la 5ª edición alemana, completamente renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete. Breña-Peru: Instituto Pacífico S.A.C. 2014. p. 692.

66 BATISTA, Nilo. **Concursos de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p.60.

deixa-se à margem as outras formas de contribuição para o delito específico, reconhecendo, assim, a individualização das demais condutas como formas de participação. Como exemplo, podemos citar a seguinte situação hipotética: se um indivíduo “A” empresta o seu revólver para um indivíduo “B” matar a vítima “C”, para a teoria objetivo-formal o elemento “A” deverá ser considerado tão somente, partícipe, pois a sua ação de emprestar não configura o tipo penal, “matar alguém”.

Como se vê, o conceito de autor se encontra arraigado pela execução formal das elementares do tipo penal.

Ordeig levanta a questão acerca de quais fundamentos jurídicos extraiu-se a teoria objetivo-formal, indagando o porquê de o autor ser, tão somente, aquele que executa o crime, e o cúmplice apenas aquele que prepara ou contribui sem, contudo, executá-lo.⁶⁷

Embora não haja uma unicidade entre os defensores da teoria, Ordeig elegeu três respostas para justificar a sua indagação.

O ato de executar total ou parcialmente os elementos do tipo tem mais relevância do ponto de vista da periculosidade e da culpabilidade de que aquele ato preparatório ou acessório. Nas suas palavras: “Está de acordo com a nossa sensibilidade punir com mais severidade, entre as várias pessoas que cometem conjuntamente um homicídio, aqueles que atentaram contra a vida da vítima do que aqueles que, por exemplo, agiram apenas como vigilantes.”(Tradução livre).⁶⁸

O Segundo fundamento dos defensores da teoria objetivo-formal estaria vinculado à literalização da execução dos fatos ao tipo penal, inclinando-se rigidamente ao princípio da legalidade, pois o indivíduo que auxilia na fuga do comparsa homicida, mesmo que atrelado ao *animus*

67 ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Autor y cómplice em Derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires. B de F Ltda. 2012. p. 9.

68 No original: “*Está en consonancia con nuestra sensibilidad castigar más duramente, entre las varias personas que cometen conjuntamente un asesinato, a aquellos que han atentado contra la vida de la víctima que a aquellos otros que, por ejemplo, sólo han actuado como vigilantes*”. ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Autor y cómplice em Derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires. B de F Ltda. 2012. p.10-11.

necandi, não poderá ser considerado o assassino, à vista de que o ato de retirar o executor do lugar do crime não tem teor literal do tipo penal, contudo, a punição deste ato de assessoramento será diante da eficácia causal e da necessária medida da culpabilidade.⁶⁹

O terceiro argumento para fundamentar a teoria objetivo-formal teria sido idealizado a partir da própria legislação penal alemã, que definia a coautoria nos seguintes termos: “El § 47 StGB define así la coautoría: “Si varios ejecutan conjuntamente una acción punible, cada uno de ellos será castigado como autor”. Observa-se que a definição pontual da coautoria se dava pelo ato de “executar” o tipo penal, portanto, só aquele que também “executa” o fato típico deveria ser considerado o autor.⁷⁰

Vimos que a teoria objetivo-formal se preocupou em delimitar o autor e o partícipe, tomando como ponto de partida os atos que dão início à execução do fato típico e os que forem efetivamente executados.

Jacobs faz sua crítica à teoria objetivo-formal que tem causado decisões incoerentes, como por exemplo no caso de roubo praticado por dois elementos, em que o primeiro pratica a violência e o segundo a subtração.

Neste caso, na perspectiva da teoria objetivo-formal, torna-se impossível identificar o autor do crime, posto que parte do elemento típico incriminador do roubo, a violência, encontra-se nas mãos do indivíduo que não executou a subtração.

Por fim, é decisivo que essa teoria, no caso de execução do tipo apenas em parte pela própria mão, não cobre o escopo que usurpou: porque o partícipe que usa violência no roubo deve ser imputado como autor a subtração que outro dos participantes tenha realizado é algo que não se explica, pois esta parte da imputação não se baseia na execução de próprio punho, pressupon-

69 ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Autor y cómplice em Derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires. B de F Ltda. 2012. p.10.

70 ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Autor y cómplice em Derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires. B de F Ltda. 2012. p.11

do tacitamente um elemento formal não-objetivo que fundamenta a imputação como autor.⁷¹ (Tradução livre)

Outro problema não resolvido pela teoria objetivo-formal é a autoria mediata, que não pratica os atos de execução por mãos próprias e, por isso, não seria considerado autor, causando críticas à incompatibilidade da teoria com a realidade dos acontecimentos, porque seguindo essa diretriz, o autor intelectual de um crime seria considerado mero partícipe.

A crítica mais abrangente que se pode dirigir ao critério formal-objetivo consiste em que a filiação da autoria à realização pessoal da atividade executiva não se compatibiliza com a realidade, porque omite, como diz Roxin, a consideração da “estruturação do transcurso do sucesso”, disposta pelo homem que maneja a lei causal e a coloca a serviço de seus fins. Se pode resolver alguns problemas em nível de aproximação com o tipo, não alcança formular uma solução geral satisfatória, e padece de certas contradições internas, como vimos.⁷² (Tradução livre)

1.8 TEORIA OBJETIVO-MATERIAL

A teoria objetivo-material busca distinguir o autor analisando a sua contribuição como sendo aquela de maior importância para a realização do crime, ou seja, aquele que contribui de forma mais efetiva para o resul-

71 No original: “Por último, es decisivo el que esta teoría, en caso de ejecución del tipo sólo en parte de propia mano, no cubre el ambito que ha usurpado: Por qué al partícipe que emplea violencia en el robo se le ha de imputar a título de autor la sustracción que ha realizado otro de los partícipes es algo que no se explica, pues esta parte de imputación no se basa en la ejecución de propia mano, presuponiéndose tácitamente un elemento no objetivo-formal que fundamenta la imputación en concepto de autor.” JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Traducción Joaquin Cuello Contreras José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid. Marcial Pons. 1997. p.734-735.

72 BATISTA, Nilo. **Concursos de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p.65.

tado, enquanto o partícipe contribui de forma menos relevante, de menor importância para o desencadeamento do crime, mesmo que não tenha havido a execução do tipo incriminador, o que nos remonta a necessidade de avaliar o caso em concreto.⁷³

Segundo Alflen, a teoria objetivo-material ajuda a complementar as lacunas da teoria Objetivo-formal quando se utiliza da maior “perigosidade” do agente, e não do ato de execução da ação típica, para possibilitar, assim, o reconhecimento da autoria mediata ou da coautoria daqueles que não cometem o delito com as próprias mãos, exigência esta da teoria objetivo-formal.⁷⁴

Para Batista, o ponto positivo do critério material-objetivo se encontra na forma de fundamentar a equivalência dos antecedentes como instrumento identificador da autoria e da participação, nas suas palavras:

A conduta de propiciar a arma pode ser considerada tão causal quanto a de ferir a vítima, mas o direito não pode esgotar a sua apreciação neste aspecto, sem um processo de quantificação física e valorativa revelador de uma diferença que não pode ser ignorada. A minorante da participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP) demonstra que o direito brasileiro recomenda essa apreciação.⁷⁵

Por outro lado, Mir Puig enumera como pontos negativos da teoria objetivo-material a não relevância do subjetivismo para que se possa caracterizar a importância de cada contribuição no desenrolar dos fatos, como também entende ser bastante frágil o critério delimitador de autoria e participação baseada numa “fórmula vaga” de considerar maior ou menor importância de um fato delituoso.⁷⁶

73 BATISTA, Nilo. **Concursos de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p.65/66.

74 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.72.

75 BATISTA, Nilo. **Concursos de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p.67.

76 SANTIAGO, Mir Puig. **Derecho penal**: parte general. 8.ed. Ciudad de Granada -Barcelona: Tecfoto, S.L. 2006. p. 373.

1.9 TEORIA SUBJETIVA

As teorias objetivas se fundam na teoria da equivalência das condições, cuja ideia se firma no sentido de que todas as contribuições para o resultado são causas para a existência do crime, não se fazendo distinção valorativa de tais ações causais, o que inviabiliza delimitar o autor do partícipe. Com isso, a teoria subjetiva se opõe às teorias objetivas e se utiliza do fator intrínseco psicológico da vontade para delimitar o autor do partícipe.⁷⁷

Trata-se de uma teoria que busca mitigar a amplitude da teoria extensiva de autor, admitindo a existência do partícipe do ponto de vista subjetivo numa avaliação psicológica da vontade de agir como tal. Assim, é nas palavras de Japiassu: “Propugna, portanto, a distinção entre autor e partícipe consoante o aspecto anímico dos concorrentes”.⁷⁸

A teoria subjetiva utiliza-se do critério anímico para distinguir autor e partícipe, em que o indivíduo que contribui para o resultado e se manifesta com o *animus auctoris*, mesmo que não tenha realizado a ação típica, será considerado autor. Santos nos traz o seguinte exemplo: “(se A, com ânimo de autor, garante a segurança de B na ação de homicídio de C, ambos são coautores)”.⁷⁹

Noutro ponto, aquele que com a vontade de partícipe contribui para a causa do tipo penal desejando o fato para outrem, agindo com o *animus socii*, ainda que realize a ação típica diretamente, incidirá como mero partícipe.⁸⁰

77 Nesse sentido BACIGALUPO, Enrique. Manual de derecho penal. Parte general. Tercera reimpressão. Santa Fé de Bogotá - Colombia: Temis, 1996. p. 182-183; DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal**. Segunda edición ampliada y profundizada. Buenos Aires: Rurinzal – Culzoni Editores, 2002. p.17-18.

78 JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal Internacional**. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p.69.

79 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2020. p.358.

80 Nesse sentido SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2020. p. 358; DÍAZ y García Conlledo, Miguel. **La autoría em derecho penal**. Caracterización general y especial atención al código penal colombiano. Disponible

Nesse mesmo sentido, Roxin: “É comum às teorias subjetivas distinguirem os limites entre a autoria e a participação, não segundo os critérios objetivos externos, mas apenas intrapsíquicos, como a vontade, a intenção, os motivos e atitudes dos participantes.” (Tradução livre)⁸¹

Segundo Aflen, esta teoria teve importância do ponto de vista prático na Justiça Alemã no início do século XIX, fazendo contraponto à teoria objetiva de cunho causalista.⁸²

Lançaremos à análise dois casos clássicos e paradigmáticos julgados pelo Tribunal Federal Alemão que se utilizou da teoria subjetiva.

a) O caso da banheira (Badewannen)

Também conhecido como o “caso da banheira”, trata-se de uma decisão do Tribunal do império alemão em matéria penal – RGSt, que em 1940 reformou decisão de primeira instância para aplicar, pela primeira vez, a teoria subjetiva na determinação da autoria.⁸³

Os fatos narram o nascimento com vida de uma criança cuja mãe debilitada fisicamente, mas com o intento de tirar a vida do infante, pede o auxílio da sua irmã, tia da criança, para o cometimento de tal desiderato, o qual foi concretizado mediante afogamento em uma banheira.

O Tribunal firmou o entendimento no sentido de que, para identificar a responsabilidade criminal do indivíduo no concurso de pessoas, ou seja, adequar os fatos ao tipo incriminador, não é suficiente, por si só, a análise da vontade da consciência e da voluntariedade, é preciso, também, ve-

em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1031/975>>. Acesso em: 10 de out. de 2022. p. 38-39.

81 No original: “*Es com ú n a las teorías subjetivas el distinguir, en la delimitación entre en el mundo autoria y participación, no según n criterios objetivos situados exterior, sino sólo intrapsíquicos, como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes*” ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*”. Trad. Da 7ª edição alemã por Cuello Contreras y Gonzalez de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000. p. 69.

82 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.73.

83 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.75-76.

rificar a manifestação da sua vontade no interesse do resultado como próprio ou alheio.

Com isto, reconheceu o Tribunal que a mãe seria a autora do homicídio por manifestar o *animus auctoris*, ainda que não tivesse praticado o crime com as próprias mãos, e a tia, embora praticado o crime de mãos próprias, agiu com *animus socii*, e por isso foi considerada partícipe, pois o desejo para o resultado morte não era seu, mas da sua irmã, genitora da vítima.⁸⁴

b) O caso Staschinskij

Narram os fatos de um crime de duplo homicídio praticado em 1962 por Bogdan Staschinskij, agente secreto da antiga KGB, contra dois políticos russos exilados na Alemanha, em que se constatou que o acusado estava cumprindo ordens de seus superiores hierárquicos.⁸⁵

Utilizando-se da teoria subjetivo-material, o Tribunal Federal Alemão reconheceu que o acusado não desejava o resultado para si, considerando-o como um instrumento nas mãos dos seus superiores hierárquicos e sentenciando-o como mero partícipe dos fatos, mesmo tendo cometido o crime de mãos próprias.

Fica evidente que a teoria subjetiva foge à lógica do conceito de direito e de justiça por afrontar o princípio da legalidade, e nas palavras de Roxin, “Não obstante, na avaliação do caso concreto, a sentença mostra um subjetivismo tão desmesurado que pôde assim tornar-se o caso principal de uma práxis que inverte a relação regra-exceção nos processos de crimes nacional-socialistas.”⁸⁶ (Tradução livre)

84 BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal**: parte geral, tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.217.

85 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 603.

86 No original: “No obstante, en la valoración del caso concreto la sentencia muestra un subjetivismo tan desmesurado que ha podido convertirse así en el leading case de una praxis que invierte la relación regla-excepción en los procesos por delitos nacional-socialistas.”

Segundo Bockelmann, é impossível distinguir a autoria da participação utilizando-se do dolo do autor ou do partícipe – *animus auctoris* ou *animus socii*, pelo fato de que “Nenhuma dessas duas figuras de pensamento tem realidade psíquica ou mesmo simplesmente normativa”,⁸⁷ e acrescenta:

Mas tão seguro quanto o fato de que a diferenciação entre autoria e participação deve levar em consideração a continuação psíquica dos participantes, é o fato de que ela erra quando não considera outras circunstâncias e, ainda por cima, apenas leva em conta se um ou outro agiu com dolo de autor ou com dolo de partícipe, com *animus auctoris* ou *animus socii*, se quis o fato “como próprio” ou “como alheio”, pois não acontece de um participante refletir sobre se quer o fato “como alheio” ou como “como próprio” e se essa reflexão ocorresse, ela não teria nenhuma relevância jurídica. Ninguém pode negar a autoria com a simples reserva mental de querer um fato “como alheio”, nem se erigir em autor com a mera participação de querer o fato “como próprio”.⁸⁸

No mesmo sentido, Jorge de Figueiredo Dias, assim disserta:

§15 Todavia, no seu núcleo fundamental, as teorias subjectivas **não podem ser aceites**. Desde logo porque o sentimento pessoal do agente não pode, em si mesmo, constituir critério da autoria: não é porque alguém **se sente autor** (por ter a ideia de ser a ele que pertence o papel mais importante na realização do facto, quando

listas.” ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Da 7ª edição alemã por Cuello Contreras y Gonzalez de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000. p. 603.

- 87 BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal**: parte geral, tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 218.
- 88 BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal**: parte geral, tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 218.

na verdade se limitou a colaborar no facto de outrem) que uma tal qualidade lhe deve passar a caber.⁸⁹

Para Batista, o único mérito da teoria subjetiva seria a resolução do conceito de autoria mediata que, se utilizando dos aspectos subjetivos do concurso de pessoas, afastou a “visão mecânica-objetivista”⁹⁰

Por sua vez, Welzel não poupa críticas à teoria subjetiva da participação em seu artigo publicado em 1947. Para ele, a aceitação da teoria subjetiva se deu pela facilidade de delimitar o autor do partícipe no concurso de pessoas quando se verifica quem efetivamente agiu com a vontade de autor e quem agiu com a vontade de partícipe.⁹¹

Lembra, ainda, que a teoria objetiva que predominou na ciência jurídica alemã, “(...) exigia constatações objetivas da conduta, que nem sempre eram facilmente encontradas: o participante havia realizado um ato executório típico ou apenas havia apoiado?” Outro ponto negativo da teoria objetiva era a inadequação do seu resultando quando reconhecia como partícipe todo o apoiador da ação criminosa, ainda que sua contribuição fosse insignificante e ineficaz dentro do contexto típico penal.⁹² Então, quais seriam os erros da teoria subjetiva?⁹³

89 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: Parte geral. Tomo I. 1ª. edição brasileira. 2ª edição portuguesa. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 764.

90 BATISTA, Nilo. **Concursos de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p.68.

91 WELZEL, Hans. Crítica à Teoria Subjetiva da Participação. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 104–111, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/57107>>. Acesso em: 12 nov. 2022. p. 104.

92 WELZEL, Hans. Crítica à Teoria Subjetiva da Participação. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 104–111, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/57107>>. Acesso em: 12 nov. 2022. p. 104-105.

93 WELZEL, Hans. Crítica à Teoria Subjetiva da Participação. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 104–111, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/57107>>. Acesso em: 12 nov. 2022. p. 105.

2 FORMAS E ESPÉCIES DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO DIREITO PENAL COM A IDEIA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“Fui comandante de Auschwitz durante quatro anos, de maio de 1940 até 1 de dezembro de 1943.” Perguntei-lhe quantas pessoas foram executadas em Auschwitz durante esse período. “Não é possível determinar o número exacto. Cálculo que 2,5 milhões de judeus.” Só judeus? “Só” Mulheres e crianças também? “Também”. O que pensa disso? Hoess assumiu um olhar vazio e apático. Repeti a questão e perguntei-lhe se concordava com o que se passara em Auschwitz. “Eu recebi ordens diretamente de Himmler”.⁹⁴

Estas são as declarações de Rudolf Hoess, tenente-coronel da SS e comandante do campo de concentração de Auschwitz, quando das entrevistas ainda na prisão de Nuremberg ao médico psiquiatra Leon Goldensohn.⁹⁵

No julgamento realizado pelo Tribunal Militar Internacional - TMI, em Nuremberg, os acusados de crimes de guerras e contra a humanidade, dentre outros crimes, foram enfáticos em se declararem inocentes sob o argumento de que cumpriam ordens hierárquicas e por isso não poderiam ser responsabilizados dos crimes nazistas.

94 GOLDENSOHN, Leon; GELLATELLE, Robert. **Entrevistas de Nuremberg**: revelações dos nazis a um psiquiatra. São Paulo: Tinta da China. 2014. Tradução Raquel Moura. 1.ed. Lisboa: Tinta da China, 2014. p. 370.

95 GOLDENSOHN, Leon; GELLATELLE, Robert. **Entrevistas de Nuremberg**: revelações dos nazis a um psiquiatra. São Paulo: Tinta da China. 2014. Tradução Raquel Moura. 1.ed. Lisboa: Tinta da China, 2014. p. 369.

Mas afinal, quem é o culpado? Como identificar e responsabilizar criminalmente um indivíduo dentro de um sistema de aparato organizado de poder cuja organização hierárquica se perfaz de forma vertical?

Essas são as questões que ao longo do trabalho buscaremos responder dentro da teoria do domínio do Fato idealizada por Claus Roxin.

No capítulo anterior, discorreremos sobre a autoria e a participação no concurso de pessoas na ótica da doutrina nacional e estrangeira, inclusive, traçando uma linha histórica dentro do código penal brasileiro que nos permitiu compreender a construção dogmática da autoria e da participação na teoria do crime.

Vimos que a teoria unitária de autor, idealizada por Stübel na década de 1920, não fazia qualquer distinção entre o autor e o partícipe, reconhecendo como autor todos os que concorressem para o mesmo delito com a absoluta dependência do conceito causalista de crime.

Posteriormente, com a ideia do Sistema Diferenciador de autor cuja premissa era distinguir o autor do partícipe, surgiu o Princípio da Acessoriedade da Participação, que nas palavras de Bettiol: “Nada mais do que isto: o ato de participação não tem relevância penal autônoma, mas a adquire apenas em relação ao fato realizado pelo autor do crime”,⁹⁶ ou seja, um ato secundário, acessório, de cuja existência dependia da autoria.

Contudo, para se chegar a essa distinção, houve um longo percurso, iniciando-se pelo conceito extensivo de autor cujas bases principiológicas se encontravam na teoria da equivalência dos antecedentes causais, ainda por entender como autor todos os que de alguma forma contribuía para o mesmo delito, ficando à parte o ato de assessoramento.

Na sequência, passou-se a reconhecer a indução e a cumplicidade como formas de participação do agente no crime, surgindo o critério subjetivo para complementar o conceito extensivo que passou a reconhecer como autor o agente que nutrisse o *animus auctoris*, e como partícipe, o indivíduo que agisse com o *animus socii*.

96 BETTIOL, Guiseppa; SANTOS, Edméia Gregório dos (coord.). **Direito penal**. Campinas: Red Livros, 2000, p.509.

Mas, foi com o conceito restritivo de autor que se passou a reconhecer a distinção entre autor e partícipe, partindo-se da premissa de que a conduta do autor se adequa ao tipo incriminador, enquanto a conduta do partícipe não tem previsão no tipo penal, exigindo, para isso, uma norma de extensão da qual podemos exemplificar para uma melhor compreensão, o art. 29 do nosso código penal.

Importante destacar que foi do conceito restritivo de autor que se extraíram as Teorias objetivo-formal e objetivo-material.

A primeira teoria fixou como ponto referencial para o conceito de autor o ato de executar, ou seja, será considerado autor o indivíduo que pratica o verbo nuclear do tipo com as próprias mãos, enquanto o partícipe contribui de qualquer forma para o delito, sem, no entanto, executar o tipo incriminador, o que nos mostra a impotência desta teoria em fundamentar a autoria mediata.

A segunda teoria se concentra na ideia de que o autor será aquele que pratica a contribuição mais importante, mesmo que não haja a prática do núcleo do tipo, enquanto o partícipe contribui de forma singela, o que carece de análise do caso concreto para identificar o nível de importância das contribuições.

Não conformado com as teorias até então apresentadas sobre a autoria, Hans Welzel traz uma nova concepção de autoria através do “domínio final do fato” atrelada à teoria finalista da ação.⁹⁷

97 “A teoria finalista parte da constatação de que não se pode formular o conceito de ação com base na lei da causalidade, isto é, como um mero movimento corpóreo voluntário. Hans Welzel, o criador desta teoria, ao partir de um conceito de ação diferente daquele formulado pelos seus antecessores, conferiu um novo contorno ao Direito Penal. Para ele, toda ação é uma atividade dirigida finalisticamente pelo homem, isto é, toda ação é dirigida a um fim. Isso se dá porque a causalidade é restrita aos fenômenos que não são dominados ou domináveis pela vontade. A vontade é senhora do acontecimento humano, pois, enquanto o processo causal desenvolve-se a partir de um desenrolar “cego”, a ação humana desenvolve-se a partir de um processo “vidente”. Welzel afirma que o homem, com o seu conhecimento oriundo da experiência e da probabilidade pode antever os possíveis resultados e as possíveis consequências do seu atuar, e, à luz dessa possibilidade, o homem pode dirigir os fatores causais na consecução dos seus fins.” BRANDÃO,

Contudo, foi em Claus Roxin, em 1963, no seu trabalho monográfico *Autoria e Domínio do Fato (Täterschaft und Tatherrschaft)* que surgiu uma construção original sobre a *teoria do domínio do fato* como critério para delimitação da autoria que levou à tripartição conceitual.

Essa tripartição se inicia pela autoria direta ou imediata, compreendida na *forma de domínio da ação*, quando o indivíduo executa a conduta típica com as próprias mãos, depois a coautoria na *forma do domínio funcional*, que se caracteriza quando o indivíduo realiza no curso da execução uma ação funcional de grande relevância para o tipo penal, e, por último, a autoria mediata na *forma de domínio da vontade*, quando se utiliza de outrem para a prática de um fato típico cujo indivíduo não é livre em sua vontade e o domínio encontra-se no chamado “homem de trás”.⁹⁸

Mas não foi só isso, Roxin traz o autor como a *figura central do acontecimento em forma de ação* para servir como ponto de partida na descoberta de um conceito próprio que possa fundamentar a autoria e a participação no crime.⁹⁹

Roxin faz um paralelo dos artigos 47, 48 e 49 do código penal alemão, que tratam da autoria direta, da autoria mediata e da participação para demonstrar que o próprio legislador toma o executor como figura-chave do acontecimento criminoso, enquanto os indutores e auxiliares, partícipes, encontram-se na área periférica em torno do autor.¹⁰⁰

Cláudio. **Teoria jurídica do crime**: Coleção ciência criminal contemporânea, volume 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 66-67.

98 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.111.

99 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 45.

100 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 45.

2.2 AUTORIA DIRETA OU IMEDIATA

Do ponto de vista dos dispositivos da Parte Especial do código penal alemão, Jescheck conceitua o autor como sendo o “quem”, anônimo que se manifesta como protagonista da maioria das descrições constantes nos tipos penais, assim sendo, o espírito da legislação penal alemã tem o autor como sendo o indivíduo que realiza todos os elementos do tipo através da sua própria pessoa: “Según ello, el código penal describe al autor único com la siguiente disposición: “Será castigado como autor quien comete el hecho por sí mismo” (§ 25 I)”¹⁰¹

Esclarece, ainda, que esse conceito parte da perspectiva do agente que age sozinho. Quando há participação de outros indivíduos para o mesmo ímpeto criminoso, o conceito de autor toma uma posição extensiva à medida que reconhece, além do autor imediato, o mediato e a coautoria, conforme se verifica do próprio texto legal (§ 25 II).¹⁰²

Por sua vez, Mir Puig, conceitua o autor como sendo aquele indivíduo cujas ações delitivas por ele praticadas encontram-se vinculadas aos tipos penais incriminadores da Parte Especial, caracterizando-o, também, na tentativa. Acrescenta que os tipos previstos na Parte Especial só podem ser realizados pelo autor, e o conceito real se firma no entendimento de que é autor aquele que realiza o fato e de quem pode-se dizer que é seu.¹⁰³

Welzel toma como pressuposto para tratar da autoria nos crimes dolosos a sua oposição à teoria subjetiva adotada pelo Tribunal Penal Alemão da época, mais especificamente o critério anímico de autor de

101 JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción de la 5ª edición alemana, completamente renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete. Breña-Peru: Instituto Pacífico S.A.C. 2014, v. 2, p. 692.

102 JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción de la 5ª edición alemana, completamente renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete. Breña-Peru: Instituto Pacífico S.A.C. 2014, v. 2, p. 692-693.

103 SANTIAGO, Mir Puig. **Derecho penal**: parte general. 8.ed. Ciudad de Granada - Barcelona: Tecfoto, S.L. 2006. p.368.

cometer o fato criminoso como seu¹⁰⁴, lembremos, então, dos paradigmáticos casos Badewannen e Staschinskij.

Ele faz suas críticas à teoria subjetiva de autor, considerando-a inútil por não ser precisa quanto à definição do que significa “vontade de autor”, também, por ela não ser capaz de responder objetivamente quando o fato é obra própria do autor e não ser possível apreender o estado de consciência que possa demonstrar a vontade de autor.¹⁰⁵

Para ele, o que determina a autoria é o fato objetivo, os acontecimentos que tenham sido efetivamente obras do autor, no entanto, é necessário, ainda, considerar que esses fatos dependem de um subjetivismo, qual seja, o “domínio final do fato”.¹⁰⁶

É sobre essa premissa finalista que Welzel explica que a ação humana não se encontra exclusivamente numa atividade causal, mas, também, num acontecimento final, ou seja, o homem na sua percepção lógica e racional dos acontecimentos tem o poder de previsão das consequências das suas condutas, e isto lhe dá o poder de controle das suas atividades para concretizar a finalidade previamente desejada. Assim, a sua máxima: “A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – “vidente”, e a causalidade, “cega”.” E explica:¹⁰⁷

Dado que a finalidade baseia-se na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e de dirigir, por conseguinte, este, conforme um plano, à consecução de um fim, a espinha dorsal da ação finalista é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal. Ela é o fator de direção que configura o suceder causal externo e o converte, portanto, em uma ação dirigida finalisticamente; sem ela, ficaria des-

104 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.88.

105 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.89.

106 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.89.

107 WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira, 2004. p. 41-41.

truída a ação em sua estrutura e seria rebaixada a um processo causal cego. A vontade final, como fator que configura *objetivamente* o acontecer real, pertence, por isso, à ação.¹⁰⁸

Portanto, para Welzel, o *domínio final do fato* é a característica geral da autoria, no assim dizer:

Senhor do fato é aquele que o realiza na forma final, por sua decisão de vontade. A conformação do fato pela vontade de realização que o dirige de forma planejada é o que transforma o autor no senhor do fato. Por isso, a vontade final da realização (o fazer do tipo) é o momento geral de domínio sobre o fato. (Tradução livre)¹⁰⁹

Para ele, o *domínio final do fato* não é o único critério determinante da autoria, é necessário, ainda, considerar mais dois pressupostos: as características objetivo-pessoais, que decorrem da estrutura do tipo, como sendo os especiais deveres de autor, dependendo da sua posição social, como funcionário público, policial, médico, advogado, etc. e os pressupostos subjetivo-pessoais caracterizados pelas especiais intenções volitivas, tendências ou tipos de sentimentos como, intenção de se apropriar indevidamente, propósito de desonestidade ou brutalidade.¹¹⁰

Conclui-se, que o *domínio final do fato* caracteriza o pressuposto geral da autoria, atentando-se ao fato de que se o tipo penal incrimina-

108 WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faire, 2004. p 42.

109 No original: “*Señor del hecho es aquel lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el do lo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho*”. WELZEL, Hans. **Derecho penal Aleman**: parte general. Traducción del alemán por los profesores. Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. 11 ed. Castellana. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 120.

110 WELZEL, Hans. **Derecho penal**: Parte general. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma.1956. p.106.

dor exigir os pressupostos pessoais, a autoria só será reconhecida com a junção de ambos os pressupostos – geral e pessoal.

Na conformidade, Aflen, arremata:

Nesse sentido, pode-se afirmar que, na concepção welziana, a autoria direta consiste na realização direta, voluntária e conscientemente final do fato por quem, tendo preenchido os pressupostos pessoais objetivos e subjetivos exigidos pelo tipo, possui o domínio pleno sobre a sua decisão e execução.¹¹¹

Visto a autoria sob a perspectiva do finalismo de Welzel, passemos a conhecer sob o enfoque do funcionalismo penal de Roxin.

O “domínio da ação” é o ponto de sustentação utilizado por Roxin para delimitar a autoria direta ou imediata, elegendo o autor como a figura central dos acontecimentos através da ação. Nessa perspectiva, ele traz o conceito de autor nos termos seguintes: “... quem, não coagido e não dependente de nenhuma forma superior ao socialmente normal, executa todos os elementos do tipo de mão própria, é autor. Dentre todas as suposições concebíveis têm o *domínio do fato*. (tradução livre)”¹¹²

Quando o indivíduo, por si mesmo, preenche as elementares do tipo, é premente que o *domínio do fato* existe pelo *domínio da ação*. Assim, quem pratica a conduta executória típica é sempre autor e quem preenche outro elemento do tipo, já não é, por isso, senhor do fato¹¹³

Da mesma forma que Welzel, Roxin faz sua crítica à jurisprudência alemã, nos casos *Badewannen* (RGSt 74,84) e *Staschinskij* (BGHSt 18,87),

111 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.91.

112 No original: “*Quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. Em todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho*”. ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 149.

113 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.162.

que se utilizou de um subjetivismo desmensurado para ir de encontro ao que previa o próprio código penal alemão acerca do conceito de autor, - § 25, I “quem comete o fato punível por si mesmo”. Neste caso, utilizou-se indevidamente do critério da vontade para determinar que o indivíduo que pratica o tipo incriminador com as próprias mãos, também, pode ser considerado partícipe, quando atua no interesse alheio.¹¹⁴

Roxin é enfático no sentido de que os julgamentos violaram os dispositivos do código penal alemão que vigia, “pois quem realiza um fato pelas próprias mãos o comete ‘por si mesmo’, ainda que o faça no interesse de outrem: ‘por si mesmo’ significa, ‘pela própria pessoa’, mas não ‘no próprio interesse’”.¹¹⁵

Alflen nos diz que a jurisprudência alemã tem reconhecido o critério do “domínio da ação” como critério da autoria, exatamente em face da incongruência de já ter reconhecido equivocadamente como partícipe o indivíduo que executou o tipo penal incriminador com as próprias mãos – caso Badewannen e Staschinskij. Portanto, a jurisprudência passou a reconhecer o critério objetivo estabelecido no próprio sistema penal Alemão,¹¹⁶ assentando Roxin que: “Como resultado, deve-se notar que quem executa o ato de sua própria mão é sempre autor de acordo com o § 25.1. StGB; não há possibilidade legal nem a necessidade político-criminosa de reconhecer exceções – nem mesmo em “casos extremos” – a esse princípio.”¹¹⁷

Roxin é firme no propósito de que o autor imediato será sempre aquele que executar a ação típica incriminadora, mesmo quando se encontrar sob coação (§ 35 do StGB) ou até mesmo em erro de proibição

114 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.641.

115 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.641.

116 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.113.

117 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 593.

inescusável (§ 17 do StGB), que não será suficiente para afastá-lo do domínio do acontecimento típico, sendo o indivíduo “um autor inculpável, mas é um autor”.¹¹⁸

Alflen ressalta que embora esteja correto considerar como autor o agente que pratica o tipo penal sob coação ou erro de proibição inescusável, não é, por outro lado, correto afirmar que o “domínio” do acontecimento típico seja um preceito considerável para todo aquele que executa o tipo penal com as próprias mãos, vez que o único aspecto objetivo da lei, no caso, alemã - § 25 do StGB, é “o realizar com as próprias mãos”. Ele explica que “realizar por si mesmo não é a mesma coisa que “dominar o fato”, pois o “domínio” pode estar sob o comando do homem de trás – autor mediato, defendido pelo próprio Roxin.¹¹⁹

A ideia de Roxin é no sentido de que só será autor imediato aquele que realizar pelas próprias mãos e na sua integralidade todos os elementos previstos no tipo penal incriminador, de outro modo não deve ser considerado como tal. Traz o seguinte exemplo: no caso de um crime de roubo, onde o agente não emprega a violência, mas subtrai a coisa, deverá ser considerado, portanto, autor imediato de um crime de furto, e não de roubo.¹²⁰

Neste sentido, Alflen discorda de Roxin e argumenta que se deve analisar a autoria partindo-se do tipo penal específico, e não do autor. Reconhece que no exemplo do crime de roubo, de fato, o autor executou o tipo penal de furto consumado, contudo, do ponto de vista do tipo em relação ao autor, o crime de roubo não se concretizou. Contudo, essa não é a análise correta para se identificar a autoria de um crime, é imprescindível que seja analisado o critério material da potencialidade ofensiva e o subjetivismo da intenção do agente, concluindo que:

118 ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT. Bd, II, p. 22 apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.114.

119 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.114.

120 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.114.

Assim, objetivamente, para se falar de um roubo e, principalmente, que um indivíduo *ainda não é autor* de um roubo, é necessário identificar, por um lado, a intenção do agente, e, por outro, a idoneidade do fazer, assentada no *potencial ofensivo* da conduta.¹²¹

2.3 COAUTORIA

Para Welzel a coautoria nada mais é do que o compartilhamento do domínio individual do fato entre vários indivíduos, se estabelecendo, assim, o princípio da divisão de trabalhos. É a própria autoria em sua essência, só que de forma conjunta, no assim dizer: “Coautor é aquele que, estando na posse das condições pessoais de autor, e participando da decisão comum do fato, com base nele, coparticipa na execução do crime.” (Tradução livre)¹²²

Como vimos no capítulo antecedente, o concurso eventual de pessoas é a junção de ações realizadas por várias pessoas que de forma individual confluem para um mesmo resultado, por que não dizer, também, finalisticamente, pois comungam da mesma intenção e previsibilidade futura de um acontecimento desejado.

Welzel explica que na coautoria há a divisão de papéis (*Rollenverteilung*) em que os indivíduos detêm, isoladamente, o domínio dos seus respectivos fatos, que quando das suas execuções confluirão para a concretude do fato principal tido como típico incriminador. Por isso, dizer-se: “A coautoria é em si mesmo uma forma de autoria, ao lado da autoria apenas. Coautoria é autoria. Por isso cada coautor deve ser autor; isto é, ter as condições pessoais, objetivas e subjetivas de autor, e em

121 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.115.

122 No original: “Coautor es quien, estando en posesión de las condiciones personales de autor, y participando de la decisión común del hecho, sobre la base de ella, coparticipa en la ejecución del delito”. WELZEL, Hans. **Derecho penal**: Parte general. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma.1956. p.113.

crimes de sua própria mão, cada um deve praticar o mesmo ato punível”¹²³, tendo em vista que são codetentores da vontade de cooperar e executar, ainda que através de atos parciais, mas finalisticamente, por isso são considerados coautores do todo e puníveis pelo todo.¹²⁴

Ele faz referência à execução comum do fato como requisito caracterizador da coautoria, cuja previsão encontra-se no § 47 do StGB, contudo, entende ainda da necessidade de mais dois pressupostos.

O primeiro seria a *decisão conjunta do fato*, ou seja, é necessário que haja um entendimento recíproco, expresso ou tácito, entre os indivíduos que buscam em conjunto e finalisticamente executar uma conduta típica incriminadora, atentando-se ao fato de que, mesmo que já se tenha iniciado a ação através do primeiro autor, é possível, também, que outros indivíduos ingressem no ímpeto criminoso já inicializado, para serem considerados coautores sucessivos, com a ressalva de que não serão responsabilizados pelos excessos dos outros.¹²⁵

O outro pressuposto diz respeito à *execução conjunta do fato*: Welzel é pontual quando diz que a coautoria é autoria, e que cada coautor é um autor, ou seja, tem as mesmas condições objetivas e subjetivas de um autor, e através das próprias mãos executam o ato punível, no entanto, o *domínio final do fato* é imprescindível para identificar a vontade finalística do coautor que juntamente com as contribuições objetivas para o tipo penal o diferencia do partícipe ou do autor mediato.

123 No original: “La coautoría es en sí misma una forma de la autoría, al lado de la autoría sola. Coautoría es autoría. Por eso cada coautor debe ser autor; vale decir, tener las condiciones personales - objetivas y subjetivas - de autor, y en los delitos de propia mano, cada uno debe realizar él mismo el acto punible”.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: Parte general. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma.1956. p.116.

124 WELZEL, Hans. **Derecho penal**: Parte general. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma.1956. p.113.

125 WELZEL, Hans. **Derecho penal**: Parte general. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma.1956. p.113.

Portanto, cada coautor deve ser subjetivamente co-titular da decisão do fato comum, ou seja, ter junto com os demais a vontade absoluta de concretude, e objetivamente completar as contribuições dos demais eventos, através de uma contribuição real. É sempre um coautor quem em posse das condições pessoais do autor, realiza uma ação de execução, no sentido técnico, sobre a base do plano comum do fato, pois na realização finalista e voluntária da ação de execução, a própria vontade de concretização se manifesta mais claramente.(Tradução livre)¹²⁶

Com supedâneo nas lições de Welzel, Alflen conclui o conceito da coautoria, assim:

“Logo, tem-se que a coautoria consiste na realização, dividida entre muitos indivíduos (*execução comum*), dos atos parciais de uma decisão de ação levada a cabo por todos conjuntamente (*decisão comum*), na qual, ao mesmo tempo em que cada um possui o domínio da sua parte, igualmente possui o domínio pleno do fato (*divisão de papéis*).¹²⁷

De outro modo, partindo-se da ideia da coautoria sob o “domínio funcional da ação”, Roxin toma como fundamento o conceito expresso no § 25, II, do StGB, cuja previsão é no sentido de que a coautoria é uma forma independente da autoria e por isso cada coautor é punido como autor. Ele adverte que a coautoria não se confunde com a autoria direta ou mediata, cujo aspecto identificador se encontra na *divisão de trabalho*

126 No original: “Por tanto, cada coautor debe subjetivamente ser coportador de la decisión común del hecho, vale decir, tener junto con los demás la voluntad absoluta de concreción, y objetivamente completar las contribuciones de los demás al hecho, mediante su contribución de hecho. Siempre es coautor quien -en posesión de las condiciones personales de autor- realiza una acción de ejecución, en el sentido técnico, sobre la base del plan común del hecho, pues en la realización finalista y voluntaria de la acción de ejecución, se manifiesta más claramente la propia voluntad de concreción”. WELZEL, Hans. **Derecho penal**: Parte general. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma.1956. p.116-117.

127 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.93.

para a realização do tipo e a sua conseqüente execução, bem parecido com a ideia da *divisão de papeis* de Welzel.¹²⁸

Nessa linha, o que identifica o coautor na ação delitativa é o seu *domínio funcional* sobre o fato, que o coloca como um dos protagonistas da execução do tipo incriminador, sendo imprescindível o cumprimento da sua tarefa específica para a concretização do crime como um todo, que assim o habilita no domínio total dos acontecimentos desejados, pois, na sua função dentro do planejamento delituoso, tem o domínio para interromper o ímpeto criminoso. Veja-se, portanto, que a função do coautor é imprescindível para a execução do delito, motivo pelo qual Roxin utilizou a expressão “domínio funcional” como referência identificadora da Coautoria.¹²⁹

Roxin extrai do *domínio funcional do fato* três pressupostos para a coautoria: o primeiro seria o *planejamento conjunto do fato*, pressuposto exigido no próprio tipo penal do código penal alemão - § 25, II do StGB, cuja característica principal se funda no *acordo de vontades dos coautores*, ou seja, é necessário que exista a divisão de trabalhos, como também o conhecimento recíproco dos participantes no delito, pois, se dois indivíduos roubam um banco de forma independente um do outro, não há que se falar em coautoria e sim em autoria colateral.¹³⁰

Outro ponto importante é que o planejamento conjunto do fato não é imprescindível para caracterizar a coautoria; é necessário, porém, que o acordo de vontades expresso ou tácito seja realizado no momento ou no início do fato, atentando, ainda, que o planejamento comum não mais existirá se houver qualquer ação por um dos coautores depois da consumação ou do fato planejado conjuntamente.¹³¹

O segundo pressuposto é a imprescindibilidade da *execução conjunta do fato*, ou seja, para dominar em conjunto a execução é necessário

128 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.119.

129 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.119-120.

130 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.120-121.

131 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.120-121.

desempenhar algum papel executivo, pois, de outro modo, realizando tão somente alguma contribuição na etapa preparatória cede a execução a outrem e isso leva à renúncia do seu *domínio sobre o fato*. Não necessariamente, as contribuições de cada coautor na etapa executória exigem a realização simultânea ou até mesmo a presença no lugar da realização do resultado.¹³²

O terceiro e último pressuposto criado por Roxin para que se caracterize a coautoria encontra-se na *relevância da contribuição do fato na etapa da execução*, que diz respeito à própria estrutura da coautoria como *domínio funcional do fato*.¹³³

Para explicar essa relevância, Alflen exemplifica o caso “(...) em que um indivíduo segura a vítima e o outro mantém relações sexuais com ela ou a subtrai, (...) ou também, quando são praticadas condutas típicas não executórias, mas importante para o preenchimento do tipo”.¹³⁴

De qualquer sorte, há quem divirja da ideia de Roxin para rechaçar os dois últimos pressupostos como não sustentáveis e dispensáveis na caracterização da coautoria por não ter qualquer relevância técnica na explicação do conceito de coautoria.

O primeiro questionamento vem de Muñoz Conde, quanto ao pressuposto da *execução conjunta do fato*, cuja crítica é no sentido de que tal requisito nada mais é do que uma consequência da teoria objetivo-formal, que não tem qualquer excepcionalidade para explicar a coautoria ou a autoria em si.

Mas, a meu ver, o requisito da coexecução, pelo menos estritamente considerada, nada mais é do que a consequência de uma teoria objetivo-formal que já se mostrou de modo geral insuficiente até mesmo para explicar o próprio conceito de autoria (ver infra C:), e mais ainda, para explicar o conceito de coautoria, pelo menos em

132 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.120-121.

133 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.122.

134 ROXIN, Claus. *Strafrecht, AT*. Bd, II, p. 87 apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.122.

algumas áreas da criminalidade em que outros comportamentos de tomada de decisão ou relacionados com a organização são tão ou mais importantes do que a execução em si. Considero, portanto, que a coautoria inclui não só a coautoria executiva total ou parcial, mas também outras formas de execução conjunta do crime em que um ou mais dos coautores, por vezes os mais importantes não estejam presentes em sua execução. (tradução livre)¹³⁵

A segunda crítica está para o terceiro pressuposto da coautoria, *relevância da contribuição na etapa da execução*, no qual Roxin não explica o que é e como valorar tal “relevância” e qual critério para se utilizar a imprescindibilidade da contribuição do coautor.¹³⁶

Por último, Lesch traz sua crítica no sentido de que, se a tese do “domínio do fato” de Roxin é que o autor tenha o domínio sobre o acontecimento integral do fato, e que na coautoria a ideia é que o domínio pleno deverá estar nas mãos de muitos, entende que o *domínio do fato* não pode ser usado como critério hábil para definir a coautoria, e explica:

135 No original: “Pero, a mi juicio, el requisito de la coejecución, por lo menos estrictamente considerado, no es más que la consecuencia de una teoría objetivo-formal que ya se ha mostrado de un modo general insuficiente incluso para explicar el concepto mismo de autoría (véase inflel C: Excurso 2), y lo que es más aún, para explicar el concepto de coautoría, por lo menos en algunos ámbitos de la criminalidad en los que tan importante o más que la ejecución misma son otras conductas de decisión u organización relacionadas con ella. Creo, por tanto, que dentro de la coautoría no sólo cabe una coautoría ejecutiva, total o parcial, sino también otras formas de realización conjunta del delito en las que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en su ejecución”. 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?** p.66 ARIAS MONTANO. Repositorio institucional de la Universidad de Huelva. Disponível em: 02 < <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12625/Problemas.pdf?sequence=2>>. Acesso em 05 ago. de 2022.

136 ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT. Bd, II, p. 87 apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.123.

(...) se o domínio sobre o acontecimento integral, por um lado, representa o critério decisivo da autoria, e, por outro, é preenchido na verdade pelo coletivo como tal, então se exclui a possibilidade de, com auxílio deste critério, qualificar o participante individual como autor.”¹³⁷

Então, Roxin percebendo que o *domínio do fato* não é suficiente para caracterizar o indivíduo participante como coautor, recorre a outro critério que é exatamente a importância da contribuição como *imprescindível* para o acontecimento do tipo incriminador.¹³⁸

É falha essa premissa da *imprescindibilidade* da contribuição de um dos participantes do crime para caracterizá-lo como coautor. A explicação, segundo Lesch, citado por Alflen, é que “não se determinar de acordo com a causalidade verificada *ex post*, mas de acordo com um juízo hipotético, no sentido de que se um participante teria assumido esta contribuição por si mesmo e, com isso, poderia tornar supérflua a contribuição do outro”, e traz o seguinte caso hipotético que merece destaque.¹³⁹

“A e B resolvem assaltar um banco, de modo que A rende o caixa com uma arma de fogo, enquanto B coloca as cédulas em uma sacola”, nesse contexto “se A também pudesse por si mesmo colocar as cédulas na sacola, a contribuição de B de modo algum seria caracterizada como ‘imprescindível’, descaracterizando-se, portanto, a coautoria.”¹⁴⁰

137 LESCH, Heiko Hartmut. *Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft* p.76 apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.124.

138 LESCH, Heiko Hartmut. *Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft* p.76 apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.124.

139 LESCH, Heiko Hartmut. *Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft* p.76 apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.124.

140 LESCH, Heiko Hartmut. *Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft* p.76 apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.124.

2.4 AUTORIA MEDIATA

A teoria objetivo-formal não conseguiu explicar a autoria mediata à vista de que seu posicionamento se infere na delimitação do autor como aquele que objetivamente executa total ou parcialmente o tipo penal incriminador com as próprias mãos, enquanto o partícipe se encontra à margem da ação delitiva como indutor ou cúmplice, sendo, pois, indiferente a existência de qualquer fator psicológico na ação delituosa, o que inviabiliza reconhecer o autor mediato cuja característica predominante é o domínio da vontade. Portanto, a teoria subjetiva foi o ponto balisar para o pensamento da autoria mediata.¹⁴¹

Quando o indivíduo inimputável executava o tipo penal mediante indução, não se podia punir o indutor em face da acessoriedade da participação, ou seja, se o autor direto não era culpável, não havia como responsabilizar o partícipe indutor.¹⁴²

Daí, surgiu a autoria mediata para reconhecer que o executor inimputável era um mero *instrumento* a serviço do autor que se encontrava distante da execução por mãos próprias, porém, esta ideia configurava a autoria mediata como uma ideia formal negativa do ponto de vista das causas exculpantes da punibilidade, só tendo eficácia prática quando o executor podia ser penalmente responsabilizado, e por isso, passou-se, então, a nominá-la, também, de “figura de preenchimento ou tapa-buracos”.¹⁴³

Diante da inconsistência técnico-jurídica dessa ideia, os estudiosos viram-se forçados a buscar critérios sólidos que pudessem trazer uma fundamentação aceitável sobre a autoria mediata, o que culminou

141 ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Autor y cómplice em Derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires. B de F Ltda. 2012. p. 27-28.

142 SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (organização). São Paulo: LiberArts, 2013. p.31.

143 SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (organização). São Paulo: LiberArts, 2013. p.31.

na proposição de critérios como a maior periculosidade ou a supremacia do autor mediato.¹⁴⁴

Segundo Schroeder, foram Welzel e Maurach os precursores do critério do *domínio do fato* como “possibilidade de direção final tipicamente configurada”, como “controle sobre o curso dos acontecimentos”.¹⁴⁵

Para Maurach, a autoria mediata trouxe vários problemas para a doutrina e a jurisprudência, tendo em vista que ela se encontra numa faixa limítrofe de difícil fixação entre a autoria e a participação. Para ele, a fundamentação da autoria mediata encontra-se na manipulação dos fatos através da submissão de uma vontade alheia.¹⁴⁶

Muñoz Conde diz ser impossível fundamentar a autoria mediata através da teoria objetivo-formal, mas assevera que se alguém se utiliza de outra pessoa como um instrumento para a execução de um delito, é necessário buscar um critério que possa responsabilizá-lo como verdadeiro autor, o mediato, e esse critério é o *domínio do fato* que responsabilizará quem efetivamente domina a execução do tipo penal.¹⁴⁷

Welzel, no entanto, parte do princípio de que o autor não se resume, necessariamente, a ser o executor da ação em todas as suas fases com as próprias mãos, entende possível, também, que ele se sirva de meios mecânicos ou de outras pessoas, desde que tenha o pleno *domínio final do fato* para o cometimento do delito.¹⁴⁸

144 SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (organização). São Paulo: LiberArts, 2013. p.31.

145 SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (organização). São Paulo: LiberArts, 2013. p.32.

146 MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo 2. Tradução Ruan Cordoba Corda. Barcelona: Ediciones Ariel. 1962. p. 314-315.

147 MUNOZ Conde, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Farbis, 1988. p.197.

148 WELZEL, Hans. **Derecho penal: Parte general**. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma.1956. p.106.

Nesse pensamento, Welzel entende que a autoria mediata é possível e se caracteriza na ideia de *domínio final do fato* do agente por trás do “instrumento”, com a atenção de que o executor (terceiro) jamais poderá deter o pleno controle dos fatos, pois se assim o fosse, o homem de trás perderia sua essência de autor mediato e se transformaria num mero indutor ou instigador.¹⁴⁹

Um outro ponto importante de se registrar é que Welzel assenta a possibilidade de que a autoria mediata pode se dar através de um terceiro que atue de forma inconsciente ou conscientemente final, para tanto, sendo punível ou até mesmo impunível, contudo, que se mantenha o autor mediado com o integral *domínio final do fato*.

Um médico entrega a uma enfermeira, com a intenção de matar, uma injeção de morfina forte demais para ser aplicada a uma pessoa doente. A enfermeira injeta a droga e o paciente morre. Neste caso, o médico é autor doloso (homicídio); a enfermeira, dependendo se ela poderia ou não saber se a dose era demasiadamente forte, poderá ser considerada autora na forma culposa ou ser inocentada. (tradução livre)¹⁵⁰

Welzel dividiu a autoria mediata em três formas fundamentais que se fundem no sentido de que o *instrumento* que atua finalisticamente não possui um dos pressupostos da autoria direta já mencionados pelo próprio Welzel quando trata dos requisitos da autoria direta, quais sejam: *pressupostos pessoais objetivos e subjetivos* e os *pressupostos fáticos*, podendo, contudo, ocorrer a autoria mediata mesmo que o *instrumento*

149 WELZEL, Hans. **Derecho penal**: Parte general. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma.1956. p.106.

150 No original: “Un médico entrega a una enfermera, con intención de homicidio, una inyección de morfina demasiado fuerte, para ser aplicada a un enfermo. La enfermera inyecta la droga y el paciente muere. El médico es autor doloso (homicida); La enfermera, según si hubiera podido o no conocer la dosis demasiado fuerte, autora culposa o totalmente inculpable”. WELZEL, Hans. **Derecho penal**: Parte general. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma.1956. p.106-107.

atue *sem dolo*¹⁵¹ – isso ocorre quando o autor imediato atua sem vontade, no caso dos inimputáveis, devendo-se analisar o caso concreto e, ainda, no cumprimento de ordem militar ilegal obrigatória;¹⁵² *sem liberdade*¹⁵³ – ocorre quando o autor imediato atua sob coação em estado de necessidade,¹⁵⁴ e por fim, *sem qualificação própria para o crime*¹⁵⁵ – quando ocorre nos casos em que o tipo penal exige do autor uma qualificação própria para o cometimento do tipo incriminado, por exemplo, o funcionário público, no caso do peculato.

Do outro lado, como sendo a terceira via do modelo tripartido de *domínio do fato* e na ideia do autor como figura central do acontecimento típico sob a forma de *domínio da vontade*, Roxin apresenta a *autoria mediata* que certamente tornou-se um dos pontos mais discutidos na dogmática do concurso de pessoas por não se chegar a um consenso sobre a sua definição conceitual, haja vista que alguns a considera como uma subespécie de instigação e, também, em face do executor nominado “homem de trás” poder ser um sujeito punível ou impunível.¹⁵⁶

Como Welzel, Roxin, também, entende possível um indivíduo realizar o tipo penal através de outrem, se valendo dele como um intermediador

151 WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. Tradução Juan Bustus Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. 4ª ed. castellana. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p.122.

152 WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. Tradução Juan Bustus Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. 4ª ed. castellana. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p.124.

153 WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. Tradução Juan Bustus Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. 4ª edição castellana. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p.123.

154 WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. Tradução Juan Bustus Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. 4ª ed. castellana. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p.124.

155 WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. Tradução Juan Bustus Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. 4ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p.125.

156 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 163.

que visa uma finalidade a ponto de instrumentalizar um terceiro através do domínio da sua vontade como homem de trás.¹⁵⁷

Enquanto no *domínio da ação* a execução da conduta típica caracteriza o autor direto, no *domínio da vontade* não se tem o autor como executor direto do tipo, isto diferencia e causa questionamentos em parte da doutrina quando se quer responsabilizar como autor um indivíduo que distante do executor direto atua no poder de conduzir a vontade deste, tornando-o um *instrumento* para o crime.

Roxin esclarece que não se pode entender a autoria mediata como um domínio do fato compartilhado, como acontece na coautoria, mas sim como um duplo domínio do fato integral, por ter um dos participantes o *poder de fazer*, e o outro, o *poder sobre a vontade* do terceiro.¹⁵⁸

Para isto, enumera três situações em que o *domínio da vontade* caracteriza a autoria mediata em *domínio da vontade mediante coação* – para Roxin, a coação é a forma mais comum para dominar a vontade de outrem, pois o coator tem nas suas mãos o domínio dos acontecimentos, impondo a sua vontade ao coagido.¹⁵⁹

Ele pontua que não se deve confundir a *influência sobre a vontade* com o *domínio da vontade*, pois nem todo aquele que influencia tem o domínio do fato, que se assemelha mais com a ideia de instigação ou indução.¹⁶⁰

Já o *domínio da vontade* é algo mais consistente, determinado, tem um sentido de força, de controle, de mando, em que o seu detentor encontra-se por detrás do *instrumento*, portanto, ele explica que o *domínio da vontade sob a coação* é o que transforma o homem de

157 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 163-164.

158 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.125-126.

159 AMBOS, Kai. **Dominio del hecho por dominio de voluntad em virtude de aparatos organizados de poder**. Tradução Manuel Cancio Melia. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia. 1998. p. 14; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.127.

160 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.128.

trás em autor mediato, com a atenção no sentido de que o executor será isento de responsabilidade em face da coação imposta sobre sua pessoa pelo homem de trás.¹⁶¹

Roxin entende, também, ser necessário como fator caracterizador para a autoria mediata a exclusão legal da culpabilidade do executor, chamado “homem da frente”, quando da situação criada pelo “homem de trás”, no assim dizer:

O legislador isenta o autor direto (pois o autor já é assim em virtude de seu domínio da ação) não por razões psicológicas, mas porque respeita a sua livre decisão por razões ético-sociais. Esta isenção de consequências criminais é concedida ao agente em razão da situação criada pelo sujeito por trás. Portanto, a última decisão reside nele pelo qual se tem que responder criminalmente sobre o que tem que acontecer e precisamente esse é o conteúdo jurídico do que entendemos pelo “controle da vontade”.(Tradução livre)¹⁶²

Importante, ainda, frisar a lição de Kristian Kürl, citado por Alflen:

“quem exerce pressão sobre a vontade de outrem por meio de ameaças tem o chamado domínio por coação (típica forma de domínio da vontade)” ressaltando que “estas ameaças colocam a vítima sob uma pressão psíquica comparável ao autor em estado de necessidade, conforme dispõe o § 35”¹⁶³

161 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.125-126.

162 No original: “El legislador exime al autor directo (pues autor lo es ya en virtud de su dominio de la acción) no por razones psicológicas, sino porque respeta su decisión libre por motivos ético-sociales. Esta exoneración de consecuencias penalesse concede al agente a causa de la situación creada por el sujeto de detrás. Por eso, en éste reside lá última decisión por la que se ha de responder penalmente sobre lo que ha de ocurrir y precisamente en eso consiste el contenido jurídico de lo que hemos entendido por ‘dominio de la voluntad’” ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.176.

163 KÜHL, Kristian, Strafrech, AT, p. 778 apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.128-129. “Dispõe o §35, do StGB, Estado de necessidade

Visto a *coação* como um dos meios mais comuns de *domínio da vontade* sobre o *homem da frente*, passamos à análise da segunda hipótese de *domínio da vontade do homem de trás*, o *erro*.

Roxin enumera quatro níveis possíveis do *erro no domínio da vontade*, quais sejam: o homem de trás induz o executor em erro de tipo excludente do dolo, que passa a atuar sem culpa ou com culpa consciente; o segundo nível seria quando o executor, também induzido pelo homem de trás, age mediante erro de proibição; o terceiro nível, quando o executor induzido pelo homem de trás erra sobre os pressupostos do estado de necessidade exculpante; por fim, quando executor, induzido a erro pelo homem de trás, atua conscientemente da sua ação incriminadora.¹⁶⁴

Quanto ao *domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder*, por ser o ponto referencial objeto do presente trabalho, trataremos de forma especial em um subtópico a ser desenvolvido no próximo capítulo.

2.5 PARTICIPAÇÃO

Destacando-se como o primeiro elemento do crime, a *tipicidade* é a adequação entre a conduta e a lei penal. É na tipicidade que se analisa se o comportamento humano se amolda à abstração da lei previamente estabelecida como reguladora dos atos indesejados pela sociedade.¹⁶⁵

exculpante: (I) Quem em uma situação de perigo atual para a vida, integridade física ou a liberdade, inevitável de outro modo, comete um ato ilícito para afastar a situação de perigo de si mesmo, de um familiar ou de outra pessoa maris próxima, age sem culpabilidade. Isto não vige se, de acordo com as circunstâncias, ao autor pudesse ser exigido suportar o perigo, porque ele causou o perigo ou porque ele estava em uma posição especial de dever; porém a pena pode ser reduzida de acordo com o § 49, I, se o autor, em razão de sua posição especial de dever, não tivesse que suportar o perigo."

164 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.192.

165 BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**: Coleção ciência criminal contemporânea, volume 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 111.

Contudo, é impossível que o legislador regulamente todas as hipóteses de comportamento humano reprováveis para serem inseridas abstratamente no tipo penal que possam incriminar o autor e responsabilizar, também, aquele que de qualquer modo teve uma participação acessória na empreitada criminosa.

Portanto, os atos do partícipe – *auxílio, instigação e indução* – não estariam no tipo incriminador e assim seriam atípicos – *nullum crimen sine lege* –, pois quem instiga outro a cometer um roubo não subtrai para si coisa alheia móvel. Para resolver tal lacuna, a doutrina e a norma trouxeram a *extensão da punibilidade do partícipe* na ação criminosa como meio de resolução do problema.

Para compreendermos essa questão, é necessário partirmos de duas perspectivas: se considerarmos a teoria extensiva de autor, que não distingue a contribuição causal para o resultado criminoso entre o autor e o partícipe, e que reconhece como autores todos os que contribuírem de alguma forma para o resultado, afastar-se-á, então, a figura do partícipe, que também será considerada autor.¹⁶⁶

Por outro lado, se reconhecermos a teoria restritiva de autor, cujo posicionamento se estabelece na ideia de que o autor é o único capaz de agir tipicamente, então o partícipe não se enquadraria no tipo penal, sendo atípicas suas ações, porém exigindo *normas extensivas de punibilidade*.¹⁶⁷

Mas, como responsabilizar essa classe de indivíduos dentro do concurso de pessoas? Para isto, nasceu no Direito Penal Alemão a combatida ideia da teoria subjetivo-material, tendo como seguidores, Von Buri, Bierling, Merzger, Köhler e Busch¹⁶⁸, que visava mitigar a amplitude da teoria extensiva para reconhecer a existência do partícipe do ponto de vista psicológico, ou seja, utilizando-se do critério anímico para distinguir

166 BETTIOL, Guiseppe. SANTOS, Edméia Gregório dos (coord.). Direito penal. Campinas: Red Livros, 2000. p.498.

167 BETTIOL, Guiseppe. SANTOS, Edméia Gregório dos (coord.). Direito penal. Campinas: Red Livros, 2000. p.498.

168 BATISTA, Nilo. Concursos de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p.67.

autor e partícipe, em que o partícipe seria aquele que agisse com *animus* de partícipe, desejando o fato para outrem, mas se executasse o tipo penal com esse *animus*, ainda assim seria considerado como partícipe e não como autor, – lembremos mais uma vez dos paradigmáticos casos Badewannen e Staschinskij.¹⁶⁹

Porém, com a reforma do código penal alemão de 1975, pode-se observar que o legislador adotou a teoria restritiva de autor e a teoria do domínio do fato aos dispositivos que tratam do capítulo da autoria e da participação, especificamente, o § 25, I, cujo entendimento firmado foi de que “(...) será punido como autor aquele que, pessoalmente ou por meio de outrem, comete o crime, possui caráter meramente declaratório sob uma concepção restritiva de autoria”.¹⁷⁰

Vê-se, portanto, que a lei alemã é clara para responsabilizar, tão somente, o autor pela execução do tipo penal e afastar de uma vez por todas a teoria subjetiva de autor, evitando, dessa forma, reconhecer como partícipe o indivíduo que executa o crime pelas próprias mãos, além do mais, o inc II do mesmo artigo, regula as formas de participação como sendo *instigação* (*Anstiftung*) e *cumplicidade* (*Beihilfe*).¹⁷¹

Temos, então, que a participação no concurso de pessoas nada mais é do que a contribuição dolosa de um ou mais indivíduos para a execução do tipo penal incriminador, manifestando-se nas formas de *instigação*, *indução* ou *cumplicidade* e cuja ação não é imprescindível para a concreção do crime, sendo, pois, importante como uma ação de acessoriedade.

Em outras palavras, partindo-se da teoria restritiva de autor, o autor será sempre o protagonista dos acontecimentos, pois só ele é capaz de executar as elementares do tipo, enquanto o partícipe é o coadjuvante, um mero assistente, que embora suas ações não se amoldem ao tipo penal incriminador, serão passíveis de responsabilidade penal através

169 Sobre a Teoria Subjetiva-material, verificar primeiro capítulo, subtítulo 1.7. p. 29-30.

170 GRECO, Luís *Et al.* *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.67.

171 GRECO, Luís *Et al.* *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.67.

de *normas complementares extensivas da incriminação* da norma principal¹⁷². Assim, é Bettiol:

Se, ao invés, partimos da noção restritiva de autor, segundo a qual é autor somente quem realiza a ação típica, as normas sobre participação assumem caráter de *normas extensivas da punibilidade*, porque a atividade do partícipe, enquanto logicamente diversa da do autor e enquanto a diversidade lógica se projeta sobre o cenário jurídico, não pode ser absorvida pela norma incriminadora principal, mas postula – com base no princípio da legalidade – a existência de uma norma secundária que desta forma amplia a esfera de influência da norma principal.¹⁷³

No mesmo sentido, Cláudio Brandão:

(...) partícipe é aquele que concorre para o crime sem realizar o verbo-núcleo, isto é, sem praticar a conduta que está proibida no tipo penal. De *per si*, a ação do partícipe é uma ampliação do tipo penal, porque em si mesmo o tipo não prevê a conduta do partícipe. A conduta do partícipe é, portanto, uma conduta acessória, que gravita em torno de uma conduta principal: o autor.¹⁷⁴

Brandão esclarece, ainda, que é na teoria da acessoriedade que se consegue a incriminação do partícipe, tendo em vista que sua contribuição dentro do concurso de pessoas encontra-se afastada da tipicidade, e sob o fundamento de que o acessório segue o principal é que se viabiliza

172 BETTIOL, Guiseppe. SANTOS, Edméia Gregório dos (coord.). Direito penal. Campinas: Red Livros, 2000. p.498.

173 BETTIOL, Guiseppe. SANTOS, Edméia Gregório dos (coord.). Direito penal. Campinas: Red Livros, 2000. p.498.

174 BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime: Coleção ciência criminal contemporânea, volume 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 309.

a responsabilidade penal do partícipe com a exigência de que, necessariamente, exista a conduta dolosa de um autor, ainda que seja tentada.¹⁷⁵

Partindo-se para uma compreensão sob a ótica do direito brasileiro, o código penal trata do concurso de pessoas nos artigos 29, 30 e 31. Analisando o *caput* do art. 29 – “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a ele cominadas na medida da sua culpabilidade,”¹⁷⁶ nos traz numa primeira leitura, uma indagação se o dispositivo considera todos que contribuam para o crime como autores e como partícipes. Mas não é bem assim.¹⁷⁷

Vemos, pois, que o legislador brasileiro adotou o Sistema Unitário de Autor com fundamento na teoria extensiva, quando engloba na responsabilidade penal todos os que concorrem para o tipo incriminador, mas não os diferencia como autores ou partícipes, cabendo identificá-los quando da análise do caso concreto e na medida da sua culpabilidade.¹⁷⁸

A primeira interpretação que se tem do artigo referenciado é de que no seu termo inicial: “Quem, de qualquer modo ...” nos remete a ideia de que seria qualquer pessoa agindo como autor ou partícipe. Greco, diz que não teria qualquer novidade em relação a compreensão de que fosse o autor, porque o termo teria um caráter meramente declaratório, tendo em vista que seria uma reafirmação do tipo constante na parte especial do código penal, à medida que: “quem mata, lesiona, subtrai é autor, uma vez que autoria é realização do tipo”.¹⁷⁹

175 BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime: Coleção ciência criminal contemporânea, volume 1. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 309.

176 BRASIL. Decreto Lei nº 2.848/40. Código penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 03 de agost. de 2022.

177 GRECO, Luís *et al.* Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.70.

178 GRECO, Luís *et al.* Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.68.

179 GRECO, Luís *et al.* Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.70.

Greco, de forma didática, faz uma interpretação clara no sentido de que é exatamente o art. 29, *caput* que se manifesta como norma de extensão da punibilidade para o partícipe.

A importância do dispositivo estaria, assim, na sua segunda dimensão, referida aos partícipes, aos que não matam, lesionam ou subtraem, e que por isso só podem ser punidos se seu comportamento for compreendido por uma norma de extensão da punibilidade. O art. 29, *caput*, CP seria essa norma, que teria, nesse aspecto, natureza constitutiva. Como essa interpretação restringe o sentido literal possível do termo <<concorrer de qualquer modo>>, que tradicionalmente é interpretado em conjunto com o art. 13, *caput*, CP, não há qualquer óbice fundado no princípio *nullum crimen sine lege*.¹⁸⁰

Cabe esclarecer que na reforma da parte geral do código penal de 1984 foi inserido, no *caput* do art. 29, o termo “na medida da sua culpabilidade”, cujo significado se arremete, tão somente, na individualização da justa medida da pena a ser imposta ao infrator, quer seja ele autor ou partícipe. Para Greco: “A interpretação mais natural do art. 29, *caput*, CP é a de que esse dispositivo contém uma opção pelo conceito extensivo e unitário de autor. O acréscimo ao final do dispositivo não altera, necessariamente, essa leitura.”¹⁸¹

Também, nesse sentido, Batista:

Por último, devemos assinalar a possibilidade de uma síntese dialética entre monismo e pluralismo, elaborada com perfeição por Latagliata. Afirma ele que “o aspecto monista do concurso considera a determinação do tipo de conduta coletiva vedada, e o momento pluralista se resolve no princípio fundamental da individualidade da culpabilidade.” A cláusula acrescentada à

180 GRECO, Luís *et al.* A autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.70.

181 GRECO, Luís *et al.* A autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.70.

disciplina do concurso pela reforma de 1984, segundo a qual a punibilidade de cada concorrente se determina segundo sua própria culpabilidade, parece responder a essa inclinação: monismo no injusto, pluralismo na reprovabilidade.¹⁸²

3 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM CLAUS ROXIN

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sem dúvidas, a teoria causalista tornou-se um instrumento de tamanha importância para o desenrolar das teorias acerca do conceito de autor e partícipe na teoria do crime. Contudo, ficaram evidentes os déficits teóricos e práticos que os sistemas extensivo e restritivo de autor e as teorias objetivas e subjetivas tiveram em conceituar e delimitar a autoria e a participação, se destacando nestas fragilidades a definição consistente acerca da autoria mediata.¹⁸³

Foi exatamente em face desses defeitos, com especial atenção à ausência de uma definição plausível acerca da autoria mediata, que a doutrina finalista desenvolveu a nominada *teoria do domínio final do fato*, cujos finalistas precursores foram estudados na obra de Roxin - “Autoria y dominio del hecho em derecho penal”.

Como dito, Roxin faz o registro da gênese do *domínio sobre o fato* cuja expressão foi utilizada pela primeira vez no direito penal alemão, por Hegler, quando da sua monografia sobre “Os Elementos do Crime” em 1915. O termo utilizado por Hegler não tinha nenhuma conexão para conceituar ou delimitar a autoria da participação, embora já considerasse como sendo um elemento da figura do autor, mas, compreendia-o como

182 BATISTA, Nilo. Concursos de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 39.

183 ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato. São Paulo: Saraiva, 2014. p.81-82.

requisito material caracterizador da culpabilidade, ou seja, aquele que atuasse com o *domínio sobre o fato* agiria com culpa.¹⁸⁴

Em momento posterior, Hegler percebe que o *domínio sobre o fato* pode ser atrelado ao conceito de autor, e utiliza-o para fundamentar a autoria mediata, reconhecendo que o “instrumento” que age irresponsavelmente, sob erro ou coação, não tem o “controle do fato”, enquanto o indivíduo que age à distância é o “senhor da ação”. Contudo, isto não significa que efetivamente Hegler tenha idealizado o conceito da “teoria do domínio do fato” em sua essência como idealizado por Roxin.¹⁸⁵

Segundo Roxin, foi Hermann Bruns o pioneiro em delimitar o conceito de autoria e participação, partindo-se da ideia de que a autoria dolosa ou culposa pressupõe o *domínio do fato*, e esse controle deve existir desde o início do seu comportamento, pois só existirá o *domínio do fato* quando a conduta em geral for causa para o resultado. Bruns acrescenta, ainda, que na instigação e no auxílio não existe o *domínio do fato* para com o resultado, o que explica que essas ações sejam consideradas acessórias como modalidades de participação e, comparando com a autoria mediata, têm um injusto menos relevante que culmina numa causa de extensão da punibilidade.¹⁸⁶

Roxin assevera que Bruns não merece destaque como fundador da teoria do domínio do fato, haja vista que as suas reflexões são superficiais e frágeis a ponto de não poder definirem o que significa o *domínio do fato*

184 ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 79.

185 ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 80.

186 ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 80-81.

e os seus efeitos práticos, contudo, reconhece as contribuições do seu estudo sobre o tema.¹⁸⁷

Hellmuth von Weber utiliza-se do termo da teoria do domínio do fato para justificar a teoria subjetiva como delimitadora do conceito de autoria e sua distinção da participação. Para Weber, o autor é aquele que pratica o fato com vontade própria de dominá-lo, enquanto o autor mediato utiliza-se de outra pessoa, que por sua vez atua sem vontade de domínio do fato. A outra crítica de Roxin é a de que Weber também não explica seu conceito de controle do fato.¹⁸⁸

Em 1936, Eb Schmidt, em sua monografia sobre crimes militares, utiliza-se do *domínio do fato* para ampliar o conceito extensivo de autor, dizendo: “Somente há uma conduta de autor quando a disposição intencional do sujeito ativo faz com que ele apareça como senhor do fato...” e acrescenta: “... e é certo que a disposição intencional que implica o domínio do fato ... pressupõe um dever militar específico.” Aqui, também, vemos que Schmidt não traz uma definição de *domínio do fato*, não desenvolvendo qualquer estudo aprofundado sobre o tema, ficando restrito aos crimes militares. (Tradução livre)¹⁸⁹

187 ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 81.

188 ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 82.

189 No original: “*Sólo existe conducta de autor all í donde la disposici ó n intencional del sujeto actuante le hace aparecer como señor del hecho . . .*” 26 y : “*.. . esseguro que la disposici ó n intencional que entrana el dominio del hecho . . . presupone la posici ó n de deber espec í ficamente militar*” SCHMIDT, Eberhard. *Die militärische Straftat und thr Täter*, 1936, apud ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 82.

Em 1939, Welzel, pela primeira vez, traz um conceito de domínio do fato vinculado a sua doutrina da ação¹⁹⁰ que se originou da *autoria final*, cuja base dogmática se apresentava no critério do domínio do fato.¹⁹¹

Roxin faz um observação de que dos autores acima citados que trataram da evolução da *teoria do dominio final do fato*, nenhum deles fez qualquer referência ao outro quando do seu próprio desenvolvimento acerca do tema, chegando todos de forma independente a traçarem uma ideia própria do *dominio final do fato* e que, curiosamente, cada um partiu de uma perspectiva dogmática diferente, como em Hegler, sobre a teoria da culpabilidade, em Bruns, sobre a teoria da adequação, em Weber, sobre a teoria subjetiva da participação, em Eb. Schmidt, a ideia de dever, e finalmente, a doutrina da ação finalista de Welzel.¹⁹²

Diante da diversidade das ideias sobre o assunto, Roxin entende que não se pode atribuir a descoberta do domínio do fato a um único autor, pois o tema encontrava-se no aguardo de um extenso desenvolvimento que teve como significativo ponto de partida a concepção de Welzel, que pela primeira vez, em 1963, ligava o domínio do fato com a teoria da ação finalista como critério de delimitação da autoria.¹⁹³

Em uma entrevista concedida no ano de 2012 ao jornal Tribuna do Advogado, Roxin diz que: “A teoria do domínio do fato não foi criada por mim, mas fui eu quem a desenvolveu em todos os seus detalhes na década

190 Para Welzel, a ação humana não é apenas um evento causal, é também, finalista, por existir um propósito que se estabelece em seu conhecimento racional de prever as consequências de sua atividade causal à vista de que tem o poder racional de prever as consequências da ação. WELZEL, Hans. Teoría de la acción finalista. Buenos Aires: Astrea, 1951. p.20.

191 ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 83.

192 ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 83.

193 ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 83.

de 1960, em um livro com cerca de 700 páginas. Minha motivação foram os crimes cometidos à época do nacional-socialismo”.¹⁹⁴

Segundo Roxin, o que lhe inquietava era o contrassenso da jurisprudência alemã que reconhecia como partícipe o indivíduo que executava o crime com as próprias mãos. Para ele, o indivíduo que ocupava uma posição de comando dentro de um aparato organizado de poder, deveria, também, ser responsabilizado como autor e não como partícipe, como entendia a doutrina, na época.¹⁹⁵

Contudo, é a partir de 1963, com a publicação dos estudos de Claus Roxin na sua tese de habilitação à livre docência intitulada “Autoria e Domínio do Fato”, que efetivamente se mostram os maiores esforços e construções dogmáticas sobre o tema, cujo propósito foi delimitar o autor do partícipe.

3.2 O DOMÍNIO DA VONTADE EM VIRTUDE DE APARATO ORGANIZADO DE PODER

De início, vale esclarecer que a *autoria mediata por domínio da organização* é uma espécie do *domínio do fato* que pode acontecer em mais duas situações, pois “[...] é possível aceitar o domínio do fato sem aceitar o domínio da organização, como o faziam ninguém menos que Welzel e Jescheck.”¹⁹⁶ Assim, explica Roxin:

194 ROXIN, Claus. “Posição hierárquica não fundamenta o domínio do fato.” [Entrevista concedida ao Jornal Tribunal do Advogado], Rio de Janeiro. Revista Consultor Jurídico, 15 de nov de 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/posicao-hierarquica-nao-fundamenta-dominio-fato-explica-claus-roxin>> Acesso em: 23 de outubro de 2022.

195 ROXIN, Claus. “Posição hierárquica não fundamenta o domínio do fato.” [Entrevista concedida ao Jornal Tribunal do Advogado], Rio de Janeiro. Revista Consultor Jurídico, 15 de nov de 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/posicao-hierarquica-nao-fundamenta-dominio-fato-explica-claus-roxin>> Acesso em: 23 de outubro de 2022.

196 GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.42-43.

A minha ideia fundamental era de que, erigindo o domínio do facto em critério determinante da autoria, só se encontram três formas típicas ideais pelas quais se pode dominar um evento sem participar na sua execução: pode-se **coagir** o executante; pode-se **enganá-lo**; ou pode-se – e esta era a nova ideia – **dispor sobre um aparelho de poder que assegure a execução de ordens** mesmo sem a coação ou o engano, pois o aparelho enquanto tal garante a sua realização.¹⁹⁷ (Grifos nosso)

Vimos no capítulo anterior que, para Welzel, o *domínio final do fato* não era o elemento exclusivo determinante do conceito de autoria, sendo considerado como um pressuposto fático em comunhão com os pressupostos pessoais, objetivos e subjetivos.

Na visão de Roxin, “*el autor es la figura central del acontecer en forma de acción*”, contudo, não se trata de uma descrição de autoria, mas, um critério formal para efeito de um ponto de partida metodológico.¹⁹⁸

Portanto, a questão é que nem Welzel nem Roxin tinham o *domínio do fato* como único critério determinante da autoria.

O próprio Roxin e Jakobs nomearam Maurach e Gössel como os maiores defensores da *teoria do domínio do fato*, por defenderem o autor como sendo a figura que tem nas mãos o curso causal do evento típico, tendo, por conseguinte, o *domínio do fato* capaz de poder adiantar, impedir ou modificar o resultado sob o controle da sua vontade, reconhecendo, assim, todos os tipos de autores como autores propriamente ditos,

197 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em Disponível em: <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 02 de set. de 2022. p. 41.

198 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.42-43.

inclusive, o autor por detrás do autor, afirmando que bastava, tão somente, o domínio intelectual do fato.¹⁹⁹

Para Maurach e Gössel, é indiscutível que o autor seja sempre aquele que executa o tipo penal incriminador pelas próprias mãos, sendo aceito como um critério objetivo. Contudo, veem que esse critério formal-objetivo não é exclusivo para definir a autoria, necessário, portanto, a complementação de um critério material, exatamente, o *domínio do fato*, diferenciando, assim, do partícipe que carece desse aspecto psicológico da vontade do resultado como sendo seu.²⁰⁰

É que se levarmos em conta que as ações puníveis não são outra coisa que as formas de crimes descritas na Parte Especial, é natural conectar o conceito de autor com o tipo da correspondente classe de crimes. A autoria não pode ser baseada em qualquer contribuição à causação do resultado, mas apenas, por uma questão de princípio, na realização de uma ação típica. No entanto, a ação típica não é compreendida apenas como uma performance com certa atitude pessoal, nem como uma mera ocorrência do mundo externo, mas como uma unidade de significado objetivo-subjetivo. O fato aparece assim como obra da vontade de quem dirige o evento. (tradução livre)²⁰¹

199 DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal**. Segunda edición ampliada y profundizada. Buenos Aires: Rurinzal – Culzoni Editores, 2002. p. 33.

200 DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal**. Segunda edición ampliada y profundizada. Buenos Aires: Rurinzal – Culzoni Editores, 2002. p. 33.

201 No original: “*Es que si tenemos en cuenta que las acciones punibles no son otra cosa que las formas de delito descritas en la Parte Especial, resulta natural conectar el concepto de autor con el tipo de la correspondiente clase de delito. La autoría no se puede basar en cualquier contribución a la causación del resultado, sino sólo, por principio, en la realización de una acción típica. Sin embargo, la acción típica no se entiende únicamente como una actuación con determinada actitud personal, ni como mero acaecer del mundo exterior, sino como unidad de sentido objetivo-subjetiva. El hecho aparece así como la obra de una voluntad que dirige el suceso.*” DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal**. Segunda edición ampliada y profundizada. Buenos Aires: Rurinzal – Culzoni Editores, 2002. p. 34.

Roxin, porém, parte do pressuposto de que o autor é de fato a figura central do acontecimento da ação, sendo o autor direto, coautor e autor mediato as principais figuras do evento, enquanto as forma de partícipe, instigação e cumplicidade ficam à margem da figura central, sendo causas de extensão da punibilidade, conforme se observa a ideia do legislador alemão quando individualiza cada figura do concurso de pessoas no StGB - § 47, “executar” - autor direto, § 48, “determinar o fato” - autor mediato e § 49, “auxiliar” – cúmplice.²⁰²

[...] o autor, o co-autor ou o autor mediato são as principais figuras do evento; o indutor e o cúmplice estão à margem. Assim, é uma e a mesma coisa, embora de um ponto de vista diferente. Se é possível falar de uma “essência” anterior, dada, de participação, esta consiste no fato de que o participante conta com a figura central do autor, que encontra expressão jurídico-positiva no acessório perfilado “logicamente-objetivamente”²⁰³ (Tradução livre)

Com a ideia de que o autor é a figura central do acontecimento na forma de ação,²⁰⁴ Roxin desenvolveu uma tripartição teórica do domínio do fato que já vimos anteriormente, na qual se estabeleceu critérios para distinguir os tipos de autoria através do *domínio da ação* – autoria direta, do *domínio funcional* – coautoria, e do *domínio da vontade* – autoria mediata.

202 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.42-43.

203 No original: “[...] *el autor, el coautor o el autor mediato son las figuras principales del suceso; el inductor y el cómplice están en los márgenes. Así pues, se trata de una y la misma cosa, aun cuando desde distinto punto de vista. Si es que cabe hablar de una “esencia” previa, dada, de la participación, ésta consiste en que el partícipe se apoya en la figura central del autor, lo cual encuentra expresión jurídico-positiva en la accesoriadad perfilada “lógico-objetivamente.”* ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 43.

204 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 42.

No capítulo anterior, tratamos dessas três formas de domínio do fato, dentre elas a *autoria mediata* – subtópico 2.4, na qual Roxin subdividiu em domínio da vontade mediante *coação*, *erro* e em *virtude de aparatos organizados de poder ou domínio por organização*.

É sobre esta última forma de autoria mediata, considerada na literatura da teoria jurídico-penal da autoria como um dos temas mais importantes e mais polêmicos na comunidade jurídica que, embora bem recepcionada pela jurisprudência alemã, pelas Cortes superiores estrangeiras e pelo Tribunal Penal Internacional, ainda assim, é tema de críticas e objeções.

Foi em 1963, na sua aula inaugural em Hamburgo, que Roxin apresentou a nova forma de autoria mediata com o título: *Factos puníveis no quadro de aparelhos organizados de poder*²⁰⁵

O domínio do fato tomado como critério determinante da autoria estabeleceu a ideia de que, mesmo sem executar com as próprias mãos o tipo penal, é possível dominar um evento sob coação ou engano do executante, como, também, “... dispor sobre um aparelho de poder que assegure a execução de ordens mesmo sem coação e engano, pois o aparelho enquanto tal, garante a sua realização.”²⁰⁶

Para Roxin, mesmo sem a coação ou o engano do autor direto, o autor mediato terá o domínio do fato quando inserido dentro de um sistema dissociado do direito, que lhe propicie um número suficiente de pessoas que garantirão o cumprimento da ordem da execução do tipo incriminador.

A questão prática que instigou Roxin a idealizar essa concepção de autoria mediata se deu na observância do domínio do poder nacional-so-

205 ROXIN, Claus. *Autoria mediata através de domínio da organização*. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 02 de set. de 2022. p. 41.

206 ROXIN, Claus. *Autoria mediata através de domínio da organização*. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 02 de set. de 2022. p. 41.

cialista alemão, em especial, o julgamento de Adolf Eichmann no Tribunal Distrital de Jerusalém, no ano de 1961.²⁰⁷

Ele percebeu que as ordens dos comandantes nazistas eram seguramente cumpridas e, ainda que houvesse recusa ou falha na execução o sistema de poder sempre dispunha de um número suficiente de pessoas que se tornariam instrumentos no cumprimento efetivo da ordem.²⁰⁸

Roxin, estabeleceu critérios caracterizadores do autor mediato em *virtude de aparatos organizados de poder*, equiparando-o a uma “alavanca de comando de um aparelho de poder”, não importando o nível de hierarquia de comando e, também, que não existisse a identidade individual do executante, considerando-o um mero instrumento substituível na ação criminosa.²⁰⁹

A essa fungibilidade ilimitada do executor – o “homem da frente” –, Roxin o considera como uma “rodinha” substituível na engrenagem do sistema de poder, não se eximindo a sua responsabilidade como autor material do crime.²¹⁰

Importante registrar que esta teoria teve acolhimento, embora tardio, no direito estrangeiro, primeiramente, nos anos 80, pelo Tribunal de Apelação e pelo Supremo Tribunal de Justiça da Argentina, quando do julgamento dos crimes cometidos pela antiga Junta de generais argentinos, cuja conclusão do veredicto foi que os réus tinham o domínio do

207 ROXIN, Claus. El dominio de organizacion como forma independiente de autoria mediata. **Revista de estudios de la justicia**. nº 7 – ano 2006. Facultad de derecho, Universidad de Chile. Disponível em: <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081/15499>> Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.11; MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. 8ª ed. Valencia: Tirant to Blanch, 2010. p 450-452.

208 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39-54. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 02 de set. de 2022. p. 41.

209 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39-54. Disponível em <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 02 de set. de 2022. p. 41.

210 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39-54. Disponível em <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 02 de set. de 2022. p. 42-43.

fato em face da organização que controlavam, reconhecendo, inclusive, a fungibilidade do autor material.²¹¹

Ainda na década de 80, a 4ª Secção do Tribunal de Justiça Federal alemão, do mesmo modo, reconheceu a teoria de Roxin enfatizando o aparato de poder e o “autor por trás do autor”, ainda que fosse inimputável.²¹²

Mas, o coroamento da teoria se deu em 1994, quando a 5ª Secção do Tribunal de Justiça Federal alemão julgou os membros do Conselho de Defesa Nacional da extinta RDA – República Democrática Alemã, cujos réus foram condenados como autores mediatos pelos homicídios executados por soldados fronteiriços – “atiradores do muro”, que tinham ordens para disparar contra aqueles que tentassem transpassar o muro de Berlim –, os quais vitimaram os fugitivos da República Federal da Alemanha – RFA.²¹³

A figura jurídica da *teoria do domínio da organização* de Roxin continuou a se espalhar por outros tribunais estrangeiros, como na Colômbia, na Espanha e Uruguai, e no Peru – caso do ex-presidente Alberto Fujimori.²¹⁴

A sentença do caso Fujimori teve um destaque tão diferenciado no reconhecimento de todos os pressupostos da autoria mediata por organização, de Roxin, que os doutrinadores contrários a essa figura jurídica como Jakobs, Herzber e Rotsch se renderam a reconhecê-la em seus

211 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 02 de set. de 2022. p. 43; OLÁSULO Alonso, Héctor. **Tratado de autoria y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 232.

212 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 02 de set. de 2022. p.43.

213 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 02 de set. de 2022. p. 43. OLÁSULO Alonso, Héctor. **Tratado de autoria y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 243.

214 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 312; OLÁSULO Alonso, Héctor. **Tratado de autoria y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 261, 293

artigos publicados na revista de doutrina de direito penal internacional – ZIS, sem esquecer, no entanto, das severas críticas.²¹⁵

Enquanto os Tribunais nacionais utilizavam-se da *teoria do domínio do fato por organização de poder*, o Tribunal penal internacional preferia responsabilizar os réus denunciados por crimes internacionais, utilizando-se da figura da “empresa criminal comum” (*joint criminal enterprise*), e da “responsabilidade do superior hierárquico”.²¹⁶

Em sua decisão de 21 de maio de 2003, no caso Milutinovic, a Câmara de Apelações do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (PTI) declara expressamente pela primeira vez que, de acordo com o costume internacional, o **Direito Penal Internacional adota um sistema dualista que distingue entre autoria e participação, e constrói o conceito de coautoria com base na doutrina da empresa criminosa comum (CCE)**. Posteriormente, a jurisprudência das Câmaras de Apelações do ICTY e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) confirmou repetidamente esta posição.²¹⁷ (Tradução livre – Grifos nosso)

215 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.) **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 313.

216 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.) **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 314.

217 No original: “*En Su decisión de 21 de mayo de 2003, en el caso Milutinovic, la Sala de Apelaciones del Tribunal penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) afirma por primera vez de manera expresa que, de acuerdo con la costumbre internacional, el Derecho penal Internacional adopta un sistema dualista que distingue entre autoría y participación, y construye el concepto de coautoría sobre la base de la doctrina de la empresa criminal común (ECC). Posteriormente, la jurisprudencia de las salas de Apelaciones del TPIY y del Tribunal penal Internacional para Ruanda (TPIR) ha confirmado reiteradamente esta posición*” in OLÁSULO, Héctor. **Estudios de Derecho penal internacional**. 1.ed. Tlalpan-México. Edición y distribución a cargo del Instituto nacional de Ciencias penales. 2010. p. 113.

Segundo Kai Ambos²¹⁸, tradicionalmente, a jurisprudência penal internacional entendia que toda e qualquer contribuição para o crime era passível de responsabilidade criminal, não fazendo qualquer distinção entre autor e partícipe, seguindo desta forma o modelo unitário de autor.

Contudo, em alguns julgados, no momento da aplicação da pena, se verificavam diferenciações entre intervenção *imediate*, *direta* ou *essencial* e intervenção apenas *indireta*, *favorecedora*, as quais não eram comparáveis com a distinção da autoria e da participação da doutrina e da jurisprudência alemã.

Para uma condenação, exigia-se uma conduta de mera participação ativa ou até mesmo de um consentimento para a execução do crime, como da mesma forma já havia sido o entendimento jurisprudencial do Tribunal militar internacional, em Nuremberg, que reconheceu nos crimes de guerra e contra humanidade, as seguintes condutas: “[...]‘conexão direta’ (*direct connection*) com os fatos, direção e dação da ordem de cometer tais fatos, conduta aprobatória, intervenção ativa, direta e importante mediante um atuar positivo”. (Tradução livre)²¹⁹

Mas, só foi na sentença de apelação do caso Tadic que o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia buscou reconhecer de forma mais acentuada a diferenciação entre autoria e a participação no delito.²²⁰

Também, no julgamento de Anto Furundzija, em 10 de dezembro de 1998, o mesmo Tribunal trouxe a concepção da coautoria como sendo uma “cooperação em parte essencial na execução do delito” e que a cum-

218 AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática**. Tradução Ezequiel Malarino. Montevideu, Uruguai: Konrad-Adenauer, 2005. p. 75-76.

219 No original: “*conexión directa*” (*direct connection*) con los hechos, dirección y dación de la orden de cometer tales hechos, conducta aprobatoria, intervención activa, directa e importante mediante un actuar positivo. AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática**. Tradução Ezequiel Malarino. Montevideu, Uruguai: Konrad-Adenauer, 2005. p. 75.

220 AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática**. Tradução Ezequiel Malarino. Montevideu, Uruguai: Konrad-Adenauer, 2005. p. 75.

plicidade “poderia ser caracterizada como mero apoio psíquico”, exigindo-se para sua caracterização, um encorajamento através de uma assistência prática e um apoio moral que pudesse ter um efeito substancial no resultado do crime.²²¹

À vista de que se travou ao longo do tempo um grande debate doutrinário e jurisprudencial acerca das diferentes formas de responsabilidade penal individual, em 1998, deu-se a criação do Estatuto de Roma mediante tratado internacional que objetivou instituir o primeiro Tribunal Penal Internacional permanente, e, em 2002, foi estabelecido em Haia com competência para julgar acusados por crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão.

Sob uma análise superficial da redação do art. 25 do Estatuto de Roma, que delimitou consideravelmente os graus de atuação dos crimes de forma mais pontual, podemos identificar claramente que na alínea “a” se encontram descritas as formas da *autoria direta*, da *coautoria* e da *autoria mediata*: “a) Cometer esse crime *individualmente* ou em *conjunto* ou por *intermédio* de outrem, quer essa pessoa *seja*, ou não, *criminalmente responsável*”.

Nas alíneas “b” e “c”, a previsão é da responsabilidade criminal pela prática delituosa na qualidade de *autor mediato*, quando *ordenar*, e de partícipe quando *solicitar*, *instigar* ou ainda houver qualquer outra forma de *cumplicidade* ou *colaboração* para o crime: “b) *Ordenar*, solicitar ou *instigar* a prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for *cúmplice* ou *encobridor*, ou *colaborar* de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;”

Quanto a alínea “d”, prevê, também, a reponsabilidade individual sob a forma de *cumplicidade* daqueles que de qualquer forma contribuam para a prática de crimes relacionados a grupos de pessoas, o que nos

221 ESTELITA, Heloísa. TOSI, Mariana Tumbiolo. **Responsabilidade individual pelo artigo 25(3)(D) do estatuto de Roma**. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33251.pdf>>. Acesso em: 08 de dez. de 2022.

remete à ideia de coibir as violações praticadas por organizações criminosas: “d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um *grupo de pessoas* que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer conforme o caso:”

Por último, a alínea “f” prevê a forma de *participação* mediante a *incitação* no crime de genocídio: “e) No caso de crime de *genocídio*, *incitar*, direta e publicamente, a sua prática”.

Ficou evidente, portanto, que o Tribunal Penal Internacional, na alínea “a” do citado artigo 25, reconheceu expressamente a *autoria mediata por organização*, quando assenta que “[...] por *intermédio* de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, *criminalmente responsável*”.

A evolução e o reconhecimento da teoria do domínio do fato de Roxin, continuou em expansão nos Tribunais nacionais e no próprio Tribunal Penal Internacional que, em 2008, no julgamento de Germain Katanga, em 2009, no caso Al Bashir e em 2012, no caso Thomas Lubanga Dyilo, acolheu a *teoria do domínio por organização*.²²²

3.3 FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS CARACTERIZADORES DO DOMÍNIO DA VONTADE POR ORGANIZAÇÃO

Sobre o domínio da vontade por organização, Roxin fundamenta sua posição em três bases principiológicas. O primeiro fundamento se firma no sentido de que se deve compreender que a execução do crime ordenado pelo “homem de trás”, quando do domínio por organização, não é garantia exclusiva do “homem da frente” – “instrumento” –, mas, do próprio sistema de aparato organizado de poder que de forma pré-estabelecida dispõe de uma diversidade de pessoas que atuam em conjunto, ainda que em funções diversas, mas garantindo o cumprimento da ordem,

222 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 314-315.

por isso a afirmação de que “o verdadeiro instrumento é, ao contrário, o próprio aparato”.²²³

É importante frisar, ainda, que o executor não tem qualquer força decisiva sobre a ação, estando o *domínio do fato* sob o poder de comando do “homem de trás”, cuja força de controle se garante na disponibilidade de tantos quantos outros executores necessite.

O segundo fundamento consiste no fato de que tanto o executor quanto o “homem de trás” atuam de formas diferentes de domínio do fato, em que o “homem da frente” possui o *domínio da ação*, e o “homem de trás”, o *domínio por organização*, ou seja, “[...] uma possibilidade de influência que lhe garante a produção do resultado por ordem do aparato de poder existente sem a execução do fato pelas próprias mãos” (Tradução livre).²²⁴

Fundamenta, por fim, que não é o déficit do “instrumento”, como ocorre no erro e na coação, que caracteriza, exclusivamente, em si, a autoria e o domínio do fato, mas também, a ação positiva do autor na condução da organização:

“[...] o domínio do fato do homem de trás baseia-se em que por meio de uma ordem sua, através do aparato existente, ele pode causar o resultado com a maior segurança, como no próprio caso de domínio por erro e por coação, os quais são reconhecidos de forma quase unânime como casos de autoria mediata”. (Tradução livre)²²⁵

223 ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. de Pablo Alflen. Revista Panóptica, Law E-Journal. Ano 3, vol. 17, 69-94. 2009. p.78-79. Disponível em: <file:///C:/Users/lucim/Downloads/O_dominio_por_organizacao_como_forma_ind.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

224 No original: “[...] una posibilidad de influir, que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de *própria mano* [...]” ROXIN, Claus. **El dominio de organizacion como forma independiente de autoria mediata**. Revista de estudios de la justicia. nº 7 – ano 2006. Facultad de derecho, Universidad de Chile. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081/15499> Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.15.

225 No original: “[...] el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso em el supuesto de *domínio mediante coacción y erros*, que son reconocidos casi

Visando estabelecer o entendimento dogmático acerca do *domínio por organização* como forma independente de autoria mediata, Roxin traçou três pressupostos fundamentais: o *poder de mando*, a *desvinculação do direito pelo aparato de poder* e a *fungibilidade*, acrescentando, posteriormente, a *disposição essencialmente elevada dos executores ao fato*, que veremos todos, individualmente, a seguir.

3.3.1 Poder de mando

O *poder de mando do homem de trás* – autor mediato –, tem a força de emitir ordens para a realização do tipo incriminador com a certeza do seu cumprimento em face da garantia do aparato de poder²²⁶, nas palavras de Roxin: “Autor mediato só pode ser quem dentro de uma organização rigidamente dirigida tem autoridade para dar ordens e a exerce para causar a realização do tipo.”²²⁷ (Tradução livre)

A exemplo disso, ele destaca: “O comandante de um campo de concentração nazista era, portanto, autor mediato dos assassinatos ordenados por ele, mesmo quando ele próprio agia com base em uma instrução superior”.²²⁸ (Tradução livre).

unanimemente como casos de autoria mediata.” ROXIN, Claus. **El dominio de organización como forma independiente de autoria mediata.** Revista de estudios de la justicia. nº 7 – ano 2006. Facultad de derecho, Universidad de Chile. Disponível em: <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081/15499>> Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.15.

226 ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoria mediata. **Revista de estudios de la justicia.** nº 7 – ano 2006. Facultad de derecho, Universidad de Chile. Disponível em: <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081/15499>> Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.16.

227 No original: “Autor mediato sólo puede ser quien dentro de una organización rigidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo.” ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoria mediata. **Revista de estudios de la justicia.** nº 7 – ano 2006. Facultad de derecho, Universidad de Chile. Disponível em: <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081/15499>> Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.16.

228 No original: “El comandante de un campo de concentración nazi era, por tanto, autor mediato de los asesinatos ordenados por él, aunque él mismo actuara por indicación de cargos superiores.” ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoria mediata. **Revista de estudios de la justicia.** nº 7 – ano 2006. Facultad

Assenta, dessa forma, a possibilidade de existirem autores mediatos por trás de autores mediatos, ainda que em diferentes níveis de hierarquia, bastando que o agente, mesmo subordinado ao comando de superiores, detenha parte do controle da organização, que será impulsionada automaticamente em face da fungibilidade dos seus subordinados, caracterizando o domínio da vontade por organização.

Vejamos o que disse Rudolf Hoess, comandante do campo de concentração de Auschwitz, ao médico psiquiatra Leon Goldensohn, que nos remete à existência de uma hierarquia verticalizada de comando.

[...] Agora sou culpado, como todos os outros, e tenho de arcar com as consequências'. Qual acha que deve ser o seu castigo? 'Ser enforcado.' Acha mesmo, ou pensa que há outras pessoas mais culpadas do que você? **'Há outras pessoas com mais culpa do que eu, em especial quem me deu as ordens, que eram erradas.** Mas como já vi pelo julgamento em Belsen, onde trabalhavam homens da SS que obedeciam às mesmas ordens que eu, vou ter de receber o mesmo castigo. (Grifo nosso)²²⁹

Na sentença proferida pela Corte Suprema Peruana, no caso Fujimori, que se tornou referência da teoria do domínio do fato como um verdadeiro e sólido estudo contributivo para o Direito Penal nacional e internacional, o “poder de mando” ficou reconhecido como primeiro elemento objetivo da *autoria mediata por organização*, e, também, como elemento fundamental para delimitar o autor mediato dentro de um aparato organizado de poder.²³⁰ Vejamos:

de derecho, Universidad de Chile. Disponível em: <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081/15499>> Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.16.

229 GOLDENSOHN, Leon; GELLATELLY, Robert. **Entrevistas de Nuremberg**: revelações dos nazis a um psiquiatra. São Paulo: Tinta da China. 2014. Tradução Raquel Moura. 1.ed. Lisboa: Tinta da China, 2014. p.384.

230 CORTE suprema de justicia de la república do Peru. Sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. **Caso Alberto Fujimori**. Sentença em 07-04-2009. Parágrafos 729. p. 635-636. Acesso em 26 de set. de 2022. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1102>>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

O poder de comando é a capacidade do nível estratégico superior – o homem de trás – para dar ordens ou atribuir funções àquela parte da organização que está subordinada a ela. Essa capacidade é adquirida, ou pode ser conferida, em resposta a uma posição de autoridade, liderança ou ascendência derivada de fatores políticos, ideológicos, sociais, religiosos, culturais, econômicos ou similares. **O poder de comando do autor mediato se manifesta pelo exercício de ordens, expressa ou implicitamente, que serão cumpridas em razão da automaticidade conferida pela própria constituição funcional do aparelho**, ou seja, sem que seja necessário que o ordenante também deva, ou alternativamente, recorrer à coação ou engano dos potenciais executores.²³¹ (Tradução livre – Grifo nosso)

A Suprema Corte peruana fez anotar, ainda, a existência de duas formas de comando que se movimentam verticalmente dentro da hierárquica do sistema criminoso. A primeira, de nível estratégico, que se encontrava no topo da organização com o controle total do aparelho e se destinava a emitir ordens ao comando de nível intermediário tático ou operacional, que por conseguinte, exercia o poder de comando sobre os executores materiais.²³²

231 CORTE suprema de justicia de la república do peru. Sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. **Caso Alberto Fujimori**. Sentença 07-04-2009. No original: *“El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás– de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando órdenes, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores.”* Parágrafo 729. p. 635. Acesso em 26 de set. de 2022. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1102>>.

232 CORTE suprema de justicia de la república do peru. Sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. **Caso Alberto Fujimori**. Sentença 07-04-2009. Parágrafo 730. p. 635-636. Acesso em 26 de set. de 2022. Disponível em: <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>.

Neste caso, o grau da responsabilidade criminal corresponderá ao nível hierárquico do poder de comando, quanto mais distante do autor direto maior será a responsabilidade em face do controle total do poder. Assim, a Câmara criminal nacional do Peru utilizou-se do entendimento para julgar e condenar os integrantes do grupo terrorista “Sendero Luminoso”.²³³

Este entendimento já se esposava no Tribunal Distrital de Jerusalém quando do julgamento de Eichmann, confira:

Por outro lado, Eichmann não foi apenas executor, mas também ordenou a subordinados, sendo, portanto, aplicáveis os critérios que eles transformam seus súditos de trás para frente em autores mediatos. Este aspecto de caso foi levado em consideração pelo Tribunal Regional de Jerusalém quando disse que “a proximidade ou distância de um ou de outro, entre tantos criminosos, aquele que realmente matou a vítima, não pode influenciar o alcance de forma alguma de responsabilidade. **A medida de responsabilidade aumenta bastante quando quanto mais longe você estiver daquele que faz a arma funcionar com as mãos do assassino e quanto mais próximo se chega ao topo da cadeia de comando**, aos “indutores”, na nomenclatura do nosso legislador”.²³⁴ (Tradução livre – Grifo nosso)

233 CORTE suprema de justicia de la república do peru. Sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. **Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009.** Parágrafos 729. p. 635-636. Acesso em 26 de set. de 2022. Disponível em: < https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>.

234 No original: “Por otra parte, Eichmann no era sólo ejecutor, sino que también impartía ordenes a subordinados, siéndole, por tanto, de aplicación los criterios que convierten a sus sujetos de detrás en autores mediatos. Este aspecto del caso lo tuvo presente el Tribunal regional de Jerusalén al decir 11 que «la proximidad o lejanía de uno o de otro, de entre estos muchos delincuentes, al que mató realmente a la víctima, no puede influir en absoluto en el alcance de la responsabilidad. La medida de responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando, a los “inductores”, en la nomenclatura de nuestro legislador» ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal.** Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.272.

De modo contrário, Kai Ambos entende que a autoria mediata sob o domínio da organização só deve ser reconhecida nos casos em que o “homem de trás” se encontre no mais alto ponto da hierarquia do aparato de poder. Nas suas palavras: “Deve-se dizer, portanto, que o domínio da organização poderá fundar-se sem dúvida alguma só em relação àqueles homens detrás do Estado, cujo poder de mando e cujas ordens não podem ser retiradas ou anuladas, ou seja, a respeito daqueles que, neste sentido, dominam e governam ‘sem perturbação alguma’”.²³⁵ (Tradução livre)

E quanto aos seus subordinados, não é possível considerá-los como autores mediatos por não poderem exercer o domínio da organização em sua totalidade, pois dominam em parte os acontecimentos do aparato e estariam mais voltados para uma coautoria²³⁶, no assim dizer: “[...] os autores que não pertencem ao vértice da organização, mas, por exemplo, ao nível médio de condução, possuem domínio da organização dentro do aparato pelo máximo de respeito de seus subordinados. [...] sua dependência do vértice da organização parece ir contra uma autoria mediata e a favor de uma coautoria fundada na divisão funcional do trabalho”.²³⁷

Roxin rechaça tal posicionamento ao argumento de que, nesses casos, faltam os pressupostos caracterizadores da coautoria, como uma decisão conjunta para a realização do fato e que a determinação de uma

235 No original: “Se debe decir, por tanto, que el dominio por organización podrá fundamentarse sin duda alguna sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquellos que en este sentido dominan y gobiernan ‘sin perturbación alguna’”. AMBOS, Kai. Dominio por organización. Estado de la discusión. Trad. Ezequiel Malarino. **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 68, p. 69-111, v. 15, 2007. p. 93-94.

236 AMBOS, Kai. **Dogmática actual de la autoría y la participación criminal**. Nelson Salazar Sanchez (coord.). Lima – Peru: IDEMSA, 2007. p. 94.

237 No original: “[...] los autores que no pertenecen al vértice de la organización, pero sí por ejemplo al nivel medio de conducción, poseen dominio de la organización dentro del aparato a lo sumo respecto de sus subordinados [...] su dependencia del vértice de la organización parece hablar en contra de una autoría mediata y en favor de una coautoría fundada en la división funcional del trabajo”. AMBOS, Kai. Dominio por organización. Estado de la discusión. Trad. Ezequiel Malarino. **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 68, p. 69-111, v. 15, 2007. p. 93-93.

ordem se firma num posicionamento hierárquico de comando e não em uma cooperação conjunta para execução do crime.²³⁸

Podemos subsumir, então, que o poder de mando, efetivamente, é causa fundamental para efeito da autoria por organização, que na prática evidencia a existência da cadeia hierárquica de comando dentro do aparato de poder, desde que cada dirigente possua o poder de mando para controlar parte da organização. Para isso, deve-se analisar o caso especial, que, doutro modo, não se afasta, também, a possível caracterização da coautoria ou da participação.

3.3.2 Desvinculação do direito pelo aparato organizado de poder

O segundo pressuposto trata-se da *desvinculação do direito pelo aparato de poder*, ou seja, um sistema organizado de poder que deve atuar à margem do Estado de direito.

Roxin enfatiza que, desde o princípio dos seus estudos sobre o tema, a ideia é que o *aparato de poder* se caracteriza quando do afastamento do direito, sendo, pois, pressuposto indispensável do domínio da organização.²³⁹

Explica que a estrutura do *aparato de poder* só poderá existir quando o sistema criminoso encontrar-se fora do ordenamento jurídico, exigindo-se que os seus componentes de gestão e execução permaneçam inseridos dentro do sistema legal, mas, de forma independente, pois de outro modo, qual seja, ordens ilegais do sistema legal, não fundamentaria o

238 ROXIN, Claus. El dominio de organizacion como forma independiente de autoria mediata. **Revista de estudios de la justicia**. nº 7 – ano 2006. Facultad de derecho, Universidad de Chile. Disponível em: <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081/15499>> Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.13.

239 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 331.

domínio do fato em face da supremacia da lei que excluiria o cumprimento de ordens ilícitas e, por conseguinte, o domínio por organização.²⁴⁰

Da estrutura do domínio da organização se deduz que apenas ele pode existir onde a estrutura como um todo está fora do ordenamento jurídico, desde que a gestão e os órgãos executores permanecem, em princípio, ligados a um sistema legal independentemente deles, as ordens para cometer crimes não podem fundamentar o domínio, **porque as leis têm o grau supremo e normalmente excluem o cumprimento de ordens ilícitas**, e com isso o poder da vontade do sujeito por trás.²⁴¹ (Tradução livre – Grifo nosso)

Inicialmente, Roxin defendia que a estrutura do domínio da organização deveria ser apartada do direito em sua totalidade²⁴², porém evoluiu para ressaltar que o aparato de poder nos crimes estatais sistemáticos não deve estar desvinculado em todos os seus aspectos, mas “é necessário uma desvinculação do Direito por parte do sistema somente nos âmbitos de suas atividades que sejam penalmente relevantes”. Roxin exemplifica: “... no regime nazista e no da RDA, havia sido suspensa a proibição de homicídio no âmbito da ‘solução final na questão judaica’ e no ‘impedimento

240 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.275.

241 No original: “De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantienen en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las ordenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de ordenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás” ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.274-275.

242 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.274-275.

de fuga da República’, respectivamente, todavia, em outras áreas, ambos os regimes atuavam no âmbito do direito interno vigente.”²⁴³ Vejamos:

Ademais – e nisso consiste o segundo esclarecimento – não interessa como os integrantes da organização valoram sua atuação. O disparo aos “fugitivos da República” (*Republikflüchtigen*) no muro da ex-RDA **foi considerada uma prática de homicídio desvinculada do Direito, mesmo quando os intervenientes – ou alguns deles – haviam considerado legal essa classe de medida em virtude de lei de fronteiras da RDA**. Essa compreensão justifica-se na medida em que Matar seres humanos que querem exercer seu direito de trocar de domicílio é contrário aos direitos humanos e, portanto, antijurídico e punível como violação do direito supranacional.²⁴⁴

Importante compreender, ainda, que o *aparato de poder* não tem qualquer ligação hierárquica de comando com o sistema legal, embora seus integrantes estejam a ele ligados, pois caminham de formas opostas, um em sentido à lei, o outro, ao crime. Qualquer instrução ilícita dentro do sistema legal não tem força para movimentar o sistema criminoso, caracterizando-se, assim, um crime individual contra o próprio estado de direito, como bem explica Roxin.²⁴⁵

243 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (*Organisationsherrschaft*). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 332; ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. **Revista de estudios de la justicia**. nº 7 – ano 2006. Facultad de derecho, Universidad de Chile. Disponível em: <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081/15499>>. Acesso em: 13 de nov de 2022. p.16

244 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (*Organisationsherrschaft*). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 331.

245 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.275.

Assim, quando em um Estado de Direito uma autoridade determina a seus subordinados a cometer crimes ou quando as Forças Armadas emitem ordens de comando ilegal, isso sempre deve ser avaliado, a menos que autoria mediata seja reconhecida por outras formas, apenas por indução, pois se todo o aparato se movimenta pelas vias do direito, ele “funciona” da forma exigida pela estrutura de domínio descrita apenas ao utilizar os caminhos pré-estabelecidos pelo ordenamento jurídico. **Uma ordem ilegal não pode colocar aqui a organização em movimento; se for obedecida, não é uma ação da máquina de poder, mas de uma “iniciativa particular” realizada contrariamente a sua forma de funcionamento**, cuja característica tende então a ser também a criteriosa oclusão em relação aos demais titulares dos poderes da organização. Assim, nesses casos, não se atua com o aparato, mas contra ele, ficando excluído desde o início do escopo do domínio possível da organização. Também aqui, dependendo do evento externo, faltam todos os pressupostos da autoria mediata, pois o indivíduo tem que ser designado para o plano criminal em cada caso como participante individual e não há lugar para falar em substitutibilidade à vontade.²⁴⁶ (Tradução livre)

246 No original: “Así, cuando en un Estado de Derecho una autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos o cuando en las Fuerzas Armadas un mando imparte ordenes antijurídicas, ello ha de valorarse siempre, salvo que haya que afirmar la autoría mediata por otras razones, sólo como inducción, pues si todo el aparato se mueve por los cauces del Derecho, “funciona” de la manera requerida por la estructura de dominio descrita únicamente al utilizar las vías preestablecidas por el ordenamiento jurídico. Una instrucción antijurídica no puede poner aquí la organización en movimiento; si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una “iniciativa particular” llevada a cabo eludiendo su modo de funcionar, cuya característica entonces suele ser también la ocultación cuidadosa con respecto a los demás titulares de competencias de la organización. Así pues, en tales casos no se actúa con el aparato, sino contra él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización. Faltan aquí también, con arreglo al suceso externo, todos los presupuestos de la autoría mediata, puesto que el individuo tiene que ser enrolado para el plan delictivo en cada caso como interviniente individual y no cabe hablar de la sustituibilidad a voluntad.” ROXIN, Claus.

Herzberg faz suas objeções à ideia de Roxin quanto à impossibilidade de conceituar de forma concreta o que seria *aparato organizado de poder*. Para ele, quando do julgamento, o juiz não dispõe de um conceito próprio e acabado do que seria o *aparato organizado de poder*, tendo que se utilizar de sua discricionariedade para aplicar o direito, pois a dúvida paira na ausência de um conceito científico próprio capaz de identificá-lo.²⁴⁷

Roxin reconhece a existência de problemas na delimitação do que seja o *aparato organizado de poder*, até porque questionamentos conceituais são inerentes ao direito como um todo. Ele enxerga a objeção de Herzberg como genérica e exagerada, explicando que situações em que a criminalidade estatal quando inserida dentro de um sistema que se encontra à margem do Estado de direito, como nos casos de Hitler, Stalin e Fujimori, tais delimitações, por si só, são autoconceituáveis pelas evidências dos fatos.²⁴⁸

3.3.3 Fungibilidade do executor direto

A *fungibilidade do executor direto* aparece como o terceiro pressuposto caracterizador do domínio por organização e tem como principal fundamento a substitutibilidade do “homem da frente”, o executor imediato, que empreende o último ato parcial previsto no tipo penal incriminador.²⁴⁹

Autoria y dominio del hecho em derecho penal. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p.275.

247 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**.1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 329-330.

248 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**.1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 330.

249 ROXIN, Claus. El dominio de organizacion como forma independiente de autoria mediata. **Revista de estudios de la justicia**. nº 7 – ano 2006. Facultad de derecho, Universidad de Chile. Disponível em: <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081/15499>> Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.17.

Para Roxin, a certeza do cumprimento das ordens do “homem de trás” dá-se pela quantidade de “potenciais executores” que se encontram à disposição do sistema de poder a tal ponto que a recusa ou falha de quaisquer indivíduos na execução do crime terá à disposição tantos outros indivíduos quantos bastem e, por conseguinte, não poderá impedir a execução do tipo, assentando que: “O instrumento é a organização e, para a sua intervenção exitosa, a existência de muitos executores possíveis não é uma mera hipótese senão uma realidade que garante o resultado”.²⁵⁰

Roxin acrescenta que na relação do “homem de trás” com o “homem da frente” deve-se considerar o autor imediato como uma pessoa de plena liberdade para com as suas ações e que deverá, também, responder criminalmente pelos seus atos praticados com as próprias mãos quando inserido dentro de um aparato organizado de poder. Essas circunstâncias não são significativas para desconstituir o autor mediato por organização, haja vista que o “homem de trás” no alto do seu comando hierárquico tem o executor direto como uma figura anônima e que pode ser substituída a qualquer momento pelo sistema de poder.²⁵¹

Com perdas e deserções deve-se contar sempre com tais organizações, sem que o mecanismo do aparato seja seriamente danificado. Se um falhar, outro irá substituí-lo, e precisamente esta circunstância torna o respectivo executor, sem prejuízo de seu próprio domínio de ação, ao mesmo tempo como instrumento do sujeito de trás.²⁵² (Tradução livre)

250 ROXIN, Claus. *Autoria Mediata - Legendado (Teoria do Domínio do Fato)*. Palestra proferida na Universidade Sérgio Arboleda. Canal de Direito Penal - Rodrigo Capobianco. Bogotá: Colômbia. **Youtube**. 17 ago. 2017. 59min18s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GAFNp599jdA&t=456s>>. Acesso em: 20 jun. de 2022.

251 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 271.

252 No original: “*Con pérdidas y defecciones hay que contar siempre en organizaciones tales, sin que por ello el mecanismo del aparato quede perjudicado seriamente. Si uno fracasa, otro le va a suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de detrás*”. ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad.

Há contra-argumento no sentido da fragilidade e possibilidade de interferência de outros executores no não cumprimento da ordem, contudo, Roxin explica que essa hipótese encontra-se afastada, haja vista que numa “perspectiva individualista de atuação em que se reduzem os acontecimentos a uma relação entre duas pessoas não faz jus à natureza do domínio da organização”, por ser a organização o próprio instrumento garantidor do resultado.²⁵³

A objeção de Schroeder se faz no sentido de que, no caso de haver a necessidade de um “instrumento” específico, um especialista para a execução do crime, cairia por terra o caráter da intercambialidade ou fungibilidade do autor imediato e os sujeitos por detrás, ainda assim, teriam que ser considerados autores mediatos. Roxin rebate tal assertiva para dizer que “[...] com isso, se abandona o âmbito do domínio da organização, qual foi elaborado à medida do automatismo descrito e por regra geral, também, para uma série de delitos que acontecem seguindo um mesmo esquema”.²⁵⁴

Para Herzberg, o “homem de trás” não está mais seguro da concretização do fato típico do que o instigador que coloca nas mãos do autor direto a decisão soberana sobre a execução do fato criminoso.

Sua crítica parte do sentido de que se o “homem da frente” desiste da execução do comando, o “homem de trás” não alcançará o objetivo criminoso, exemplifica o caso dos soldados fronteiriços que poderiam atirar

Da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 273.

253 ROXIN Claus. Autoria Mediata - Legendado (Teoria do domínio do fato). Palestra proferida na Universidade Sérgio Arboleda. Canal de Direito Penal - Rodrigo Capobianco. Bogotá: Colômbia. **Youtube**. 17 ago. 2017. 59min18s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GAFNp599jdA&t=456s>>. Acesso em: 20 jun. de 2022.

254 ROXIN, Claus. Autoria Mediata - Legendado (Teoria do domínio do fato). Palestra proferida na Universidade Sérgio Arboleda. Canal de Direito Penal - Rodrigo Capobianco. Bogotá: Colômbia. **Youtube**. 17 ago. 2017. 59min18s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GAFNp599jdA&t=456s>>. Acesso em: 20 jun. de 2022.

para o lado deixando o fugitivo atravessar o muro, motivo pelo qual contesta a certeza do autor mediato na execução do crime.²⁵⁵

Roxin refuta a ideia de Herzberg para dizer que os assassinatos nazistas e as mortes no muro de Berlim, por si só, são as evidências horrendas da automaticidade do aparato de poder.

A substitutividade das pessoas que se negavam a cumprir os assassinatos nos campos de extermínio ou os homicídios no muro também era uma forma evidente do domínio do fato do autor mediato por organização, afastando, dessa forma, a ideia da instigação levantada por Herzberg.²⁵⁶

De igual modo, Kai Ambos levanta a objeção de que nem todos os casos do domínio por organização se sustentam na fungibilidade do executor direto, tendo em vista a possível exigência, em determinados casos, de uma especialidade do executor não substituível, afirmando que: “[...] a pretensão de validade geral do critério da fungibilidade já é refutada pela existência de *um* caso contrário, exterminando com isto a idoneidade do critério para fundamentar o domínio da organização em *todos os casos possíveis*”. (Tradução livre. Grifos do original)²⁵⁷

255 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>. Acesso em 02 de set. de 2022. p. 45. Ver também: HERZBERG, Rolf D. Autoría mediata e inducción em las organizaciones formales. In: Yesid Reyes Alvarado. Hernán Dario Orozco López. (Editores) **Aparatos organizados de poder**. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado, 2020. *E-Book* (215 p.). INBS: 9789587904161. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?ref=dbs_p_ebk_r00_pbc_rnvc00&_encoding=UTF8&asin=B08LMD6LMS> Acesso em: 13 de nov. de 2022. p. 71-74; AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para uma elaboración dogmática. Tradução Ezequiel Malarino. Montevideú, Uruguai: Konrad-Adenauer, 2005. p. 222.

256 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>. Acesso em 02 de set. de 2022. p. 45.

257 No original: “*la pretensión de validez general del criterio de la fungibilidad se refuta ya por la existencia de un caso contrario, anulando con ello la idoneidad del criterio para fundamentar el dominio por organización en todos los casos posible*”. AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para uma elaboração dogmática. Tradução Ezequiel Malarino. Montevideú, Uruguai: Konrad-Adenauer, 2005. p. 222.

Roxin concorda com a assertiva, dizendo que nestes casos em que o aparato de poder escolhe um indivíduo que dispõe de uma especialidade necessária para a execução do crime ou até mesmo seja o único a ter acesso à vítima, não se caracteriza a autoria mediata, mas sim a instigação, à vista de que o homem de trás não atua através da coação.²⁵⁸

Roxin explica que a sua teoria foi direcionada para fatos que se apresentam com as mesmas características e que sejam realizados por pessoas fungíveis, como nos crimes nazistas e dos atiradores do muro, e não em eventos singulares.²⁵⁹

3.3.4 Disposição essencialmente elevada dos executores ao fato

Segundo Roxin, a fungibilidade do executor é a garantia do cumprimento da ordem no aparato organizado de poder, face a sua intercambiabilidade e substitutividade automática por outro perpetrador.

Em contraponto, Schroeder²⁶⁰ rechaça a ideia da fungibilidade de Roxin, sob o argumento de que existirão situações em que será necessária a substituição de executores diretos por outros que se exija uma certa especialidade para o cumprimento da ordem do “homem de trás”.

Com isso, afasta-se a substitutividade automática do “homem da frente” e, por conseguinte, a missão será abortada por se exigir um tempo

258 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>. Acesso em 02 de set. de 2022. p. 46.

259 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>. Acesso em 02 de set. de 2022. p. 47; ROXIN, Claus. **Problemas de autoria y participación em la criminalidade organizada**. Tradução de Enrique Anarte Borrallo. Revista Penal, nº 2, 1998. Arias Montano. Repositorio institucional de la Universidad del Huelva. Disponível em: <<http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/13228>> Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.64-65.

260 SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (organização). São Paulo: LiberArts, 2013. p.33.

necessário para que o novo executor se familiarize com a tarefa e a sua integração ao aparato de poder.

Para Schroeder, “o critério da fungibilidade unicamente é exitoso quando outros sejam vistos como órgãos de execução preparados para o fato. Com isso, o critério decisivo não reside na fungibilidade, mas sim na disposição à execução do fato, como eu sustento” (Grifo nosso)

Sobre a “autoria dupla” ou “autor detrás do autor”, Schroeder diz que tanto seus fundamentos quanto os de Roxin foram temas de objeções e críticas na década de 1960, quando publicaram seus estudos, sem que tivesse havido oportunidade de implementá-los na prática, haja vista que naquele momento já haviam sido concluídos os processos contra os perpetrados nazistas.

Contudo, em 1994, no julgamento dos crimes imputados aos chefes da extinta RDA - República Democrática alemã, no caso dos disparos contra os fugitivos que cruzavam o muro de Berlim e nas falsificação dos resultados das eleições, o Tribunal Supremo alemão reconheceu, pela primeira vez, a figura do autor “detrás do autor”, ressaltando a ideia de Schroeder quanto à disposição incondicional do agente imediato na execução do tipo penal incriminador, sem que tivesse feito qualquer menção a “fungibilidade” de Roxin.²⁶¹

3.4 OBJEÇÕES À AUTORIA MEDIATA POR ORGANIZAÇÃO EM VIRTUDE DE APARATO ORGANIZADO DE PODER

Roxin reconhece as críticas e as objeções doutrinárias de vários autores à sua teoria do domínio do fato, mas as enfrenta com a peculiar convicção da estrutura teórica que criou e, por isso, sempre rechaça as questões postas contrariamente com fortes argumentos técnicos, acrescentando que: “[...] o domínio de uma organização não é uma receita pa-

261 SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (organização). São Paulo: LiberArts, 2013. p.34.

tentada que reivindique validade em qualquer caso concebível, independentemente das circunstâncias concretas. Trata-se antes de um modelo cujos elementos constitutivos têm que ser comparados com a realidade em cada caso”.²⁶²

Portanto, na inteireza deste trabalho existem análises de várias outras objeções à *autoria por organização*, contudo, decidimos neste subtópico tratar de forma mais detalhada dos argumentos da negação desta figura jurídica da qual os seus críticos defendem como solução a coautoria e a instigação.

a) A coautoria como solução

A primeira objeção é a negação da *autoria mediata por organização*, por compreenderem que o “homem da frente”, que age de forma livre, consciente e responsável, não pode ser autor mediato, mas sim coautor ou instigador.

Roxin²⁶³rechaça a assertiva da existência de uma coautoria no *aparato organizado de poder* entre o mandante e o executor, sob o fundamento de que os pressupostos do autor mediato, que tem o *domínio da vontade*, e do autor direto, que detém o *domínio da ação*, podem coexistir sem qualquer conflito, por gozarem da independência na individualidade das suas ações.

Explica, ainda, que para se considerar uma coautoria, exigem-se os pressupostos essenciais da *decisão* e da *execução conjunta do fato*, além da *coordenação horizontal dos autores*. Isto não é possível, porque, em regra, no aparato de poder, o autor mediato e o executor não se conhecem, portanto, não decidem nem executam conjuntamente e não se consideram

262 ROXIN, Claus. *Autoria mediata através de domínio da organização*. Lusíada. **Direito**, (3), 39–54. Disponível em <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 13 de nov. de 2022. p. 47.

263 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (*Organisationsherrschaft*). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 324-325.

iguais responsáveis pela decisão, pois uma ordem de comando não corresponde a uma resolução de desejos mútuos para um fim determinado.

Jakobs, isoladamente, não reconhece a *autoria mediata por organização*, defendendo a coautoria como a figura jurídica apta a responder as questões da autoria na relação de pessoas que emitem ordens aos executores. Tal entendimento se firma, no seu ponto de vista, porque ele nega, equivocadamente, os pressupostos caracterizadores da coautoria, sendo para ele dispensável a execução conjunta do tipo penal, bastando a realização conjunta dos atos de organização do delito²⁶⁴, no assim dizer:

Como consequência da coautoria, a responsabilidade plena **ocorre pelo fato de terem sido realizados atos de organização de igual importância. O fato de a ação executiva, por sua vez, ser praticada por um autor capaz é indiferente** para quem tem o domínio do fato, qualquer que seja a forma, desde que sejam autores idôneos e possa haver acessoriedade na relação com a ação executiva.²⁶⁵ (Tradução livre - Grifos nosso)

Roxin contesta tal posicionamento, enfatizando a imprescindibilidade da execução conjunta do fato, não podendo aceitar a coautoria em face de que, na *autoria mediata por organização*, o “homem de trás” não realiza qualquer ação por si mesmo, “não suja as mãos”, pois antes se utiliza do “instrumento” para executar a sua vontade. Além do mais, a au-

264 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 325.; ver também: CABANA, Patrícia Faraldo. **Responsabilidad penal del dirigente em estruturas jerárquicas**; la autoría mediata com aparatos organizados de poder. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 141-144.

265 No original: “Como consecuencia de la coautoría se produce la plena responsabilidad por el hecho, debido que se han realizado actos de organización de la misma importancia. El que la acción ejecutiva, a su vez, sea llevada a cabo por un autor idóneo es indiferente para los que tienen el dominio del hecho, sea de la forma que sea, siempre que ellos mismos sean autores idóneos y pueda existir accesoriedad en relación con la acción ejecutiva”. JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Traducción Joaquín Cuello Contreras. José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons. 1997. p. 759.

sência do autor mediato na execução do fato é causa que descredencia a coautoria, pois o autor mediato não atua na execução direta do delito.²⁶⁶ Assim, também, Kai Ambos:

[...] os coautores atuam “conjuntamente” com base em uma **divisão “funcional” do trabalho** (“condicionada à atividade), de tal modo que o “funcionar” de cada interveniente individual representa um pressuposto indispensável da execução do ato total. (“Gesamitat”) Os intervenientes são “co-autores” do todo”, possuem o co-domínio, o que os converte em “co-proprietário do ato total”, **co-autoria é execução coletiva do tipo**.²⁶⁷ (Tradução livre – Grifos nosso)

Importante ressaltar que a jurisprudência alemã entende suficiente para o reconhecimento da coautoria, apenas, a colaboração conjunta efetiva na fase preparatória do crime. Para Roxin, ainda que aceitasse tal entendimento, não seria possível reconhecer a coautoria pelo fato de o “homem de trás”, ordenante, ter como contributos para o crime apenas o

266 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 13 de nov. de 2022. p. 48; ver, também: CORTE suprema de justicia de la república do Peru. Sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 720. p. 626-628. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 08 de dez. de 2022.

267 No original: “[...] los coautores actúan “conjuntamente” con base en una división “funcional” del trabajo (“condicionada a la actividad”),⁶¹ de modo tal que el “funcionar” de cada interviente individual representa un presupuesto indispensable de la realización del hecho total (“Gesamttat”).⁶² Los intervenientes son “co-autores del todo”,⁶³ poseen el co-dominio, lo que los convierte en “co-dueños del hecho total”;⁶⁴ coautoría es realización colectiva del tipo” AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para uma elaboração dogmática. Tradução Ezequiel Malarino. Montevideú, Uruguai: Konrad-Adenauer, 2005. p.180-181; AMBOS, Kai. **Direito Penal**: Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Trad. Pablo Rodrigo Alfien. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p.60-61.

planejamento e o desencadeamento das ações, não efetivando a execução conjunta exigida como requisito da coautoria.²⁶⁸

Outro fator importante é a diferença estrutural das formas: enquanto a autoria mediata se manifesta verticalmente, de cima para baixo, do ordenante para o executor, na coautoria a posição exigida é horizontal, se revelando pela sincronia paralela dos atos preparatórios e de execução dos agentes envolvidos.²⁶⁹

Cabana²⁷⁰ entende que essa relação de hierarquia verticalizada entre o ordenante e o executor direto é um argumento de peso contra a teoria da coautoria, pois não é aceitável a atribuição do mesmo nível de responsabilidade a todos os participantes do evento.

Diz, ainda, que se tenta minimizar essa diferença de formas com o argumento de que quase sempre, na ação conjunta para o crime, existe a figura do chefe ou coordenador do grupo criminoso, e isso gera algum tipo de subordinação.

Importante destacar, ainda, o reconhecimento expresso que teve a *teoria do domínio funcional do fato*, de Roxin, pelo Tribunal Penal Internacional, no julgamento do acusado Thomas Lubanga Dyilo, em que concluiu ter o réu incorrido na responsabilidade em coautoria. Vejamos:

Conforme reiterado na sentença de primeira instância de 14 de março de 2012 no caso Lubanga, para incorrer em responsabilidade criminal de acordo com o conceito de domínio funcional do fato, devem ser atendidos os dois seguintes elementos objetivos: (i) **o acusado deve ser parte de um acordo ou plano comum entre**

268 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 13 de nov. de 2022. p. 48.

269 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 13 de nov. de 2022. p. 48.

270 CABANA, Patrícia Faraldo. **Responsabilidad penal del dirigente em estructuras jerárquicas**; la autoría mediata com aparatos organizados de poder. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 158-159.

duas ou mais pessoas; e (ii) cada um dos os coautores, incluindo o réu, devem realizar suas ações de forma coordenada, cuja soma deve resultar na realização dos elementos objetivos do crime (comissão conjunta do crime) (Tradução livre – Grifos nosso)²⁷¹

Por fim, pode-se depreender que a *coautoria* não é o instrumento adequado para substituir a *autoria mediata por organização* nos casos de *aparato organizado de poder*, pois cada instituto tem identidade própria e pressupostos de existência que os distinguem substancialmente um do outro como figuras jurídicas a serem aplicadas no caso concreto.

b) A instigação como solução

Segundo Bacigaluco, a instigação é criar em outra pessoa, o autor, a vontade para que ela pratique uma determinada ação delituosa; é fazer florescer psicologicamente dentro dela um desejo do qual ainda não existia e que se transformou numa vontade graças a uma conduta ativa do indutor, sem esquecer de que não se caracteriza a instigação quando o possível instigado já detinha dentro de si aquela vontade a qual o indutor desejava implantar.²⁷²

271 No original: “Según ha reiterado la sentencia de primera instancia de 14 de marzo de 2012 en el caso Lubanga, para incurrir en responsabilidad penal según el concepto de dominio funcional del hecho, se deben cumplir los dos elementos objetivos siguientes: (i) el imputado debe ser parte de un acuerdo o plan común entre dos o más personas; y (ii) todos y cada uno de los coautores, incluido el imputado, deben realizar de manera coordinada sus aportaciones esenciales, cuya suma ha de resultar en la realización de los elementos objetivos del delito (comisión conjunta del delito)” OLÁSOLO Alonso, Héctor. **Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p.494-507.

272 BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. ed. 2 Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p.526; DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal**. Segunda edición ampliada y profundizada. Buenos Aires: Rurinzal – Culzoni Editores, 2002. P. 123-124.

Como principais defensores da instigação como elemento jurídico mais adequado para os casos em que Roxin defende como o domínio por organização, encontram-se Herzberg, Rotsch e Weigend.²⁷³

Roxin diz que os crimes cometidos através de um aparato organizado de poder têm uma representação mais agressiva e perigosa para o bem jurídico do que uma simples instigação, como exemplo Hitler e outros ditadores que se valeram da disposição do aparato de poder para destruir e violar bens jurídicos numa dimensão incomparável com a instigação corriqueira.²⁷⁴

Guimbernat diz não se convencer das ideias de Roxin e objeta a autoria mediata por organização, defendendo a instigação como a forma mais adequada ao caso: “A atividade de Hitler e daqueles de quem surgiu a ideia do genocídio e a maneira de realizá-lo, convencendo outros para executá-lo e estabelecer o aparato que o crime exigia, deve ser qualificada como indução”.²⁷⁵ (Tradução livre)

Para Roxin, a atuação do instigador é, tão somente, despertar no instigado a tomada de decisão, devendo não participar dos acontecimentos seguintes que irão desencadear o ato criminoso, haja vista que implantada a vontade no induzido este terá o domínio do fato.²⁷⁶

273 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 322-323; ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. de Pablo Alfien. **Revista Panóptica, Law E-Journal**. Ano 3, vol. 17, 69-94. 2009. p.73. Disponível em: <file:///C:/Users/lucim/Downloads/O_dominio_por_organizacao_como_forma_ind.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

274 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 323.

275 No original: “*La actividad de Hitler y de aquellos de quienes surgió la idea del genocidio y la forma de llevarlo a cabo, convenciendo a otros para que lo ejecutaran y establecieran el aparato que el delito exigía, ha de ser calificada de inducción*”. ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Autor y cómplice em Derecho penal**. Montevideo: B de F Ltda, 2012. p.163.

276 ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. de Pablo Alfien. **Revista Panóptica, Law E-Journal**. Ano 3, vol. 17, 69-94. 2009. p.74.

De forma contrária, no domínio por organização o “homem de trás” detém o domínio da vontade através do aparato de poder, enquanto o executor direto, apenas, produz o resultado, não podendo realizar qualquer mudança substancial no cumprimento da ordem, pois, ainda que recuse o seu cumprimento, não teria o condão de impedir a vontade do autor mediato que se garante através do aparato organizado de poder.²⁷⁷

Em primeiro lugar, o “instrumento” que permite ao homem de trás a execução de suas ordens não é só e nem principalmente aquele que com as próprias mãos provoca a morte da vítima. O verdadeiro instrumento é antes o aparato como tal. Esta constituído por uma pluralidade de pessoas, que se integram em estruturas pré-estabelecidas, que cooperam em diversas funções relacionadas com a organização e cujo enquadramento assegura ao homem de trás o controlo do resultado. Aquele que age individualmente não tem papel decisivo para as ações da organização, pois pode ter muitos executores dispostos a fazer o que lhes é pedido.²⁷⁸
(Tradução livre)

Disponível em: <file:///C:/Users/lucim/Downloads/O_dominio_por_organizacao_como_forma_ind.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

277 ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. de Pablo Alfien. **Revista Panóptica, Law E-Journal**. Ano 3, vol. 17, 69-94. 2009. p.74. Disponível em: <file:///C:/Users/lucim/Downloads/O_dominio_por_organizacao_como_forma_ind.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

278 No original: “*En primer lugar, el “instrumento” que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquél que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Éste está compuesto por una pluralidad de personas, que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. El que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide*”. ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoria mediata. **Revista de estudios de la justicia**. nº 7 – ano 2006. Facultad de derecho, Universidad de Chile. Disponível em: <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081/15499>> Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.11

Portanto, a instigação e o domínio do fato são categorias de delito totalmente diferentes uma da outra que, certamente, nos crimes ditatoriais que dispõem de um aparato de poder e vitimam massas não se pode compreender como uma instigação poderia desencadear-se num sistema macro criminoso, sendo o mais aceitável a autoria mediata por organização.

4 ESTUDOS DE CASOS: A JURISPRUDÊNCIA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

4.1 O CASO EICHMANN COMO PARADIGMA À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO DE CLAUS ROXIN

Adolf Eichmann foi oficial do alto escalão do sistema nazista alemão – Tenente-coronel da SS (Polícia Secreta do Estado) e Chefe do departamento da RSHA (Escritório de Segurança do Reich) –, considerado criminoso de guerra por ser a figura central na implementação da “Solução Final para a Questão Judaica”²⁷⁹ que culminou na deportação de milhões de judeus de toda a Europa para os guetos e campos de extermínios, cujo procedimento era realizado através dos chamados “Eichmann Männer” – “Homens de Eichmann”.²⁸⁰

Com o fim da guerra em 1945, Eichmann chegou a ser preso pelas autoridades americanas, contudo, conseguiu fugir para a Argentina onde se manteve escondido até ser descoberto e capturado pelo MOSAD – serviço secreto israelense, em maio de 1960.²⁸¹

279 “A ‘Solução Final para a Questão Judaica’, se instituiu com a “Conferência de Wannse”, sendo a última etapa do holocausto nazista alemão, entre 1941 e 1945, com o desiderato sistemático de aniquilação definitiva de assassinatos em massa dos milhões de judeus europeus”. Disponível em: <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/final-solution-overview>> Acesso em 20 de set. de 2022.

280 JULGAMENTO de Eichmann. **Museu Memorial do Holocausto dos Estado Unidos**, Washington, DC. Última edição: 16 Jul 2021. Disponível em: <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/eichmann-trial>> Acesso em 20 de set. de 2022.

281 JULGAMENTO de Eichmann. **Museu Memorial do Holocausto dos Estado Unidos**, Washington, DC. Última edição: 16 Jul 2021. Disponível em: <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/eichmann-trial>> Acesso em 20 de set. de 2022.

Levado a Israel, em 11 de abril de 1961 foi submetido a julgamento pela Corte Distrital de Jerusalém sob as acusações de crimes contra o povo judeu, contra a humanidade, crimes de guerra, dentre outros que se encontravam previstos na Lei Israelense de Punição dos Colaboradores Nazistas, de 1950.²⁸²

Adolf Eichmann foi levado a julgamento neste Tribunal sob a acusações de insuperável gravidade - acusações de crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. O período dos crimes que lhe foram imputados, e seus antecedentes históricos, é o do regime de hitleriano na Alemanha e na Europa, e a contagem de indiciamentos abrange a catástrofe que se abateu sobre o povo judeu durante aquele período - uma história de derramamento de sangue e sofrimento que será recordada até ao fim dos Tempos.²⁸³
(Tradução livre)

Sobre as acusações, Eichmann se declarou inocente, alegando: “com o assassinato dos judeus não tive nada a ver. Nunca matei um judeu, nem um não-judeu – nunca matei nenhum ser humano. Nunca dei uma ordem para matar fosse um judeu fosse um não-judeu; simplesmente não fiz isso”. Em entrevista, seu advogado, Dr. Robert Servatius, declarou: “Eichmann se considera culpado perante Deus, não perante a lei”, infor-

org/content/en/article/eichmann-trial> Acesso em 20 de set. de 2022.

282 ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p.32.

283 District Court of Jerusalem. **Case of Adolf Eichmann. Criminal Case No. 40/61.** 12 December 1961. Primeiro parágrafo. No original: “*Adolf Eichmann has been brought to trial in this Court on charges of unsurpassed gravity - charges of crimes against the Jewish People, crimes against humanity, and war crimes. The period of the crimes ascribed to him, and their historical background, is that of the Hitler regime in Germany and in Europe, and the counts of the indictment encompass the catastrophe which befell the Jewish People during that period - a story of bloodshed and suffering which will be remembered to the end of time.*” PROCURADOR-GERAL contra adolf eichmann. **ICD – INTERNACIONAL CRIMES DATABASE.** Disponível em: <<https://www.internationalcrimes-database.org/Case/192/Eichmann>> Acesso em: 23 de set. de 2022.

mação nunca confirmada pelo réu, talvez, porque quisesse justificar em sua defesa que cumpria “ordens legais”.²⁸⁴

Em Jerusalém, confrontado com as provas documentais da sua extraordinária lealdade a Hitler e à ordem do Führer, Eichmann tentou muitas vezes explicar que durante o Terceiro Reich ‘as palavras do Führer tinham força de lei’ (*Führeworte haben Gesetzeskraft*), o que significava, entre outras coisas, que uma ordem vinda diretamente de Hitler não precisava ser escrita.²⁸⁵

Quanto às alegações de Eichmann de que cumpria ordens hierárquicas do Reich, a Corte de Jerusalém assentou que essa tese de defesa não é reconhecida no direito penal internacional quando fundadas em ordens manifestamente ilegais, como aquelas recebidas pelo próprio Eichmann.²⁸⁶

É evidente que o Acusado sabia bem que a ordem de extermínio físico dos judeus era manifestamente ilegal, e que ao executar esta ordem estava cometendo atos criminosos em grande escala. Para chegar a esta conclusão, não podemos confiar no Acusado, porque, de acordo com o artigo 19(b), saber se uma ordem é manifestamente ilegal é uma questão de lei, deixada para ser decidida pelo Tribunal de acordo com critérios objetivos. Em qualquer caso, citaremos também as suas provas, dadas após muitas desculpas, e como se fosse necessário um grande esforço de sua parte para perceber uma verdade tão simples:²⁸⁷ (Tradução livre – Grifo nosso)

284 ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p.32-33.

285 ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. P. 165.

286 AMBOS, Kai. El caso Eichman. **Anuario del Derecho penal y ciências penales**. Tomo LXVIII, P.79-88. Fascículo único. Gobierno de España. Ministerio de Justicia. 2015. p.96. Disponível em: <<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/issue/view/156/100>> Acesso em: 20 de set. de 2022.

287 District Court of Jerusalem. **Case of Adolf Eichmann. Criminal Case No. 40/61**. 12 December 1961. Parágrafo 221. No original: “Of course, the Accused well knew that the

Meritíssimo, Presidente do Tribunal, uma vez que me pede para contar e dar uma resposta clara, devo declarar que vejo neste assassinato, no extermínio de judeus, um dos crimes mais graves da história da humanidade”. E em resposta ao Juiz Halevi: “**...já naquela época percebi que a solução pelo uso da força era algo ilegal, algo terrível, mas para meu pesar, fui obrigado a lidar com ela em matéria de transporte, por causa do meu juramento de lealdade, do qual não fui libertado**”. (Sessão 95, Vol. IV, pp. xxx35-36) Não só a ordem de extermínio físico era manifestamente ilegal, mas também todas as outras ordens de perseguição aos judeus por serem judeus, apesar de terem sido redigidas na linguagem formal da legislação e da legislação subsidiária, porque estas eram apenas um disfarce para a discriminação arbitrária, contrária aos princípios básicos do direito e da justiça.²⁸⁸ (Tradução livre – Grifo nosso)

order for the physical extermination of the Jews was manifestly illegal, and that by carrying out this order he was committing criminal acts on an enormous scale. To arrive at this finding, we do not have to rely on the Accused, because according to Section 19(b) the question as to whether an order is manifestly illegal is a question of law, left to be decided by the court according to objective criteria. In any case, we shall also quote his evidence in the matter, which he gave after much evasion, and as though it needed a great inner effort on his part to realize such a simple truth:” PROCURADOR-GERAL contra Adolf Eichmann. **ICD - INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/192/Eichmann>> Acesso em: 23 de set. de 2022.

- 288 District Court of Jerusalem. **Case of Adolf Eichmann. Criminal Case No. 40/61**. 12 December 1961. Parágrafo 221. No original: “*Your Honour, President of the Court, since you call upon me to tell and give a clear answer, I must declare that I see in this murder, in the extermination of Jews, one of the gravest crimes in the history of mankind.*” And in answer to Judge Halevi: “*...I already at that time realized that this solution by the use of force was something illegal, something terrible, but to my regret, I was obliged to deal with it in matters of transportation, because of my oath of loyalty, from which I was not released.*” (Session 95, Vol. IV, pp. xxx35-36) Not only the order for physical extermination was manifestly illegal, but also all the other orders for the persecution of Jews because of their being Jews, even though they were styled in the formal language of legislation and subsidiary legislation, because these were only a cloak for arbitrary discrimination, contrary to the basic principles of law and justice. PROCURADOR-GERAL contra Adolf Eichmann.

No que pertine as alegações da defesa de que Eichmann, na condição de subordinado, encontrava-se sob coação ou em estado de necessidade para salvar a própria vida, entendeu o Tribunal que não existia perigo iminente em caso de descumprimento das ordens e que o acusado se mostrava numa atuação de competência diante do cumprimento das suas funções diante do Reich, demonstrando entusiasmo e ambições de poder.²⁸⁹

Certamente o Acusado não era apenas um canal para a transmissão de uma ordem nos termos em que foi recebida, sem alteração de forma e conteúdo. **Se fosse como ele diz, se ele tivesse feito o seu trabalho de uma forma puramente rotineira, teria sido afastado do cargo, e outra pessoa teria sido colocada no seu lugar, porque as atividades da Seção IVB4 estavam longe de ser rotineiras.** Mas não foi assim, pois o Acusado foi elogiado pelo seu superior direto, Mueller, que disse a seu respeito: “Se tivéssemos tido cinquenta Eichmanns, deveríamos ter ganho automaticamente a Guerra” (Sessão 98, Vol. IV, pp. xxxx17-18; T/1432 (6)). Não acreditamos que o Acusado tenha se referido apenas às suas últimas atividades, especificamente a preparação de seu escritório por ocasião da Batalha de Berlim, mas sim uma avaliação concisa acerca de todas as suas atividades realizadas sob o comando de Mueller.²⁹⁰ (Tradução livre – Grifo nosso)

ICD - INTERNATIONAL CRIMES DATABASE. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/192/Eichmann>>. Acesso em: 23 de set. de 2022.

289 AMBOS, Kai. **El caso Eichman.** Anuario del Derecho penal y ciencias penales. Tomo LXVIII, P.79-88. Fascículo único. Gobierno de España. Ministerio de Justicia. 2015. p.97. Disponível em: <<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/issue/view/156/100>>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

290 District Court of Jerusalem. **Case of Adolf Eichmann.** Criminal Case No. 40/61. 12 December 1961. Parágrafo 232. No original: “*Certainly the Accused was not only a channel for the passing on of an order as received, without change of form and content. Had it been as he says, had he done his work in a purely routine manner, he would have been removed from office, and someone else would have been put in his place, because the activities of Section IVB4 were far from being routine. But it was not so, for the Accused was praised by his direct superior, Mueller, who said of him: ‘If we had had fifty Eichmanns, we should*

Assim, também, foi a defesa dos perpetradores nazistas no julgamento do Tribunal Militar Internacional, em Nuremberg, que fez com que Roxin se preocupasse em delimitar os pressupostos do domínio da organização e dos casos de erro e de coação.

Roxin foi enfático para declarar que no caso dos dirigentes nazistas que comandaram o extermínio judeu não se podia considerar que estivessem sob o domínio da vontade em face da coação, tendo em vista que em nenhum momento foi provado qualquer execução ou prisão como forma de penalidade pela negativa do cumprimento das ordens do sistema nazista, podendo o máximo da pena ter sido uma transferência ou uma promoção funcional.²⁹¹

Da mesma forma, não se aplicou a obediência devida como causa de exculpação aos executores materiais, nem mesmo o domínio mediante erro, por acreditarem equivocadamente que a causa de justificação lhe fosse aplicável.

Quanto à fundamentação da responsabilidade penal de Eichmann, a Corte de Jerusalém não acatou o argumento acusatório da mera pertença²⁹² a um grupo criminoso que já havia sido declarado como tal pelo Tribunal Militar Internacional – TMI, em Nuremberg, quando do julgamento dos demais nazistas. Para os Juízes de Israel, havia a necessidade de

automatically have won the War' (Session 98, Vol. IV, pp. xxx17-18; T/1432 (6)). We do not believe the Accused that this statement referred only to his last activities, namely the preparation of his office building in readiness for the Battle of Berlin, but that it was a concise evaluation of all his activities carried out under Mueller". PROCURADOR-GERAL CONTRA ADOLF EICHMANN. ICD - INTERNATIONAL CRIMES DATABASE. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/192/Eichmann>>. Acesso em: 26 de set. de 2022.

291 CABANA, Patrícia Faraldo. **Responsabilidad penal del dirigente em estructuras jerárquicas**; la autoría mediata com aparatos organizados de poder. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 26-27.

292 AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para una elaboración dogmática. Tradução Ezequiel Malarino. Montevideú, Uruguai: Konrad-Adenauer, 2005. p.81.

provar a atuação efetiva de Eichmann no cometimento dos delitos através de uma conduta ativa.²⁹³

O outro rechaço à acusação foi não reconhecer a figura da *conspiração* como mero fato criminoso, pois, além da existência de provas de conspiração, exigia-se, ainda, a necessidade de demonstrar uma participação efetiva de Eichmann na “Solução Final”.²⁹⁴

Não consideramos que uma pessoa que consinta na prática de um ato ou de atos criminosos (porquanto esta é a essência da conspiração) se torne *ipso facto* responsável, sem quaisquer fundamentos adicionais de culpabilidade, como agente efetivo de todos esses atos. [...] Tal responsabilidade exige [...] algo mais do que o mero consentimento, como solicitar, ajudar, encorajar e até mesmo no caso extremo da existência de um propósito comum, [...] ao menos a presença do acusado durante a prática do crime.²⁹⁵ (Tradução livre)

O Tribunal de Jerusalém percebeu que se utilizando da teoria usual da participação não teria como adequar os atos criminosos do nazista ao tipo penal incriminador. Para resolver a questão, decidiu reconhecer que a responsabilidade penal individual do “homem de trás”, que domina o fato, aumentava à medida em que se encontrava mais distante do executor, pois, diante de um crime de massa, é difícil identificar de forma técnica

293 AMBOS, Kai *Et al.* **Eichmann em Jerusalém**: 50 anos depois. Organização Paulo de Sousa Mendes, Luis Pereira Coutinho. Ed 1. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 178.

294 AMBOS, Kai *Et al.* **Eichmann em Jerusalém**: 50 anos depois. Organização Paulo de Sousa Mendes, Luis Pereira Coutinho. Ed 1. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 179.

295 District Court of Jerusalem. **Case of Adolf Eichmann**. Criminal Case No. 40/61. 12 December 1961. Parágrafo 188. No original: “We do not consider that a person who consents to the perpetration of a criminal act or acts (for this is the essence of the conspiracy), makes himself *ipso facto* liable, without any additional ground of responsibility, as actual perpetrator of all those acts [...]. Such responsibility demands [...] something more than mere consent, such as soliciting, aiding, abetting, and even in the extreme case of common purpose, [...] at least the presence of the Accused at the commission of the crime”. PROCURADOR-GERAL contra Adolf Eichmann. **ICD - INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/192/Eichmann>> Acesso em: 26 de set. de 2022.

quem efetivamente auxilia quem, sendo mais crível identificar aquele que tem o nível mais elevado das ordens, o indutor.²⁹⁶

O Tribunal, que enfatiza expressamente que é necessário “considerar o acusado, pessoalmente, em qualquer caso como autor da ação punível”, adverte com toda razão que “nestes crimes de proporções gigantescas e múltiplas ramificações..., das quais muitas pessoas participaram em diferentes cargos da escala de comando (planejadores, organizadores e órgãos executores de diferentes escalões) não convém recorrer à aplicação dos conceitos do indutor e do cúmplice” **Os juízes aludem à especial dificuldade de “definir, em termos técnicos, quem ajudou quem”, e para estimar a autoria invocam definitivamente a natureza desses crimes de “crimes em massa”, que exclui a aplicação das categorias normais da participação.**²⁹⁷ (Tradução livre – Grifos nosso)

Para Roxin, Eichmann não foi um mero executor, também deu ordens a seus subordinados, e isso demonstrou que o sistema atuou transformando alguns súditos de trás para frente em autores mediatos.²⁹⁸

296 AMBOS, Kai. **Direito Penal: Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos.** Trad. Pablo Rodrigo Alfien. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p.63-64.

297 No original: *El Tribunal, que subraya expresamente que hay que “considerar al inculpa-do, personalmente, en todo caso como autor de la acción punible”, advierte con toda razón que «en estos crímenes de proporciones gigantescas y múltiples ramificaciones..., en los que han participado muchas personas en distintos puestos de la escala de mando (planificadores, organizadores y órganos ejecutores de distinto rango) no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes del inductor y del cómplice». Los jueces aluden a la especial dificultad de “definir, en términos técnicos, quién ha auxiliado a quién”, y para estimar autoria invocan en definitiva el carácter de estos delitos de “crímenes en masa”, que excluye la aplicación de las categorías normales de la participación.* ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal.** Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 272.

298 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal.** Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 272.

Porém, a Corte de Justiça de Israel não aplicou efetivamente a *teoria do domínio do fato*, haja vista que ela só foi idealizada após o julgamento que lhe serviu de paradigma para a nova forma de autoria – a *autoria mediata em virtude de aparato organizado de poder* – apresentada por Roxin.

Contudo, ficou evidente que a Corte Distrital de Jerusalém não seguiu o modelo diferenciador ou dualista da participação, que visa individualizar as formas de comparticipação, utilizou-se do sistema unitário de autor que dispensa identificar a forma de participação no delito, mas sim identificar a forma de atuação causal para o resultado criminoso.²⁹⁹

O Tribunal fundamentou a responsabilidade de Eichmann pela sua participação na organização coletiva da “Solução Final”, optando por qualquer forma de comparticipação, não a identificando dentre os tipos de autoria, quer seja direta ou coautoria ou, ainda, como uma forma de cumplicidade, senão vejamos:

[...] **todos os atos perpetrados durante a execução da Solução Final da Questão Judaica devem ser tidos em conta como um só todo**, e a responsabilidade do acusado deve ser determinada em conformidade com isso.³⁰⁰ (Tradução livre - Grifo nosso)

Por este motivo, o Acusado será condenado (se não for encontrada motivação para os seus atos) pelo **crime geral** da “Solução Final” em todas as suas formas, **como cúmplice da prática do crime**, e a sua condenação estender-se-á a todos os múltiplos atos que compõem esse crime, tanto os atos em que tomou parte ativa em

299 AMBOS, Kai *et al.* **Eichmann em Jerusalém**: 50 anos depois. Organização Paulo de Sousa Mendes, Luis Pereira Coutinho. Ed 1. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 180-181.

300 District Court of Jerusalem. **Case of Adolf Eichmann**. Criminal Case No. 40/61. 12 December 1961. Parágrafo 190. No original: “[...] *all the acts perpetrated during the implementation of the Final Solution of the Jewish Question are to be regarded as one single whole, and the Accused’s criminal responsibility is to be decided upon accordingly*”. PROCURADOR-GERAL contra Adolf Eichmann. **ICD - INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/192/Eichmann>> Acesso em: 26 de set. de 2022.

seu próprio setor como os atos cometidos pelos seus cúmplices em outros setores do fronte.³⁰¹ (Tradução livre – Grifo nosso)

A decisão faz referência explícita do que Roxin trata como *aparato de poder*, no caso, a organização criminosa nazista, e o tem como sendo o verdadeiro instrumento do crime:

Desde o início ficou claro que **era necessário um aparelho complexo aparelho para executar a tarefa**. Todos aqueles que tiveram ciência do segredo do extermínio, a partir de uma certa patente, estavam também cientes de que tal aparelho existia e estava em funcionamento, **embora nem todos eles soubessem como operava cada parte da máquina, com que meios, a que ritmo, e nem sequer em que local**. Assim, a campanha de extermínio foi um único ato abrangente, **que não pode ser dividido em atos ou operações realizadas por diversas pessoas em momentos e locais diferentes**. Uma equipe de pessoas realizou-o conjuntamente a todo o tempo e em todos os locais.³⁰²(Tradução livre i Grifos nosso)

301 District Court of Jerusalem. **Case of Adolf Eichmann**. Criminal Case No. 40/61. 12 December 1961. Parágrafo 195. Tradução do revisor da obra. No original: *“Hence, the Accused will be convicted (if no justification for his acts are found) of the general crime of the “Final Solution” in all its forms, as an accomplice to the commission of the crime, and his conviction will extend to all the many acts forming part of that crime, both the acts in which he took an active part in his own sector and the acts committed by his accomplices to the crime in other sectors on the same front”*. PROCURADOR-GERAL contra Adolf Eichmann **ICD - INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/192/Eichmann>>Acesso em: 26 de set. de 2022.

302 District Court of Jerusalem. **Case of Adolf Eichmann**. Criminal Case No. 40/61. 12 December 1961. Parágrafo 193. No original: *“It was therefore clear from the outset that a complicated apparatus was required to carry out the task. Everyone who was let into the secret of the extermination, from a certain rank upwards, was aware, too, that such an apparatus existed and that it was functioning, although not everyone of them knew how each part of the machine operated, with what means, at what pace, and not even at which place. Hence, the extermination campaign was one single comprehensive act, which cannot be divided into acts or operations carried out by various people at various times and in different places. One team of people accomplished it jointly at all times and in all places.”* PROCURADOR-GERAL CONTRA ADOLF EICHMANN ICD - INTERNATIONAL

No final, o que ficou realmente decidido pela Suprema Corte Distrital de Jerusalém foi reconhecer a responsabilidade de Eichmann de uma forma igualitária a qualquer pessoa que tivesse participado da organização criminosa nazista, senão, vejamos parte do acórdão.³⁰³

Mas, mais importante do que isso: Num crime tão enorme e complexo como aquele que estamos agora a analisar, em que muitas pessoas participaram em vários níveis e através de vários modos de atuação- os planejadores, os organizadores e os executores dos atos, de acordo com as suas várias patentes- **não faz muito sentido utilizar os conceitos ordinários de incitação ao cometimento de um crime.** Pois estes crimes foram cometidos em massa, não só em relação ao número de vítimas, mas também em relação ao número de executores, e o fato de os criminosos estarem próximos ou afastados do verdadeiro assassino da vítima, não traz repercussões no que diz respeito à medida da sua responsabilidade. Pelo contrário, **em geral, o grau de responsabilidade aumenta à medida que nos afastamos do homem que utiliza o instrumento fatal com as suas próprias mãos e chegamos aos níveis mais elevados de comando,** os “conselheiros” na linguagem da nossa Lei. Quanto às vítimas que não morreram, mas que foram colocadas em condições de vida calculadas para provocar a sua destruição física, é especialmente difícil definir em termos técnicos quem foi cúmplice de quem: aquele que perseguiu as vítimas e as deportou para um campo de concentração, ou aquele que as obrigou a trabalhar lá.³⁰⁴ (Tradução livre - Grifos nosso)

CRIMES DATABASE. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/192/Eichmann>> Acesso em: 26 de set. de 2022.

303 AMBOS, Kai *Et al.* **Eichmann em Jerusalém**: 50 anos depois. Organização Paulo de Sousa Mendes, Luís Pereira Coutinho. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 182.

304 District Court of Jerusalem. Case of Adolf Eichmann. Criminal Case No. 40/61. 12 December 1961. Parágrafo 198. No original: “*But more important than that: In such an enormous and complicated crime as the one we are now considering, wherein many people participated at various levels and in various modes of activity - the planners, the organizers and those*

A fundamentação se adequou muito mais ao *domínio por organização*, embora não existisse tal ideia naquele momento, mas, ficou evidenciado que Eichmann não era um fantoche nas mãos de outras pessoas do sistema nazista, mas sim um homem de lugar de destaque dentro do sistema hierarquizado, à vista de sua ostentação pela responsabilidade administrativa da “Solução Final”.³⁰⁵

De forma ilustrativa, vejamos as informações sobre a Conferência de Wannsee em Berlin, que culminou na “Solução Final” para os judeus.

A conversa na Conferência de Wannsee, **conforme Eichmann – que fez as minutas – mais tarde admitiu, foi sobre matança**, muitas vezes expressa ‘em palavras muito grosseiras [...] totalmente fora da linguagem legal’. As minutas atenuaram isso, mas em postos-chave deixam claro que todos os judeus da Europa pereceriam de um jeito ou de outro. Quase todos os homens ao redor da mesa em algum momento tinham dado ordens diretas para matar judeus – quatro deles haviam ordenado ou dirigido os assassinatos em massa levados a cabo pelas forças-tarefa do Serviço de Segurança da SS, **tanto Eichmann quanto Martin**

executing the acts, according to their various ranks - there is not much point in using the ordinary concepts of counselling and soliciting to commit a crime. For these crimes were committed en masse, not only in regard to the number of the victims, but also in regard to the numbers of those who perpetrated the crime, and the extent to which any one of the many criminals were close to, or remote from, the actual killer of the victim, means nothing as far as the measure of his responsibility is concerned. On the contrary, in general, the degree of responsibility increases as we draw further away from the man who uses the fatal instrument with his own hands and reach the higher ranks of command, the “counsellors” in the language of our Law. As regards the victims who did not die but were placed in living conditions calculated to bring about their physical destruction, it is especially difficult to define in technical terms who abetted whom: he who hunted down the victims and deported them to a concentration camp, or he who forced them to work there” PROCURADOR-GERAL contra Adolf Eichmann ICD - INTERNATIONAL CRIMES DATABASE. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/192/Eichmann>> Acesso em: 26 de set. de 2022.

305 AMBOS, Kai. Direito Penal: Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Trad. Pablo Rodrigo Alfien. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p.64.

Luther, do Ministério de Relações Exteriores, haviam exigido explicitamente que todos os judeus da Sérvia fossem fuzilados, ...”³⁰⁶ (Grifos nosso)

No julgamento realizado pelo Tribunal Militar Internacional –TMI, em Nuremberg, a responsabilidade criminal recaiu sobre as autoridades das mais altas patentes militares e política-administrativas do sistema nazista alemão, como Hitler, Goebbels, Himmler, Goering e outros. Do mesmo modo, nos processos da extinta RDA – República Democrática Alemã,, a responsabilidade criminal recaiu sobre o Conselho Nacional de Defesa, que era representado pelos generais, membros da mais alta hierarquia do sistema criminoso.³⁰⁷

No caso Eichmann, a sua posição hierárquica dentro do sistema de poder não era das mais altas, tratava-se de um funcionário de cargo elevado que exercia a função de diretor do relatório IVB4 na Agência Central de Segurança do Reich (RSHA), responsável pelas deportações dos judeus.³⁰⁸

Vê-se, portanto, que no Tribunal Militar Internacional – TMI, e nos processos da extinta RDA – República Democrática Alemã, os réus eram membros de direção de Estado, enquanto Eichmann se mantinha numa posição hierárquica intermediária, distante dos principais criminosos de guerra. Com isto, suscita-se a seguinte questão: Eichmann, na sua posição de hierarquia intermediária no sistema nazista alemão, detinha o domínio do fato?³⁰⁹

306 EVANS, Richard J. **O terceiro reich em guerra**. Tradução Lúcia Brito, Solange Pinheiro. 2. Ed - São Paulo: Planeta, 2014. p.310.

307 AMBOS, Kai. **Direito Penal: Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p.65.

308 AMBOS, Kai. **Direito Penal: Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p.65.

309 AMBOS, Kai. **Direito Penal: Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p.65.

Vejamos como o Tribunal Distrital de Jerusalém sintetizou a função exercida por Eichmann dentro do sistema nazista alemão.

Descobrimos que no RSHA (Reichssicherheitshauptamt), a autoridade central que tratava da “Solução Final” do problema Judeu, o acusado estava no topo daqueles que assumiram o comando para realizar a “Solução Final”. No cumprimento desta tarefa, o acusado agiu na conformidade das diretrizes gerais de seus superiores, **mas ainda manteve amplos poderes discricionários para o planejamento de operações de iniciativa própria. Ele não era um fantoche nas mãos dos outros;** seu lugar era entre aqueles que puxaram as cordas. Deve-se acrescentar [...] que a atividade do acusado era mais vigorosa no próprio Reich e em outros países de onde os judeus foram enviados para a Europa do Leste; mas também se distribuiu amplamente por distintas partes da Europa Ocidental.³¹⁰ (Tradução livre – Grifo nosso)

No julgamento realizado pelo Tribunal Militar Internacional - TMI, em Nuremberg, não houve dificuldades, os fundamentos jurídicos se pautaram na equiparação das condutas de apoio através da participação, com as condutas de execução, exigindo-se, contudo, uma prova genérica da

310 *“Hallamos que en la RSHA (Reichssicherheitshauptamt), la autoridad central que se ocupaba de la «Solución Final» del problema judío, el acusado estaba en la cúspide de aquellos que se encargaban de llevar a cabo la «Solución Final». En el cumplimiento de esa tarea, el acusado actuó de conformidad con las directivas generales de sus superiores, pero de todos modos mantenía poderes discrecionales amplios para el planeamiento de operaciones de su propia iniciativa. Él no era una marioneta en manos de otros; su lugar estaba entre aquellos que tiraban de las cuerdas. Debe añadirse [...] que la actividad del acusado era más vigorosa en el propio Reich y en otros países desde los cuales los judíos fueron despachados hacia Europa del Este; pero también se distribuyó ampliamente por distintas partes de Europa del Este”* A-G Israel v. Eichmann, (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén). La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 29 de mayo de 1962: A-G Israel v. Eichmann (1968) 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel). In AMBOS, Kai. El caso Eichman. **Anuario del Derecho penal y ciencias penales**. Tomo LXVIII, P.79-88. Fascículo único. Gobierno de España. Ministerio de Justicia. 2015. p.80. Disponível em: <<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/issue/view/156/100>>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

participação criminosa. Este fundamento pautou-se na teoria da participação acerca do conceito unitário de autor, não tendo, assim, que distinguir autor de partícipe, muito menos levantar a tese da autoria mediata em face do domínio por organização.³¹¹

Por fim, no caso Eichmann, a decisão final se pautou na sua participação da “Solução Final”, não se concluindo por uma forma própria de autoria ou de cumplicidade, pois, ainda que tenha havido por parte do Tribunal a recusa de reconhecer uma responsabilidade coletiva propriamente dita, o ponto central do julgamento se deu efetivamente sobre a organização coletiva da “Solução Final”, conforme se vê em parte da decisão:

[...] todos os atos perpetrados durante a implementação da Solução Final da Questão Judaica devem ser considerados como um só todo, e a responsabilidade criminal do Acusado deve ser decidida em conformidade com isso. [...] ³¹² (Tradução livre – Grifo nosso)

Por este motivo, **o acusado será condenado** (se não for encontrada qualquer justificativa para os seus atos) **pelo crime geral da “Solução Final” em todas as suas formas, como cúmplice da prática do crime, e a sua condenação estender-se-á a todos os atos que compõem esse crime**, tanto os atos em que participou ativamente no seu próprio setor como os atos cometidos pelos seus cúmplices noutros setores no mesmo front. ³¹³ (Tradução livre - Grifos nosso)

311 AMBOS, Kai. **Direito Penal: Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos.** Trad. Pablo Rodrigo Alfien. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p.65-66.

312 District Court of Jerusalem. **Case of Adolf Eichmann. Criminal Case No. 40/61.** 12 December 1961. Parágrafo 190. No original: “[...] *all the acts perpetrated during the implementation of the Final Solution of the Jewish Question are to be regarded as one single whole, and the Accused’s criminal responsibility is to be decided upon accordingly.*” PROCURADOR – GERAL contra Adolf Eichmann **ICD - INTERNATIONAL CRIMES DATABASE.** Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/192/Eichmann>>. Acesso em: 26 de set. de 2022.

313 District Court of Jerusalem. **Case of Adolf Eichmann.** Criminal Case No. 40/61. 12 December 1961. Parágrafo 195. No original. “*Hence, the Accused will be convicted (if no justification*

Segundo Kai Ambos, de certo modo, o Tribunal Distrital de Jerusalém trouxe à luz a compreensão para que os casos concernentes aos macrocrimes sejam tratados na medida da sua especificidade, pois a forma comum individual de autoria e participação usual no direito nacional não se coaduna aos casos relacionados à criminalidade sistêmica no contexto macro criminal, tendo em vista o complexo sistema criminoso e organizado que executa suas ações através da junção de atos individuais e coletivos.³¹⁴

4.2 O PIONEIRISMO DA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA AUTORIA MEDIATA EM VIRTUDE DE APARATO ORGANIZADO DE PODER PELA CÂMARA NACIONAL DE APELAÇÃO E PELA CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA DA ARGENTINA

Em 06 de novembro de 2002, em conferência na Universidade Lusíada, Lisboa, o professor Claus Roxin³¹⁵ fez o registro de que embora a jurisprudência alemã, por 25 anos, tivesse ignorado a sua tese da *teoria do domínio do fato*, que poderia ter sido útil nos julgamentos dos crimes perpetrados pelo nacional-socialismo alemão, ainda assim, teve acolhida na doutrina dominante.

Contudo, só na década de 80, no julgamento dos crimes perpetrados durante a ditadura militar é que a jurisprudência estrangeira, através

for his acts are found) of the general crime of the "Final Solution" in all its forms, as an accomplice to the commission of the crime, and his conviction will extend to all the many acts forming part of that crime, both the acts in which he took an active part in his own sector and the acts committed by his accomplices to the crime in other sectors on the same front." .” PROCURADOR – GERAL contra Adolf Eichmann **ICD - INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/192/Eichmann>>. Acesso em: 26 de set. de 2022.

314 AMBOS, Kai *et al.* **Eichmann em Jerusalém**: 50 anos depois. Organização Paulo de Sousa Mendes, Luís Pereira Coutinho. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 183.

315 ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>>. Acesso em 13 de nov. de 2022. p. 42-43.

do Tribunal de Apelação e do Supremo Tribunal de Justiça argentino, adotaram a *teoria do domínio do fato*³¹⁶.

Com a reinserção da democracia no Estado Argentino, a Presidência da República voltou a ter um presidente eleito democraticamente, desta vez, Raúl Ricardo Alfonsín, que, em 13 de dezembro de 1983, publicou o decreto presidencial nº 158/83 para investigar, processar e punir os culpados dos crimes contra a humanidade, homicídio, tortura e desaparecimento forçado de milhares de pessoas no período da ditadura militar argentina. Confira:

Considerando que: A junta militar que usurpou o governo da nação em 24 de março de 1976 e os comandantes orgânicos das forças armadas que estavam no poder naquela data conceberam e implementaram um plano de operações contra a atividade subversiva e terrorista, baseado em métodos e procedimentos manifestamente ilegais.

Que entre aproximadamente 1976 e 1979, milhares de pessoas foram ilegalmente privadas de sua liberdade, torturadas e mortas como resultado da aplicação desses procedimentos de luta inspirados pela totalitária “doutrina de segurança nacional”.

(...)

Art.1º Submeter a julgamento sumário perante o Conselho Supremo das Forças Armadas os **membros da Junta Militar** que usurparam o governo da Nação em 24 de março de 1976 e os membros das duas juntas militares subsequentes, Tenente-General **Jorge R. Videla**, General de Brigada **Orlando R. Agosti**, Almirante de Esquadra **Emilio A. Massera**, Tenente-General **Roberto E. Viola**, General-de-Brigada **Omar D. R. Graffigna**, Almirante Armando **J. Lambruschini**, Tenente-General

316 CABANA. Patrícia Faraldo. **Responsabilidad penal del dirigente em estructuras jerárquicas**; la autoría mediata com aparatos organizados de poder. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p.32-33

Leopoldo F. Galtieri, General-de-Brigada **Basílio Lami Dozo** e Almirante **Jorge I. Anaya**.

Art.2º Tal acusação incidirá sobre os **crimes de homicídio, privação ilegal de liberdade e tormento de detidos**, sem prejuízo dos autores, instigadores ou cúmplices imediatos ou **mediadores dos oficiais superiores** a que se refere o art. 1º.³¹⁷

Os acontecimentos ocorreram em 24 de março de 1976, quando uma Junta militar composta pelos comandantes do exército, da marinha e da aeronáutica argentina empreenderam um golpe de Estado sobre a então presidente da Argentina, María Estela Martínez de Perón, a “Isabelita Perón”. Os militares assumiram o poder indicando o general Jorge Rafael Videla como novo comandante para presidir o país.³¹⁸

O período de exceção autodenominado de “Processo de Reorganização Nacional”, perdurou entre os anos de 1976 e 1981, momento em que outros militares assumiram o comando do país, como os generais, Roberto Eduardo Viola, Leopoldo Galtieri e Reynaldo Bignone, cujo regime ditatorial resultou na morte de mais de 30 (trinta) mil pessoas.³¹⁹

As forças militares, com total poder de comando, atuaram sem precedentes com a finalidade de dizimar grupos terroristas de esquerda, o que ocasionou, também, a violência indiscriminada contra a população

317 DECRETO Presidencial para Prosecute Juntas Militares – 158/83 – 13 de dezembro de 1983. Sumário do Julgamento perante o Conselho Superior das Forças Armadas. Publicado no **Diário Oficial da União** de 15/12/86. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/document/nacional/decr158.htm>>. Acesso em: 08 de dez. de 2022.

318 KOBASHI, N. Y.; JATENE, C. V.; CRIVELANTE, M. R. Lugares de memória e resistência da América Latina: levantamento, organização e difusão de informações em um website. **PerCursos**, Florianópolis, v. 20, n. 42, p. 159 - 185, 2019. DOI: 10.5965/1984724620422019159. Disponível em: <<https://www.revistas.udesc.br/index.php/percursos/article/view/1984724620422019159>>. Acesso em: 8 de dez. 2022. p.172.

319 KOBASHI, N. Y.; JATENE, C. V.; CRIVELANTE, M. R. Lugares de memória e resistência da América Latina: levantamento, organização e difusão de informações em um website. **PerCursos**, Florianópolis, v. 20, n. 42, p. 159 - 185, 2019. DOI: 10.5965/1984724620422019159. Disponível em: <<https://www.revistas.udesc.br/index.php/percursos/article/view/1984724620422019159>>. Acesso em: 8 de dez. 2022. p.172.

Argentina. Os militares criaram centros clandestinos de detenção que tinham o objetivo de encarcerar, inquirir e torturar pessoas consideradas subversivas à nova ordem.³²⁰

A Argentina foi dividida em zonas militares, cujos comandantes regionais, oficiais de médio escalão hierárquico, dispunham de total autonomia para o cumprimento da missão de sequestrar os suspeitos de subversão.³²¹

4.2.1 A acusação do Promotor Julio Strassera

A acusação Ministerial de primeira instância ficou a cargo do Promotor de Justiça, Julio Strassera, que logo no início da peça acusatória identificou e selecionou mais de 709 (setecentos e nove) casos de violações de direitos humanos perpetrados pelas Juntas militares argentinas, qualificando-as como o maior genocídio da história daquele país.³²²

Segundo a denúncia, a violência se estendeu não por exclusividade da esquerda revolucionária, mas, também, pela “Tríplice A”, ou “Aliança Anticomunista Argentina – AAA”, que se tratava de um grupo paramilitar extremista de direita que atuava nos interesses do governo anterior de Isabelita Peron – 1974-1976.³²³

O Promotor Strassera, na denúncia, alerta o fato de que após o golpe de 1976, a “Tríplice Aliança Anticomunista Argentina” não mais foi vista em ação como tal, porque, a partir de então, em comunhão com as

320 OLÁSOLO Alonso, Héctor. **Tratado de autoria y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 233-234.

321 OLÁSOLO Alonso, Héctor. **Tratado de autoria y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 233-234.

322 STRASSERA, J.C. **La acusación**: Lucimiento de un fiscal. 1985. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/fiscal02.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2022. n.p.

323 LÓPEZ DE LA TORRE, C. F. La Alianza Anticomunista Argentina. Análisis de su trayectoria y articulaciones represivas. **Estudios Sociales del Estado**, [S. l.], v. 6, n. 12, p. 155-193, 2020. DOI: 10.35305/ese.v6i12.233. Disponível em: <<https://www.estudiossocialesdelestado.org/index.php/ese/article/view/233>>. Acesso em: 27 dec. 2022. p. 156-157.

juntas militares, passou a integrar o próprio Estado atuando nos interesses espúrios dos Militares.³²⁴

O Ministério Público reconheceu que embora houvesse os fortes ataques das guerrilhas contra o Estado democrático de direito, haveria a necessidade de uma reação legítima do Estado em defesa da democracia, porém o que aconteceu foi um contra-ataque truculento de proporções desarrazoadas das Juntas Militares, que utilizou os mesmos métodos criminais de guerrilhas, transformando-se num verdadeiro aparato organizado de poder à margem da legalidade e inserida dentro do próprio Estado.

Os guerrilheiros sequestraram, torturaram e mataram. E o que o Estado fez para combatê-los? Sequestrar, torturar e matar numa escala infinitamente maior e, o que é mais grave, fora do ordenamento jurídico instalado por ele mesmo, cuja estrutura pretendia nos mostrar os excessos dos subversivos.³²⁵ (Tradução livre)

A acusação Ministerial fez evidenciar que durante o período em que as Juntas Militares se mantiveram no poder, houve a supressão do devido processo legal com as delações e inquirições sob torturas, bem como os julgamentos contra os subversivos do regime, cuja forma de decisão era o gesto neroniano do polegar virado para cima ou para baixo, como re-

324 *“Pero mucho más grave que la desfachatada justificación desde el gobierno, es el hecho incontrovertible que las Tres A desaparecen de la escena a partir del golpe de Estado del 24 de marzo de 1976. Porque, señores jueces, de esa fecha en adelante la más empeñosa búsqueda para detectar un hecho de esa organización resulta estéril. Por qué? La respuesta es obvia; porque se integran al Estado. Porque la complicidad tolerante cedió paso a la acción directa, pasando sus miembros a revistar en los cuadros permanentes de la represión bajo la forma de las temibles patotas”.* STRASSERA, J.C. **La acusación:** lucimiento de un fiscal. 1985. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/fiscal02.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2022. n.p.

325 No original: *“Los guerrilleros secuestraban, torturaban y mataban. Y qué hizo el Estado para combatirlos? Secuestrar, torturar y matar en una escala infinitamente mayor y, lo que es más grave, al margen del orden jurídico instalado por él mismo, cuyo marco pretendía mostrarnos como excedido por los sediciosos”.* STRASSERA, J.C. **La acusación:** lucimiento de un fiscal. 1985. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/fiscal02.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2022. n.p.

sultado de uma absolvição ou condenação, o que foi fator suficiente para caracterizar as graves violações contra os direitos humanos.³²⁶

Ainda na peça acusatória, o Promotor Strassera recorre a jurisprudência internacional nos casos Staschinskij e Eichmann e na própria jurisprudência argentina, no caso Calaza, para reconhecer como forma de autoria dos crimes perpetrados pelos denunciados, a autoria mediata por organização.³²⁷

Com o respaldo dessas premissas, o Ministério Público considerou que os réus haviam sido autores mediatos dos crimes cometidos por pessoas sob seu comando, uma vez que dominaram o ato por meio de um aparato organizado de poder que lhes permitia sobredeterminar a causalidade pela fungibilidade dos executores, o que assegurou a consumação do crime.

O acusador entendeu que a qualidade de autor mediato derivava tanto do texto do art. 514 do Código de Justiça Militar, bem como a última parte do art. 45 do Código Penal na medida em que estende a pena prevista no crime a quem tiver determinado outrem a praticá-lo.³²⁸
(Tradução livre)

326 *“Al suprimirse el juicio, se produjo una verdadera subversión jurídica; se substituyó la denuncia por la delación, el interrogatorio por la tortura y la sentencia razonada por el gesto neroniano del pulgar hacia abajo”.* STRASSERA, J.C. **La acusación:** Lucimiento de un fiscal. 1985. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/fiscal02.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2022. n.p.

327 STRASSERA, J.C. **La acusación:** Lucimiento de un fiscal. 1985. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/fiscal02.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2022. n.p.

328 No original: *“Con apoyo de esas premisas, el Ministerio Público consideró que los enjuiciados han sido autores mediatos de los delitos cometidos por el personal bajo su mando, pues dominaron el hecho a través de un aparato organizado de poder que les permitid sobredeterminar la causalidad mediante la fungibilidad de los ejecutores, lo que aseguró la consumación del delito.*

Entendió el acusador que la calidad de autor mediato derivaba tanto del texto del art. 514 del Código de Justicia Militar, como de la última parte del art. 45 del Código Penal en cuanto extiende la pena prevista en el delito a quienes hubieran determinado a otro a cometerlo”. **Sentencia: condena y absoluciones. Juicio a los comandantes em jefe.**

Diante das provas colhidas na investigação, o Ministério Público entendeu por denunciar os nove membros das Juntas Militares³²⁹ pelos crimes praticados contra a humanidade, crimes de homicídio, sequestro, roubo, privação de liberdade, falsidade ideológica de documento público, extorção, supressão de documentos, subtração de crianças e outros mais, sob o seguinte fundamento:

Com o apoio destas premissas, o Ministério Público considerou que os acusados foram autores mediados dos crimes cometidos por pessoas sob o seu comando, uma vez que dominaram o fato através de um aparato organizado de poder que lhes permitiu sobredeterminar a causalidade por meio de fungibilidade dos executores, o que garantiu a consumação do crime. O Ministério Público entendeu que a qualidade de autor mediato derivou tanto do texto do artigo 514 do Código de Justiça Militar, como da última parte do artigo 45 do Código Penal, na medida em que se estende a pena prevista na infração a quem induziu outrem a cometê-lo.³³⁰ (Tradução livre. Grifos nossos)

Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/conde.html>>. Acesso em: 18 de dez. 2022.

- 329 O tenente-general Jorge Rafael Videla, o almirante de esquadra Emílio Eduardo Massera, o general de brigada Orlando Ramón Agosti, o tenente-general Roberto Eduardo Viola, o almirante Armando J. Lambruschini, o tenente-general Leopoldo Fortunado Galtieri, o general de brigada Omar Rubens Graffigna, o almirante Jorge Isaac Anaya e o general de brigada Basilio Lami Dozo. STRASSERA, J.C. **La acusación:** lucimiento de un fiscal. 1985. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/fiscal02.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2022. n.p.
- 330 No original: “*Con apoyo de esas premisas, el Ministerio Público consideró que los enjuiciados han sido autores mediatos de los delitos cometidos por el personal bajo su mando, pues dominaron el hecho a través de un aparato organizado de poder que les permitid sobredeterminar la causalidad mediante la fungibilidad de los ejecutores, lo que aseguró la consumación del delito. Entendió el acusador que la calidad de autor mediato derivaba tanto del texto del art. 514 del Código de Justicia Militar, como de la última parte del art. 45 del Código Penal en cuanto extiende la pena prevista en el delito a quienes hubieran determinado a otro a cometerlo*”. **Sentencia:** condena y absoluciones. Juicio a los comandantes em jefe. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/conde.html>>. Acesso em: 18 de dez. 2022. n.p.

4.2.2 A sentença da Câmara Nacional de Apelação e da Corte Suprema de Justiça argentina

A Câmara Nacional de Apelação reconheceu provado o golpe militar e o *modus operandi* dos chefes das forças armadas que ordenavam a captura dos considerados subversivos ao regime, para serem inquiridos mediante torturas e submetidos a situações desumanas como forma de impedir uma resistência moral que teve como consequências, prisões ilegais e os homicídios. Outro fato importante evidenciado na sentença é que os executores cometeram outros crimes que não haviam sido ordenados, mas foram realizados como forma do automatismo do aparato de poder.³³¹

No sétimo capítulo da sentença, que trata das provas dos autos, a Câmara reconheceu a sistemática do aparato de poder que garantia a impunidade dos perpetradores, utilizando-se dos Órgãos de Estado para dissimular investigações, ocultando a realidade dos fatos sem que fosse dada qualquer resposta verdadeira sobre os acontecimentos.

Além disso, o sistema ordenado incluía a garantia de impunidade que era assegurada aos executores, ao garantir que os órgãos judiciários de prevenção ao crime não interferissem na realização dos procedimentos, negando e ocultando a realidade dos fatos ante as solicitações de juízes, organizações, parentes e governos estrangeiros, realizando investigações simuladas sobre o que estava acontecendo e usando o poder estatal para persuadir a opinião pública local e estrangeira de que as denúncias eram falsas e que estavam respondendo a uma campanha orquestrada para difamar o governo.³³² (Tradução livre)

331 CABANA. Patrícia Faraldo. **Responsabilidad penal del dirigente em estructuras jerárquicas**; la autoría mediata com aparatos organizados de poder. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 34.

332 No original: “Además, integraba el sistema ordenado la garantía de impunidad que se aseguraba a los ejecutores, por vía de lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos, negando y ocultando la realidad de los hechos ante los pedidos de los jueces, organizaciones, familiares y

A Câmara acolheu a fundamentação acusatória da autoria mediata, enquanto afastava a tese da teoria formal-objetiva da defesa que não se conformava com a autoria mediata como critério delimitador da responsabilidade dos acusados. Alegava, ainda, a inexistência de previsão legal e de que não se poderia reconhecer como “instrumento” um executor direto e capaz que não detivesse o domínio do fato, além de que a teoria do aparato organizado de poder teria sido criada para situações excepcionais, diversas da que se analisava.³³³

Contudo, a Câmara reconheceu que na doutrina dominante o domínio do fato era um instrumento idôneo caracterizador da autoria, ainda que na Argentina se mantivesse, na época, a teoria formal-objetiva.³³⁴ Vale destacar os fundamentos da Câmara:

Cumprе esclarecer que os fatos julgados neste caso são absolutamente inusitados. Longe de ser comum, é uma circunstância extraordinária que as autoridades públicas decidam combater formas perigosas de delinquência usando os mesmos métodos que os criminosos que perseguem, desviando-se de todas as normas legais e desencadeando uma repressão indiscriminada que tem causado a morte, depois de sofrer tortura selvagem de milhares de pessoas.

gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría, y utilizando al poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al Gobierno”. Sentencia: condena y absoluciones. Juicio a los comandantes em jefe. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/conde.html>>. Acesso em: 18 de dez. 2022. n.p.

333 **Sentencia:** condena y absoluciones. Juicio a los comandantes em jefe. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/conde.html>>. Acesso em: 18 de dez. 2022. n.p.

334 CABANA. Patrícia Faraldo. **Responsabilidad penal del dirigente em estructuras jerárquicas**; la autoría mediata com aparatos organizados de poder. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 36; **Sentencia:** condena y absoluciones. Juicio a los comandantes em jefe. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/conde.html>>. Acesso em: 18 de dez. 2022. n.p.

Tampouco é comum que o aparato estatal seja utilizado não só para cometer, mas também para ocultar os crimes cometidos, negando sua existência e dando uma aparência de normalidade jurídica que contrastava brutalmente com a realidade do que estava acontecendo. Portanto, é necessário atender à superação de muitos critérios atuais, pensados para resolver casos individuais, mas inaplicáveis aos eventos excepcionais que nos preocupam.³³⁵ (Tradução livre)

Para a Câmara Nacional de Apelação ficou evidente que os acusados detinham o domínio do fato sobre os delitos cometidos pelos seus subordinados, por existir, na verdade, um sistema organizado de poder estruturado pelas três juntas militares que lançavam ordens diante de um maquinário de pessoas prontas para combaterem e executarem os opositores do regime militar.³³⁶

Outro ponto importante é que os acusados além do poder das juntas militares, detiveram, também, o poder sobre as forças de segurança e as forças policiais, tornando-se uma força única da República com autoridade máxima e caminho livre para a criminalidade.³³⁷

335 No original: *“Debe dejarse aclarado que los hechos juzgados en esta causa son absolutamente inusuales. Lejos de ser común, resulta una circunstancia extraordinaria que autoridades públicas decidan combatir peligrosas formas de delincuencia utilizando los mismo métodos que el de los criminales que persiguen, apartándose de toda norma legal y desatando una indiscriminada represión que ha originado la muerte, luego de sufrir salvajes torturas, de miles de personas. Tampoco es ordinario que se utilice el aparato estatal no sólo para cometer, sino también para ocultar los crímenes cometidos, negando su existencia y dando una apariencia de normalidad legal que contrastaba brutalmente con la realidad de lo que sucedía. Por tanto, cabe atender a la superación de muchos criterios corrientes, concebidos para resolver casos individuales pero inaplicables a los sucesos excepcionales que nos ocupan.”* **Sentencia:** condena y absoluciones. Juicio a los comandantes em jefe. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/conde.html>>. Acesso em: 18 de dez. 2022. n.p.

336 OLÁSOLO Alonso, Héctor. **Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 234.

337 OLÁSOLO Alonso, Héctor. **Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 235.

O êxito do aparato organizado de poder se encontrava na certeza da impunidade, pois caminhava paralelamente com o Estado, que funcionava aparentemente normal com seu judiciário proferindo sentenças e suas polícias investigando crimes, e, também, o fato dos réus se encontrarem no topo do poder, fazendo coexistir o sistema legal e o extralegal que facilitou o aparato de poder a agir deliberadamente à margem da legalidade.³³⁸

A Câmara entendeu que os autores diretos não se afiguravam como os mais importantes da ação criminosa, mas sim, os “homens de trás”, que detinham o controle do fato através do sistema organizado de poder e que diante desse gigantesco maquinário não possibilitava aos executores materiais qualquer força que pudesse alterar ou colocar em risco o sistema de aparato de poder.³³⁹

A Câmara compreendeu, ainda, que o caso sob julgamento não é daqueles corriqueiros mais simples, não é um caso de domínio da vontade por autoria mediata em virtude de erro ou de coação, é um caso *sui generis*, onde o “homem da frente” é pessoa capaz e indeterminada, considerada como um instrumento dentro de um maquinário de poder cuja fungibilidade e o automatismo do sistema garantem o sucesso da missão.³⁴⁰

Contudo, a Corte Suprema de Justiça reformou a sentença por três votos a dois, para afastar a autoria mediata e enquadrar as ações dos acusados como partícipes, especificamente, cooperadores necessários, sob o fundamento de que a estrutura das condutas dos réus não era compatível com a autoria que se encontrava distante do tipo penal incriminador, optando, assim, pela teoria objetivo-formal,³⁴¹ em cuja premissa só pode

338 OLÁSULO Alonso, Héctor. **Tratado de autoria y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 236.

339 OLÁSULO Alonso, Héctor. **Tratado de autoria y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 235; **Sentencia: condena y absoluciones**. Juicio a los comandantes em jefe. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/conde.html>>. Acesso em: 18 de dez. 2022. n.p.

340 OLÁSULO Alonso, Héctor. **Tratado de autoria y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 235.

341 CABANA. Patrícia Faraldo. **Responsabilidad penal del dirigente em estructuras jerárquicas; la autoría mediata com aparatos organizados de poder**. Valencia: Tirant lo blanch,

ser autor os executores diretos, haja vista que o princípio da autorresponsabilidade³⁴² impossibilita reconhecer o autor mediato, sendo preferível uma coautoria ou uma indução nos termos firmados por Jescheck.³⁴³

Os votos reformadores da sentença foram dos ministros José Caballero, Augusto Belluscio e Carlos Fayt, que acrescentaram, ainda, que a autoria mediata por organização não tinha ressonância na jurisprudência e nem na doutrina argentina, por se tratar de uma construção jurídica aberta e que a sua aplicação no direito argentino ultrapassaria os limites da legalidade.³⁴⁴

Contudo, o fato é que tanto na denúncia Ministerial quanto na sentença de primeira instância as fundamentações jurídicas foram suficientes para autorizar o reconhecimento da teoria do domínio do fato de Roxin, demonstrando que os acontecimentos na ditadura miliar argentina careciam de uma análise diferenciada para se chegar à responsabilidade penal dos perpetradores que agiram dentro de uma sistemática não convencional no mundo do crime que vitimou milhares de pessoas.

Embora a Corte Suprema argentina tenha reformado a sentença que havia reconhecido a autoria mediata por organização, não foi causa suficiente para descredenciar ou desconstruir a ideia da teoria do domínio

2003. p. 39; **Sentencia:** condena y absoluciones. Juicio a los comandantes em jefe. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/conde.html>>. Acesso em: 18 de dez. 2022. n.p.

342 “Concretamente: segundo o princípio da autorresponsabilidade, não existe a figura de um autor por trás de outro autor plenamente responsável. Caso o homem da frente atue plenamente de forma responsável, o homem de trás pode no máximo ser partícipe e deve ser responsabilizado de acordo com as regras da acessoriedade da participação.” In: GRECO, Luís *Et al.* **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.204.

343 CABANA. Patrícia Faraldo. **Responsabilidad penal del dirigente em estructuras jerárquicas;** la autoría mediata com aparatos organizados de poder. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 40

344 CABANA. Patrícia Faraldo. **Responsabilidad penal del dirigente em estructuras jerárquicas;** la autoría mediata com aparatos organizados de poder. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 40; **Sentencia:** condena y absoluciones. Juicio a los comandantes em jefe. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/conde.html>>. Acesso em: 18 de dez. 2022. n.p.

do fato de Claus Roxin, que neste caso tornou-se um paradigma para o reconhecimento e o desenvolvimento dogmático da teoria como um instrumento delimitador da autoria e da participação no direito penal nacional e internacional.

4.3 A RESPONSABILIDADE PENAL DO EX-PRESIDENTE PERUANO ALBERTO FUJIMORI COMO AUTOR MEDIATO DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE EM VIRTUDE DE APARATO ORGANIZADO DE PODER

4.3.1 O contexto histórico dos fatos e seus desdobramentos

De todas as decisões que acolheram a *teoria do domínio do fato* desenvolvida por Claus Roxin, destaca-se o veredicto de primeira instância proferido pela Câmara Criminal Especial da Corte Suprema de Justiça Peruana, que em 7 de abril de 2009 acolheu, em sua integralidade, a *teoria do domínio do fato em virtude de aparatos organizados de poder*.³⁴⁵

A decisão condenou o ex-presidente peruano Alberto Fujimori a 25 (vinte e cinco) anos de reclusão como autor mediato pelos crimes de homicídio qualificado de 25 (vinte e cinco) pessoas, sob as circunstâncias agravantes por traição, mais 4 (quatro) vítimas por lesões corporais graves, além do crime de sequestro agravado por tratamento cruel, todos perpetrados sob seu comando e qualificados como crimes contra a humanidade pelos fatos ocorridos em Barrios Altos (novembro de 1991), na Universidade Nacional de Educação “Enrique Guzmán y Valle” - La Cantuta (julho de 1992), Lima e o caso “Sótanos SIE”.³⁴⁶

345 CORTE suprema de justicia de la república do Peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 31 de out. de 2022; ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**.1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.312-313.

346 CORTE suprema de justicia de la república do Peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 823. p. 705-706.

Além desses três crimes considerados de graves violações aos direitos humanos, ainda pesava sobre Fujimori mais dez acusações de corrupção através de suborno de congressistas, de interceptação ilegal de opositores políticos, da utilização ilegal de fundos públicos para o financiamento do grupo “Colina”, e do próprio enriquecimento pessoal.³⁴⁷

O destaque da decisão se deu pela alta qualidade científica e pelas minúcias com que os magistrados peruanos analisaram a teoria do domínio do fato, algo que não se esperava nem mesmo do próprio Supremo Tribunal Federal Alemão, mas, cujo reconhecimento se deu até por doutrinadores que rechaçam a teoria como, Jakobs, Herzberg, Rotsch.³⁴⁸

Segundo Pariona, a Sentença contra Alberto Fujimori teve uma importância histórica não só para o Peru, do ponto de vista político por ter processado e condenado um ex-Presidente da República, mas também por consagrar na jurisprudência peruana a *autoria mediata por organização* como um instrumento jurídico capaz de responsabilizar individualmente criminosos de Estado e tornar-se uma das mais importantes do Direito Penal Internacional.³⁴⁹

Alberto Fujimori, de nacionalidade nipo-peruano, foi presidente do Peru no período de 1995 a 2000, não concluindo seu mandato presiden-

INTERNATIONAL CRIMES DATABASE. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 31 de out. de 2022.

347 AMBOS, Kai. El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], n. 5, p. 229–272, 2019. Disponível em: <<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24628>>. p.243. Acesso em 10 de out. de 2022.

348 ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.314.

349 PARIONA, Raúl. **La autoria mediata por organización em la Sentencia contra Fujimori**. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (Revista de doutrina de Direito Penal Internacional). 11/2019. p.609. Disponível em: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_375.pdf>. Acesso em: 26 de set. de 2022. p.609; SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Eduardo Saad-Diniz, André Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (organização). São Paulo: LiberArts, 2013. p.35.

cial em face de sua fuga para o Japão por se encontrar no centro de um escândalo de corrupção que lhe obrigou a renunciar, por fax, o cargo em 17 de novembro de 2000.³⁵⁰

O governo de Fujimori teve visibilidade no início do seu mandato pela atuação das reformas econômicas e a repressão a grupos terroristas que atuavam no país desde a década de 1980, como o “Sendero Luminoso”³⁵¹ e o “Movimento Revolucionário Túpac Amaru”³⁵², sendo, pois, o destaque para a prisão de Abimáel Guzmán, codinome “Presidente Gonzalo”, líder do “Sendero Luminoso”.³⁵³

A continuidade na luta contra o terrorismo trilhou caminhos diversos da legalidade que passou a instituir uma política autoritária repressiva e culminou nas violações de Direitos Humanos através da corrupção e da centralização de poder político sobre a sua pessoa, tornando-se coman-

350 AMBOS, Kai. El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], n. 5, p. 229–272, 2019. Disponível em: <<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24628>> Acesso em: 10 de out. de 2022. p.234.

351 “Grupo terrorista responsável pela morte de mais de 30 (trinta) mil peruanos, que surgiu nas eleições de maio de 1980, no distrito rural de Chuschi, região de Ayacucho, cujo ideal era a tomada de poder com a queda da democracia que a partir de então desencadeou grande violência no país”. in JORNAL EL PAIS. **Morre Abimael Guzmán, líder do Sendero Luminoso Condenado pela morte de 30.000 pessoas no Peru**. Disponível em:<<https://brasil.elpais.com/internacional/2021-09-11/morre-abimael-guzman-o-lider-do-sendero-luminoso-condenado-pela-morte-de-30000-pessoas-no-peru.html>>Acesso em: 30 de out. de 2022.

352 “O Movimento Revolucionário Túpac Amaru (MRTA), se trata de um grupo revolucionário guerrilheiro do Peru, fundado no mês de março de 1982, inicialmente para combater a ditadura militar no poder desde a década de 1960. De orientação marxista-leninista a organização de caráter militar pretendia dar início a revolução socialista em território peruano.” In Almanaque dos conflitos. **Movimento revolucionário Túpac Amaru (MRTA)**. Disponível em: <<https://almanaquedosconflitos.wordpress.com/2018/03/19/movimento-revolucionario-tupac-amaru-mrta/>> Acesso em: 30 de out. de 2022.

353 AMBOS, Kai. El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], n. 5, p. 229-272. 2019. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24628> Acesso em: 10 de out. de 2022. p.234-235.

dante supremo das armas e das agências de inteligência do Estado para lhe servir a interesses espúrios sobre as instituições estatais.³⁵⁴

Em 1991, Vladimiro Montesinos, homem de confiança de Alberto Fujimori e chefe do Serviço Nacional de Inteligência, sob o comando do então presidente da república peruana, fundou o comando especial paramilitar “Colina”, cuja missão era a extinção de todos os membros do grupo terrorista “Sendero Luminoso”.³⁵⁵

A primeira ação do “Colina” foi realizada na localidade “Barrios Altos”, na cidade de Lima, em 3 de novembro de 1991, onde acontecia uma festa popular que visava arrecadar fundos para reparação do sistema de abastecimento d’água e de esgoto daquela comunidade. Por outro lado, a informação que se tinha do comando de inteligência era que se tratava de uma operação de troca de informações e arrecadação de dinheiro para o grupo terrorista “Sendero Luminoso”.

De logo, membros do destacamento especial de inteligência do grupo “Colina”, em carros oficiais, sob o comando do alto escalão do exército peruano na pessoa do Capitão EP Martins Rivas, e com a aquiescência do presidente Alberto Fijimori, realizou um massacre com o assassinato de 15 (quinze) pessoas e mais 4 (quatro) vítimas que ficaram gravemente feridas.³⁵⁶

Cinco meses antes dos acontecimento do caso “Barrios Altos”, em 21 de maio de 1991, o então presidente peruano, Alberto Fujimori, havia

354 AMBOS, Kai. El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], n. 5, p. 229-272. 2019. Disponível em: <<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24628>>. Acesso em: 10 de out. de 2022. p.235.

355 AMBOS, Kai. El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], n. 5, p. 229-272. 2019. Disponível em: <<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24628>>. Acesso em: 10 de out. de 2022. p.235.

356 CORTE suprema de justicia de la república do Peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 367. p. 342. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 31 de out. de 2022.

realizado uma visita institucional na Universidade Nacional de Educação “Enrique Guzmán e Vale” – La Cantuta, da qual não teve uma boa receptividade dos alunos que, violentamente, jogaram objetos contra a comitiva presidencial que foi obrigada a se retirar do campus universitário. Da mesma forma truculenta, outra visita do presidente aconteceu na Universidade Nacional de San Marcos.³⁵⁷

No dia seguinte aos contencimentos de La Cantuta, 22 de maio de 1991, o exército peruano instalou dentro da universidade, um destacamento militar subordinado à “divisão de forças especiais – DIFE”, denominado “base de ação militar”, impondo regras rígidas como toque de recolher, e controle da entrada e da saída dos estudantes. Através do Decreto Lei nº 726, de 8 de novembro de 1991, o governo legalizou a entrada das forças especiais nas universidades.³⁵⁸

Então, o segundo massacre do grupo paramilitar “Colina” se deu na madrugada do dia 18 de julho de 1992, quando alguns de seus agentes e membros do exército peruano invadiram o campus universitário e as residências dos professores e dos alunos, levando nove universitários e o professor Hugo Munoz Sánchez para destino ignorado.³⁵⁹

Só em abril de 1995, iniciou-se uma investigação judicial para identificar os responsáveis pelos massacres dos crimes considerados como violações aos direitos humanos, contudo, a resistência do próprio Estado peruano, num momento de controle ditatorial latino-americano, sancionou a Lei de Anistia nº 26.479 que afastava a responsabilidade criminal

357 CORTE suprema de justicia de la república do Peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 447. p. 385. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 31 de out. de 2022.

358 CORTE interamericana de direitos humanos. **Caso La Cantuta Vs. Peru. Sentença de 29 de novembro de 2006 (Mérito, Reparações e Custas)**. Parágrafo 80.10. p. 32. Disponível em: <<https://summa.cejil.org/api/files/1497221268051urll7v98k0e8io86fse0fi529.pdf>>. Acesso em: 31 de out. de 2022.

359 CORTE interamericana de direitos humanos. **Caso La Cantuta Vs. Peru. Sentença de 29 de novembro de 2006 (Mérito, Reparações e Custas)**. Parágrafo 80.12, 80.14. p. 33. Disponível em: <<https://summa.cejil.org/api/files/1497221268051urll7v98k0e8io86fse0fi529.pdf>>. Acesso em: 31 de out. de 2022.

de militares, policiais e civis que houvessem cometido crimes no período de 1980 a 1995.³⁶⁰

Importante destacar a atuação da magistrada Antonia Saquicuray, que diante da vigência da lei de anistia que impedia a investigação dos casos do grupo “Colina”, declarou a sua inconstitucionalidade por violar as garantias constitucionais, e, também, por descumprir os acordos internacionais firmados pelo Peru na Convenção Americana de Direito Humanos, o que, mais tarde, ficou conhecido como “controle de convencionalidade difuso”³⁶¹ ³⁶².

Em contraponto, o Congresso peruano insistiu em esconder a verdade sobre os crimes perpetrados pelo grupo “Colina” e editou mais uma lei, a de nº 26.492, que proibia qualquer revisão judicial sobre o caso e a obrigatoriedade para com o cumprimento das leis de anistia. Estas normas, cujo objetivo era a impunidade, foram de encontro aos pactos firmados pelo Peru no plano internacional, porém, não teve outra opção senão os casos serem arquivados definitivamente pela Corte Superior de Justiça do Peru.³⁶³

Em 30 de junho de 1995, essas violações foram denunciadas à Corte Interamericana de Direitos Humanos que submeteu o caso à análise em 08

360 Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. **Caso Barrios Altos versus Peru.** Disponível em: <https://nidh.com.br/barrios-altos-vs-peru-2001-as-origens-do-controle-de-convencionalidade/#_ftnref6> Acesso em: 31 de out. de 2022.

361 “CONTROLE de convencionalidade é o nome dado à verificação da compatibilidade entre as leis de um Estado com as normas dos tratados internacionais firmados e incorporados à legislação do país.” **Controle de convencionalidade contribui para a garantia de direitos humanos.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/control-de-convencionalidade-contribui-para-garantia-de-direitos-humanos/>> Acesso em: 31 de out. de 2022.

362 NÚCLEO Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. **Caso Barrios Altos versus Peru.** Disponível em: <https://nidh.com.br/barrios-altos-vs-peru-2001-as-origens-do-controle-de-convencionalidade/#_ftnref6> Acesso em: 31 de out. de 2022.

363 NÚCLEO Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. **Caso Barrios Altos versus Peru.** Disponível em: <https://nidh.com.br/barrios-altos-vs-peru-2001-as-origens-do-controle-de-convencionalidade/#_ftnref6> Acesso em: 31 de out. de 2022.

de junho de 2000, tendo ao final o veredicto que reconheceu não haver uma adequação das normas internas peruanas às consagradas normas pactuadas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, declarando as leis de anistia carentes de efeitos jurídicos e sem qualquer validade legal à luz da Constituição peruana e do Pacto Internacional firmado.³⁶⁴

Em 07 de novembro de 2005, vindo do Japão, onde se encontrava desde a sua renúncia, em 2000, Fujimori é preso no Chile. Inicia-se um longo processo de extradição para o Peru que durou quase dois anos, findando-se em 21 de setembro de 2007 quando a Câmara Criminal da Corte Suprema do Chile reconheceu a existência de elementos suficientes e bem fundamentados que o acusado Fujimori interveio como “autor mediato” nos crimes de homicídio, sequestro e lesão corporal grave nos casos de “Barrios Altos” e “La Cantuta”. Em 22 de setembro de 2007 o acusado foi definitivamente extraditado e entregue pela Interpol Chilena às autoridades Peruanas.³⁶⁵

Importante registrar, ainda, que a teoria do domínio do fato já tinha respaldo legal no Código Penal peruano de 1991 – Decreto legislativo nº 635/1991, reconhecendo as três formas de autoria: “Com efeito, o Código Penal de mil novecentos e noventa e um reconhece três formas de autoria em seu artigo 23º, correspondendo a segunda à autoria mediata. Segundo o dispositivo, será autor ‘Aquele que realiza por si ou por meio de outrem o ato punível e aqueles que o cometem conjuntamente...’³⁶⁶

364 NÚCLEO Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. **Caso Barrios Altos versos Peru**. Disponível em: <https://nidh.com.br/barrios-altos-vs-peru-2001-as-origens-do-controle-de-convencionalidade/#_ftnref6> Acesso em: 31 de out. de 2022.

365 CORTE suprema de justicia de la república do Peru. sala penal especial. Exp. Nº A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafos 21, 22, 40 e 41. p. 9, 10, 29 e 30. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 31 de out. de 2022. MEINI, Iván. **La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori**. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. A.v. 19 – 2001) emitida por la Sla Penal especial de la Corte Suprema. Disponível em: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_375.pdf> Acesso em: 17 de nov. de 2022. p. 604.

366 No original: “Efectivamente, el Código Penal de mil novecientos noventa y uno reconoce tres formas de autoría en su artículo 23º, correspondiendo la segunda a la autoría

A Câmara Especial Criminal peruana fez consignar na sentença condenatória de Fujimori o reconhecimento majoritário da doutrina e da jurisprudência nacional acerca do instituto legal da autoria mediata, com ênfase para a sua aplicação nos casos relacionados a organizações criminosas, estando, pois, naquele momento, superadas quaisquer discussões sobre a sua aplicabilidade no julgamento.³⁶⁷

A autoria mediata por organização já havia sido acolhida nas duas instâncias de jurisdição peruana quando do julgamento de Abimael Guzman Reynoso, líder do grupo guerrilheiro “Sendero Luminoso”, por sentença proferida em 13 de outubro de 2006³⁶⁸ e confirmada, por maioria de votos, pela Segunda Sala Transitória da Corte Suprema, em 14 de dezembro de 2007. Ressalte-se, ainda, que os executores materiais foram condenados como autores diretos, e o líder, pela posição hierárquica e controle político e militar do grupo terrorista, como autor mediato por organização.³⁶⁹

mediata. Según esta disposición será autor ‘El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente...’

CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. exp. n° a.v. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafos 721. p. 628,629. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 31 de out. de 2022. OLÁSOLO Alonso, Héctor. **Tratado de autoria y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p.254.

367 CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 722. p. 629. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 31 de out. de 2022.

368 “O domínio que exerceu na organização, além de ordens diretas ou planos gerais, foi rigorosamente complementada por um controle das atividades de seus membros, elemento indispensável para verificar a eficácia no cumprimento das ordens previamente estabelecidas (...)” (Tradução livre) Disponível em: <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/GuzmanReinoso_Decision_13-10-2006.pdf> . **SENTENÇA. Caso Abimael Guzmán Reinoso y otros**. Acesso em: 18 de nov. de 2022. p.170.

369 CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 725. p. 631,632. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 31 de out. de 2022.

4.3.2 As evidências indiciárias válidas como provas idôneas no processo

No caso Fujimori, um dos problemas enfrentados na aplicabilidade da autoria mediante por organização foi a dificuldade em apresentar provas efetivas da sua responsabilidade criminal sobre os fatos, visto que além da informalidade das ações delitivas que em regra não deixam vestígios, se encontrava, ainda, protegido por detrás de um aparato organizado de poder que garantia o seu anonimato no comando.³⁷⁰

Para Roxin, o simples fato do conhecimento dos atos ilegais dos subordinados, por si só, não é suficiente para caracterizar uma corresponsabilidade do “homem de trás”, sendo necessário, portanto, provar o poder de comando das ordens ilegais para que se possa configurar a autoria mediata por organização. Sobre o caso, sua entrevista à Folha de São Paulo, em 2012:

Folha — O dever de conhecer os atos de um subordinado não implica em corresponsabilidade? Roxin — A posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta. Essa construção [“dever de saber”] é do direito anglo-saxão e não a considero correta. No caso do Fujimori, por exemplo, foi importante ter provas de que ele controlou os sequestros e homicídios realizados.³⁷¹

Porém, a ausência de provas diretas da atuação criminosa de Fujimori fez com que a Câmara especial peruana reconhecesse a idoneidade das provas indiciárias sob os mesmos fundamentos da jurisprudên-

370 AMBOS, Kai. El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], n. 5, p. 229-272. 2019. Disponível em: <<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24628>>. Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.249-250; OLÁSOLO Alonso, Héctor. **Tratado de autoria y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 254-255.

371 ROXIN, Claus. Teoria do domínio do fato é usada de forma errada. In: **Revista Consultor Jurídico**, 11 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-11/clus-roxin-teoria-dominio-fato-usada-forma-errada-stf>>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

cia da Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁷². Assim, se posicionou a Corte peruana:

Como ficou estabelecido desde o início [Segunda Parte, Capítulo I, § 1], e do que se está consignado em toda decisão, as conclusões factuais se baseiam em EVIDÊNCIAS INDICIÁRIAS - que servem para estabelecer como aconteceu um fato não provado diretamente de outro fato, conhecido e provado no processo, utilizando para essa etapa os critérios da lógica e da experiência. Isso é suficiente para que o Tribunal possa cumprir a função valorativa que lhe foi confiada no artigo 280 do Código de Processo penal.³⁷³ (Tradução livre – Grifo do original)

As investigações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão da Verdade peruana não têm força vinculante para com as decisões da Corte de Justiça do Peru, à vista de que a Comissão in-

372 “130. A prática dos tribunais internacionais e internos demonstra que a prova direta, seja testemunhal ou documental, não é a única que pode legitimamente considerar-se para fundamentar a sentença. **A prova circunstancial, os indícios e as presunções podem ser utilizadas, sempre que deles possam inferir-se conclusões consistentes sobre os fatos.** 131. A prova indiciária ou presuntiva possui especial importância quando se trata de denúncias sobre o **desaparecimento**, já que esta forma de repressão se caracteriza por procurar a supressão de todo elemento que permita comprovar o sequestro, o paradeiro e o destino das vítimas”. (Grifos nosso) CORTE interamericana de direitos humanos. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentença de 29 de julho de 1998 (Mérito)**. Parágrafo 130,131, p. 24. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

373 No original: “658. Como se dejó establecido desde un inicio [Parte Segunda, Capítulo I, § 1], y fluye de lo consignado en todo lo que va de la sentencia, las conclusiones fácticas se sustentan en PRUEBA INDICIARIA – que sirve para establecer como sucedido un hecho no directamente probado, a partir de otro hecho, conocido y probado en el proceso, utilizando para ese paso los criterios de la lógica o de la experiencia—. Ésta basta para que el Tribunal entre a cumplir la función valorativa que le encomienda el artículo 280° del Código de Procedimientos Penales.” CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. Nº A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 658. p. 568. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

teramericana goza da competência precípua de decidir sobre eventuais violações dos pactos firmados pelos Estados membros e não sobre a responsabilidade criminal da pessoa física.³⁷⁴ Assim, ficou assentado:

132. O procedimento perante a Corte, como tribunal internacional, apresenta particularidades e caráter próprios, de modo que não lhe são aplicáveis, automaticamente, todos os elementos dos processos perante tribunais internos. **133.** Isto, que é válido, em geral, nos processos internacionais, o é ainda mais nos referentes à proteção dos direitos humanos. **134.** Com efeito, a proteção internacional dos direitos humanos não se deve confundir com a justiça penal. **Os Estados não comparecem perante a Corte como sujeitos de ação penal.** O Direito Internacional dos Direitos Humanos **não tem por objeto impor penas às pessoas culpadas por suas violações**, mas amparar as vítimas e dispor a reparação dos danos que lhes tenham sido causados pelos Estados responsáveis por tais ações. **135.** À diferença do Direito Penal interno, nos processos sobre violações de direitos humanos, a defesa do Estado não pode descansar sobre a impossibilidade do demandante de alegar provas que, em muitos casos, **não se podem obter sem a cooperação do Estado.**³⁷⁵ (Grifos nosso)

Kai Ambos atenta para a importância dos órgãos de controle de direitos humanos como auxiliares na instrução probatória dos processos criminais relacionados à macrocriminalidade como sendo, também, um instrumento de colheita de provas que podem subsidiar a investigação

374 AMBOS, Kai. El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], n. 5, p. 229-272. 2019. Disponível em: <<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24628>>. Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.249-252.

375 CORTE interamericana de derechos humanos. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentença de 29 de julho de 1998 (Mérito)**. Parágrafos 132,133, 134, 135. p. 24-25. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

judicial que busca a responsabilidade criminal dentro de um complexo aparato organizado de poder, como foi no caso Fujimori.³⁷⁶

A Corte de Justiça peruana chegou à conclusão de que, efetivamente, Fujimori desempenhou papel fundamental para o cometimento dos crimes que foi acusado, visto que ocupou o mais alto cargo dentro do aparato organizado de poder que se encontrava sob o seu comando.

Para validar as provas colhidas, a Corte de Justiça considerou algumas circunstâncias: 1) Os fatos declinados nas acusações foram cometidos por agentes do serviço de inteligência peruano contra os membros do grupo terrorista "Sendero Luminoso" e opositores políticos no período em que o acusado Fujimori se encontrava no exercício do mandato presidencial; 2) As ações criminosas foram perpetradas pelo serviço de inteligência peruano sob o comando de Vladimiro Montesinos, homem de confiança de Alberto Fujimori; 3) Vladimiro Montesinos estava diretamente subordinado ao então presidente Fujimori, ao qual lhe mantinha informado periodicamente das ações desenvolvidas pelo serviço de inteligência do país; 4) O grupo "Colina" foi criado pelo Vladimiro Montesinos como um serviço especial de inteligência que recebeu todo o apoio material e logístico para o desenvolvimento das suas ações; 5) Fujimori utilizou-se do poder político de toda a máquina do estado para impedir qualquer investigação sobre as ações criminosas praticadas pelo serviço secreto peruano, negando a responsabilidade do Estado e defendendo seus membros com a aprovação de leis de anistia que proibia qualquer investigação.³⁷⁷

376 AMBOS, Kai. El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], n. 5, p. 229-272. 2019. Disponível em: <<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24628>>. Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.253.

377 CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. **Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009**. Parágrafo 660. p. 570-571. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 31 de out. de 2022.

4.3.3 Pressupostos caracterizadores da autoria mediata por domínio da vontade: fundamentos da sentença condenatória do ex-presidente Alberto Fujimori

A Sala Penal Especial da Suprema Corte peruana, acolhendo a teoria do domínio do fato, tratou, didaticamente, dos pressupostos caracterizadores da autoria mediata por domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, desenvolvidos por Claus Roxin, que sob uma análise conjunta fundamentou a decisão da seguinte forma, como pressuposto geral: a) A existência de uma organização estruturada; como pressupostos específicos: b) O poder de mando; c) A fungibilidade do executor direto; d) A alta disponibilidade dos executores ao fato.³⁷⁸

a) A existência de uma organização estruturada de poder

Para que se possa falar em autoria mediata por domínio da organização, é imprescindível a existência precípua de uma estrutura rígida e hierarquizada de poder que distribua diversas atividades entre seus membros. A rigidez se caracteriza quando da emissão de ordens do autor mediato que culmina na quase realização automática pelos diversos autores materiais, enquanto a hierarquia se apresenta como o respeito às diferentes cadeias de comando dentro do aparato de poder.³⁷⁹

Quanto ao controle estratégico da organização, este se dá pela emissão de ordens superiores de forma verticalizada, demonstrando o poder de comando, diferentemente da divisão horizontal de trabalho que se remete à coautoria.³⁸⁰

378 CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 727. p. 634. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 31 de out. de 2022.

379 CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición dele x presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**Revista de doutrina de Direito Penal Internacional**). 11/2019. p.583. Disponível em: < https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_373.pdf > Acesso em: 13 de nov. de 2022. p. 583.

380 AMBOS, Kai. El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. **Revista de**

É importante compreender que a responsabilidade criminal do autor mediato se concretiza pela sua autoridade de comando dentro da organização criminosa, não se exigindo, necessariamente, que esteja no topo da hierarquia, podendo, também, encontrar-se numa posição de comando inferior, desde que a execução do crime não fique sob o controle do autor material, podendo, assim, também, serem responsabilizados criminalmente os autores mediatos intermediários que se encontram inseridos no aparato organizado de poder.³⁸¹

Para responsabilizar o autor mediato por organização, deve-se analisar o contexto dos fatos em que ele se encontra inserido no aparato de poder, visando identificar a gravidade do injusto penal por ele praticado, pois não se pode analisar do ponto de vista da forma de autoria comum, considerando que o “homem de trás” não domina diretamente o autor material, mas sim de forma indireta o próprio aparato de poder.³⁸²

A Corte peruana, atenta a todos esses detalhes, esclarece a cautela no uso das palavras que exprime o nível de relação entre o “homem de trás” e o executor material, para se posicionar como sendo a melhor expressão, a “atribuição de papéis”, ao invés de “divisão de trabalhos”, evitando, dessa forma, uma interpretação dúbia, momento em que esta última expressão se refere ao elemento subjetivo da coautoria.³⁸³

Derecho Penal y Criminología, [S. l.], n. 5, p. 229-272. 2019. Disponível em: <<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24628>>. Acesso em: 13 de nov. de 2022. p.258.

381 CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición dele x presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**Revista de doutrina de Direito Penal Internacional**). 11/2019. p.583. Disponível em: < https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_373.pdf > Acesso em: 13 de nov. de 2022. p. 584.

382 CARO CORIA, Dino Carlos. **Sobre la punición dele x presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal**. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (Revista de doutrina de Direito Penal Internacional). 11/2019. p.583. Disponível em: < https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_373.pdf > Acesso em: 13 de nov. de 2022. p. 584.

383 CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. Nº A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 726. p. 633. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de

Portanto, considerando a posição de cada membro dentro do aparato de poder, serão designadas as respectivas funções, cuja melhor expressão é a “atribuição de papéis” que cada indivíduo ocupa dentro da hierarquia de comando. Assim sendo, manifesta-se uma organização verticalizada de comando hierárquico para distribuir as ordens dos atos criminosos a serem cumpridas, contrariamente ao que acontece nas formas típicas de autoria que se caracteriza diante de uma atuação conjunta de pessoas destinadas a cometerem atos delituosos num plano horizontal, como na coautoria.³⁸⁴

Outra característica apontada na sentença de Fujimori é a independência funcional da organização criminosa que garante ao autor mediato por organização a certeza do cumprimento das ordens de comando. Confira:

Também é importante destacar como outra característica desses aparelhos de poder com estruturas hierárquicas organizadas, que desenvolvem uma vida funcional independente da de seus membros. A base disso não está em um estado de espírito especial do nível superior estratégico, mas no “mecanismo funcional do aparelho”, ou seja, seu “automatismo” ou desenvolvimento de um processo ou operação por si só.³⁸⁵
(Tradução livre)

nov. de 2022; MEINI, Ivan. **La autoria mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori**. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. A.v. 19 – 2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema. Disponível em: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_375.pdf> Acesso em: 17 de nov. de 2022. p. 604.

384 CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición de x presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**Revista de doutrina de Direito Penal Internacional**). 11/2019. p.583. Disponível em: < https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_373.pdf > Acesso em: 13 de nov. de 2022. p. 584.

385 No original: “*Es importante destacar también como otra característica de estos aparatos de poder con estructuras jerárquicas organizadas, el que desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes. El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el “mecanismo funcional del aparato”, esto es, su “automatismo” o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo*”. CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp.

A Corte peruana, com fundamento nas provas colhidas no processo, reconheceu expressamente a existência de um aparato organizado de poder, cujo comando se encontrava nas mãos de Fujimori – o “homem de trás” –, o qual designava as “atribuições de papéis” às pessoas de sua confiança, configurando-se dessa forma uma estrutura hierárquica verticalizada de poder, conforme se vê:

A partir de seu papel formal como órgão central, ou seja, como uma entidade que forma e formula políticas governamentais, e como comandante supremo das forças armadas e polícia nacional, o acusado abusando da sua posição de mando e pervertendo o uso legítimo de seu poder, vem configurando desde 1990, juntamente com seu assessor Vladimiro Montesinos Torres e com o apoio direto do General EP Hermoza Ríos, que ocupou os mais altos cargos da hierarquia militar, um aparato organizado de poder com base nas unidades centrais e derivadas do SINA, as mesmas que foram cooptadas em seus mais altos níveis de comando.³⁸⁶

Nº A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 726. p. 633. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

386 No original: “Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando”. CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. Nº A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 745. p. 654. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

b) O poder de mando

Segundo Meini, o conceito do “poder de mando”, expresso na sentença, encontra-se em consonância com a doutrina em geral e cuja receptividade como elemento do domínio da organização não reflete qualquer controvérsia, tendo em vista que a autoria mediata por domínio da organização se firma no sentido de que a instrumentalização que o “homem de trás” faz do executor difere da coação, do erro, e das circunstâncias de inimputabilidade ou de exculpação.³⁸⁷

Caro Coria, esclarece que a sentença traz um conceito de “poder de mando”, analisando dois aspectos: o primeiro é identificar a posição hierárquica do autor mediato dentro da organização para conferir o grau de sua autoridade, se em alto posto de comando ou em nível intermediário, depois, visualiza a capacidade do sujeito para emitir ordens.³⁸⁸ Confira:

O poder de comando é a capacidade do nível estratégico superior – do homem de trás – para dar ordens ou designar papéis à parte da organização a ele subordinada. Esta habilidade é adquirida, ou pode ser conferida, em atenção a uma posição de autoridade, liderança ou ancestralidade derivada de origens políticas, ideológicas, sociais, religiosas, culturais econômicas ou de natureza similar.³⁸⁹ (Tradução livre)

387 MEINI, Ivan. **La autoria mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori**. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. A.v. 19 – 2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema. Disponível em: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_375.pdf> Acesso em: 17 de nov. de 2022. p. 605.

388 CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición de x presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**Revista de doutrina de Direito Penal Internacional**). 11/2019. p.583. Disponível em: < https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_373.pdf > Acesso em: 13 de nov. de 2022. p. 586.

389 No original: “*El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás– de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar*”. CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 729. p. 635. **INTERNATIONAL CRIMES**

Por seu turno, a sentença destaca que o “poder de mando” se materializa através das ordens de comando que podem ser explícitas ou implícitas, remetendo-se a ideia de que serão cumpridas diante do automatismo do aparelho de poder sem mediação de nenhum ato de engano ou coação dos autores diretos, caso contrário, não se configuraria a autoria mediata por organização.³⁹⁰

Mostra, ainda, que a hierarquia em nível estratégico superior do “poder de mando” exerce atividade tática operacional da organização, enquanto o nível intermediário emite o comando de ordens aos executores direto, demonstrando, dessa forma, a existência de uma hierarquia verticalizada no aparato de poder.

Portanto, o nível hierárquico mais alto do aparato de poder do “homem de trás” o distancia, consideravelmente, do executor direto. Nessa ótica, Fujimori argumenta em sua defesa³⁹¹ que não tinha conhecimento dos crimes perpetrados pelos órgãos inferiores do exército peruano, não existindo qualquer culpa sobre os acontecimentos, pois as suas ordens se destacavam pelas “diretrizes de pacificação”.³⁹² Porém, a sentença rejeita tal argumento e deixa claro o grau de autoridade máxima do acusado e o seu poder de comando no aparato criminoso, vejamos:

DATABASE. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

390 CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición dele x presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**Revista de doutrina de Direito Penal Internacional**). 11/2019. p.583. Disponível em: < https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_373.pdf > Acesso em: 13 de nov. de 2022. p. 586.

391 CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 745. p. 653-654. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE.** Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

392 CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición dele x presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**Revista de doutrina de Direito Penal Internacional**). 11/2019. p.583. Disponível em: < https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_373.pdf > Acesso em: 13 de nov. de 2022. p. 587.

A partir de seu papel formal como órgão central, ou seja, como entidade que forma e formula políticas governamentais e como chefe supremo das Forças Armadas e Polícia Nacional, o acusado abusando da sua posição de comando e pervertendo o uso legítimo de seu poder, vem configurando desde 1990, juntamente com seu assessor Vladimiro Montesinos Torres e com o apoio direto do General EP Hermoza Ríos, que ocupou os mais altos cargos na hierarquia militar, um aparato organizado de poder com base nas unidades centrais e derivadas do SINA, as mesmas que eles foram cooptados em seus mais altos níveis de comando.³⁹³ (Tradução livre)

A sentença reconhece a hierarquia intermediária como sendo uma particularidade nos casos de aparato de poder complexos, chamando-a de “la posición de mando a mando”, ou seja, responderá como autor mediato por domínio da vontade em aparatos organizados de poder todo aquele que se encontra numa posição de comando, ainda que intermediária, contanto que suas ações caracterize um funcionamento na operacionalidade do aparato.

Um caso particular que deve ser levado em consideração é o poder de mando entre níveis intermediários ou o que também poderia ser chamado de **posição de comando em comando**. Esta variante é geralmente apresentada em aparatos organizados de poder

393 No original: “Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando”. CORTE suprema de justicia de la república do peru. Sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 745. p. 653-654. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

complexos. Agora, a presença de uma cadeia de comandos intermediários não exclui a imputação de responsabilidade equivalente de ambos. Nestes casos, é importante reiterar que todos os que se encontram numa posição específica privilegiada com capacidade de emitir ordens, responderá como autor mediato, pois suas disposições permitirão que a estrutura criminosa permaneça ativa.³⁹⁴ (Tradução livre – Grifos nosso)

Cario Coria destaca que a Corte de Justiça não aceitou como fundamento para exculpação do acusado a obediência hierárquica por considerar que, por si só, a sua posição de hierarquia caracteriza a autoridade e o poder de mando que o “homem de trás” tem para emitir ordens.³⁹⁵

Quanto à participação acessória dentro do aparato organizado de poder, é apontada na sentença como passível de punibilidade, contudo, é necessário analisar a função exercida para determinar se a sua posição dentro do sistema criminoso é simplesmente de partícipe ou se existe poder de mando capaz de pôr em funcionamento o maquinário do aparato de poder, o que lhe acometeria a responsabilidade de autor mediato por organização. Vejamos:

394 No original: “*Un caso particular que se ha de tomar en cuenta es el poder de mando entre niveles intermedios o lo que se podría denominar también la posición de mando a mando. Esta variante se presenta generalmente en aparatos de poder organizados complejos. Ahora bien, la presencia de una cadena de mandos intermedios no excluye la imputación de responsabilidad equivalente de unos y otros. En estos supuestos, es importante reiterarlo, todo aquél que se encuentra en una posición específica privilegiada con capacidad de impartir órdenes, responderá a título de autor mediato, pues sus disposiciones permitirán que la estructura criminal siga activa.*” CORTE suprema de justicia de la república do peru. Sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 731. p. 637-638. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

395 CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición dele x presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**Revista de doutrina de Direito Penal Internacional**). 11/2019. p.583. Disponível em: < https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_373.pdf > Acesso em: 13 de nov. de 2022. p. 587.

É relevante especificar que quem atua em linha periférica ou colateral numa cadeia de comando, seja como conselheiro ou simples emissário das disposições dos níveis estratégicos ou intermediários; ou de quem só limita-se a fornecer os meios necessários para a prática do crime, sem possibilidade de emissão de ordens, só pode ser considerado como cúmplice.

Mas, para poder determinar essa função subsidiária na cadeia de comando, será necessário reconhecer a posição real ocupada dentro da organização, bem como o tipo de contribuição que é feita para a concretização dos atos ilícitos. Portanto, não é compatível com a configuração e intervenção deste setor periférico ou colateral a denominação de “gerentes de nível médio” designados por parte da doutrina nacional.

Sobretudo porque o termo “mando” implicará sempre a capacidade de emitir uma ordem com base no grau de domínio que exerce sobre a estrutura criminosa. Portanto, todo aquele que, em atenção a sua hierarquia põe em funcionamento a maquinaria do aparato de poder organizado, para a prática do crime, deverá sempre responder como autor mediato.³⁹⁶

396 No original: “Es relevante precisar que quien actúa en línea periférica o colateral a una cadena de mando, sea como consejero o simple emisario de las disposiciones de los niveles estratégicos o intermediarios; o de quien sólo se limita a proporcionar los medios necesarios para la comisión del delito, sin posibilidad alguna de emitir órdenes, sólo podrá ser considerado como cómplice.

Pero, para poder determinar este rol subsidiario a la cadena de mando será necesario reconocer la posición real que se ocupa dentro de la organización, así como el tipo de aporte que se realiza para la concreción de los hechos ilícitos. Por tanto, no resulta compatible con la configuración e intervención de este sector periférico o colateral la denominación de “gerentes intermedios inferiores” que le asigna parte de la doctrina nacional. Sobretudo, porque el término “mando” implicará siempre la capacidad de emitir una orden basándose en el grado de dominio que se ejerce sobre la estructura criminal. Por tanto, todo aquél que en atención a su jerarquía pone en funcionamiento la maquinaria del aparato de poder organizado, para la comisión del delito, deberá responder siempre como autor mediato”.

CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 731. p. 637. **INTERNATIONAL**

c) A fungibilidade do executor direto

Considerada na sentença como o primeiro pressuposto subjetivo da autoria mediata, a fungibilidade é entendida como a forma de substitutividade estratégica do superior na operacionalização e realização do desígnio criminoso³⁹⁷. Para firmar essa assertiva, cita-se Roxin:

[...] o agente não se apresenta como um indivíduo livre e responsável, mas como uma figura anônima e substituível. O executor, embora não possa ser afastado de seu domínio da ação, porém é ao mesmo tempo uma engrenagem - substituível a qualquer momento - na maquinária de poder, e essa dupla perspectiva impulsiona o homem de trás junto com ele no centro do evento.³⁹⁸

O entendimento descrito na sentença é que o “homem da frente” pode ser “intercambiado” ou “substituído” pela conveniência estratégica do “homem de trás” que se encontra na hierárquica de comando.

A Corte peruana reconheceu a fungibilidade como um pressuposto subjetivo da autoria³⁹⁹, contudo, Pariona rechaça tal entendimento sob o argumento de que não se trata de um elemento constituído da interiorização humana, da psiquê, do dolo para a realização do crime, senão, um

CRIMES DATABASE. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

397 CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 738. p. 645. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE.** Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

398 ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal.** Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998.

399 “La fungibilidad constituye el primer presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”. CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 737. p. 644. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE.** Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

pressuposto objetivo caracterizado pela essência da substitutividade ou intercambialidade do executor direto no crime. Vale transcrever:

A fungibilidade é a capacidade de substituição, possibilidade de mudança de executores. De acordo com a teoria, fungíveis serão todos os executores diretos do crime, porque se eles não cumprirem o ordens criminais haverá outros executores que os substituiriam na execução. Esta capacidade de substituição tem caráter objetivo, pois no caso concreto os executores existem ou não existem; isso não depende da mente humana.⁴⁰⁰

Pariona⁴⁰¹ adverte, também, para um outro equívoco da Corte de Justiça peruana que reconhece a fungibilidade como um pressuposto imprescindível à existência da autoria mediata por organização, ou seja, sem a fungibilidade não existiria esta forma de autoria mediata.

Contudo, esta posição não se filia ao entendimento jurisprudencial internacional que entende prescindir a fungibilidade para a existência da autoria mediata por organização, pois é possível existir o aparelho de poder sem a fungibilidade quando nos casos de organizações criminosas em cujas missões exige dos executores uma habilidade especial que torna impossível a substituição automática.⁴⁰²

400 No original: “*La fungibilidad es reemplazabilidad, posibilidad de cambio de ejecutores. Según la teoría, fungibles serán los ejecutores directos del crimen, pues en caso no cumplan las órdenes criminales existirán otros ejecutores que los reemplazarían en la ejecución. Esta reemplazabilidad tiene carácter objetivo, pues en el caso concreto los ejecutores existen o no existen; esto no depende de la mente humana*”. PARIONA, Raúl. La autoria mediata por organización em la sentencia contra Fujimori. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**Revista de doutrina de Direito Penal Internacional**). 11/2019. Disponível em: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_375.pdf> Acesso em 26 de set. de 2022. p.613.

401 PARIONA, Raúl. La autoria mediata por organización em la Sentencia contra Fujimori. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**Revista de doutrina de Direito Penal Internacional**). 11/2019. p.609. Disponível em: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_375.pdf>. Acesso em: 26 de set. de 2022. p.616.

402 PARIONA, Raúl. La autoria mediata por organización em la Sentencia contra Fujimori. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**Revista de doutrina de Direito**

d) A alta disponibilidade dos executores ao fato

Como último pressuposto apontado na sentença, a alta disponibilidade dos executores ao fato tem caráter subjetivo e contraria a fungibilidade à medida em que a ideia se firma na existência de uma predisposição psicológica incondicional do executor direto para cumprir as ordens criminosas que seria a garantia do domínio do fato do “homem de trás”.⁴⁰³

Da mesma forma como foi empreendida na fungibilidade, a Corte Suprema de Justiça entendeu que a alta disposição para o fato seria um pressuposto indispensável à autoria por organização. Esse entendimento carece de rechaço, à vista que não se pode considerá-lo como um elemento indispensável a existência da autoria mediata por organização, pois, ainda que não exista a disposição do autor imediato ao ato criminoso, é possível o domínio do fato pelo homem de trás.⁴⁰⁴

Basta lembrar dos crimes perpetrados pelo Nacional Socialismo Alemão, quando muitos soldados, que não tinham disposição à criminalidade e que não concordavam com as políticas totalitárias do governo para o extermínio de seres humanos em massa cumpriam as ordens criminosas para não perderem suas promoções dentro da carreira política e militar, para não sofrerem represálias ou agradar seus superiores, ou até mesmo não as cumpria.⁴⁰⁵

Penal Internacional), 11/2019. p.609. Disponível em: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_375.pdf>. Acesso em: 26 de set. de 2022. p.613.

403 CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. **Caso Alberto Fujimori**. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 740. p. 649. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

404 CORTE suprema de justicia de la república do peru. sala penal especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009. Parágrafo 740. p. 649. **INTERNATIONAL CRIMES DATABASE**. Disponível em <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Fujimori_Sentencia_7-4-2009.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

405 PARIONA, Raúl. La autoria mediata por organización em la Sentencia contra Fujimori. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**Revista de doutrina de Direito Penal Internacional**), 11/2019. p.609. Disponível em: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_375.pdf>. Acesso em: 26 de set. de 2022. p.613.

Portanto, podemos concordar com Pariona no sentido de que tanto a fungibilidade quanto a alta disposição do executor imediato para o fato são elementos constitutivos da autoria mediata por organização, contudo, não são imprescindíveis para a existência desta forma de autoria, como bem acima explanado.

Por fim, a sentença proferida pela Câmara Especial da Suprema Corte de Justiça do Peru, se apresenta como um verdadeiro tratado sobre a Teoria do Domínio do Fato. Composta por 708 páginas didaticamente escritas em cinco partes, tornou-se um precedente que demonstra a efetividade do domínio do fato nos casos de responsabilidade penal dos autores nos crimes cometidos em virtude de aparatos organizados de poder.

A decisão da Câmara Especial da Corte Suprema teve uma ressonância tão positiva na ciência penal alemã que a doutrina chegou a alegar que os juízes peruanos trataram a sentença com tantos detalhes e rigor científico que nem mesmo o Tribunal Supremo Alemão o faria assim.⁴⁰⁶

Ainda, por sua importância, a renomada *Revista de Dogmática Penal Internacional (Zeitschrift fur Internationale Strafrechtsdogmatik)* dedicou ao caso Fujimori um número especial - 11/2009 – (*Aus Wissenschaft und Praxis – Das Urteil gegen Alberto Fujimori*), que contou com a publicação de onze artigos escritos por juristas de renome alemão como o próprio Claus Roxin, Kai Ambos, Günther Jakobs, Friedrich-Christian Schroeder, Thomas Rotsch, Rolf Herzberg; os peruanos, Dino Carlos Caro Coria, Percy García Cavero, Iván Meini e Raúl Pariona Arana, além do Holandês Harmen van der Wilt.⁴⁰⁷

406 SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Eduardo Saad-Diniz, Andrês Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (organização). São Paulo: LiberArts, 2013. p.35.

407 ZEITSCHRIFT fur Internationale Strafrechtsdogmatik. Nº 11/2009 – **Aus Wissenschaft und Praxis – Das Urteil gegen Alberto Fujimori**. Disponível em: <https://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2009_11_ger.pdf>. Acesso em: 03 de jan. de 2023.

CONCLUSÃO

Quando se iniciou o trabalho de pesquisa, o problema apresentado que pavimentou o caminho para a investigação surgiu do questionamento da efetividade da teoria do domínio do fato idealizada por Claus Roxin, mais pontualmente no que pertine ao reconhecimento da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder como instrumento delimitador da autoria e da participação.

Verificou-se que as objeções postas em desfavor da teoria se firmaram na negativa de reconhecê-la como uma forma independente de autoria mediata, cuja peculiaridade se encontra na capacidade livre e consciente do autor imediato, que não estando sob o domínio do erro, da coação ou da inimputabilidade, teria o domínio do fato e da ação. Para esses críticos a forma mais adequada para o caso seria a coautoria ou a instigação.

Diante disso, constata-se que o objetivo geral de analisar a efetividade da teoria do domínio do fato de Claus Roxin foi atendido, haja vista que o trabalho conseguiu demonstrar que a autoria mediata por aparato organizado de poder deve ser considerada o instrumento jurídico mais condizente nos casos que envolvem a macrocriminalidade de sistemas criminosos no âmbito nacional e internacional.

O objetivo específico inicial foi distinguir as principais teorias clássicas que tentaram explicar o conceito de autor e de partícipe no concurso de pessoas antes da ideia da teoria do domínio do fato. Temos que tal objetivo foi atendido, porque conseguimos compreender e demonstrar a ideia individualizada de cada teoria que tentou delimitar o autor do partícipe, contudo, nenhuma delas foi coerente no seu conceito e nas suas formas, deixando lacunas que não conseguiram delimitar a figura do autor da figura do partícipe.

O segundo objetivo específico, também atendido, foi abordar as formas e espécies de autoria e de participação no direito penal, pós teoria do domínio do fato, constatando as ideias propugnadas por Roxin na tese do seu trabalho monográfico, em 1963, que resultou na tripartição concei-

tual da autoria direta na forma de *domínio da ação*, da coautoria na forma de *domínio funcional* e da autoria mediata na forma de *domínio da vontade*.

Da mesma forma, atendido foi o terceiro objetivo específico, que se preocupou em examinar a teoria do domínio do fato de Claus Roxin, expondo seus fundamentos e pressupostos caracterizadores com suas críticas e objeções.

A partir daí, foi possível verificar que Roxin fundamentou o domínio da vontade por organização em três bases principiológicas: a) que o sistema de aparato organizado de poder é o verdadeiro garantidor da execução do crime ordenado pelo “autor de escritório”; b) que o “homem de trás” e o executor direto atuam de formas diferentes de domínio do fato, enquanto um possui o *domínio da ação*, o outro possui o *domínio da organização*; c) que a ação positiva e capaz do homem da frente é o que caracteriza em si a autoria e o domínio do fato, não sendo, pois, o “déficit” do “instrumento”, como ocorre no erro e na coação.

E quanto aos pressupostos caracterizadores da autoria por organização, Roxin estabeleceu o *poder de mando*, a *desvinculação do direito pelo aparato de poder*, a *fungibilidade do executor direto* e a *essencial disposição elevada dos executores ao fato*.

O quarto e último objetivo específico foi analisar a receptividade da jurisprudência estrangeira e do Tribunal Penal Internacional, que foi atendido em sua totalidade quando conseguimos verificar a implementação do domínio da organização em casos que se tornaram referências na aceitação da teoria do domínio do fato de Roxin, quando dos julgamentos de Adolf Eichmann pelo Tribunal Distrital de Jerusalém, no caso das Juntas Militares da Argentina e no julgamento do ex-presidente peruano Alberto Fujimori. No âmbito do Tribunal Penal Internacional, destacam-se os casos de Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga e Al Bashir.

A pesquisa partiu da hipótese de que a teoria do domínio do fato é uma figura jurídica de efetividade como instrumento delimitador da responsabilidade penal individual do agente nos crimes cometidos em virtude de aparatos organizados de poder. Durante o trabalho, verificou-se que, embora passível de críticas e objeções, a teoria goza de aceitação

de grande parte da doutrina e da jurisprudência estrangeira e internacional, confirmando-se, assim, a hipótese para reconhecer a efetividade da autoria mediata por organização.

Portanto, a pergunta do problema de pesquisa encontra-se respondida positivamente como sendo a autoria mediata por organização o instrumento efetivo na busca da responsabilidade penal do agente nos crimes de aparatos organizados de poder.

A resposta veio, principalmente, dos importantes julgamentos analisados que se tornaram referências para a efetiva punibilidade de perpetradores inseridos num sistema de aparato organizado de poder caracterizado dentro dos critérios estabelecidos por Roxin.

Podemos destacar como dificuldades no desenvolvimento do trabalho o difícil acesso a alguns materiais doutrinários e jurisprudencial que se encontram escritos em língua alemã e que poderia, certamente, engrandecer a dissertação. Em face dessas limitações, sugere-se a busca em publicações literárias e jurisprudencial sobre o tema em livros, artigos e sites de língua espanhola.

REFERÊNCIAS

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

ALMANAQUE DOS CONFLITOS. **Movimento revolucionário Túpac Amaro (MRTA)**. <<https://almanaquedodosconflitos.wordpress.com/2018/03/19/movimento-revolucionario-tupac-amaru-mrta/>>. Acesso em 30 de out. de 2022.

AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para una elaboración dogmática. Tradução Ezequiel Malarino. Montevideú, Uruguai: Konrad-Adenauer, 2005.

AMBOS, Kai. **Dominio del hecho por domínio de voluntad em virtude de aparatos organizados de poder**. Tradução Manuel Cancio Melia. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia. 1998.

AMBOS, Kai. **Dogmática actual de la autoría y la participación criminal**. Nelson Salazar Sanchez (coord.). Lima – Peru: IDEMSA, 2007.

AMBOS, Kai. **Direito Penal: Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

AMBOS, Kai. **Dominio por organización**. Estado de la discusión. Trad. Ezequiel Malarino. Revista brasileira de ciências criminais. n. 68, p. 69-111, v. 15, 2007.

AMBOS, Kai. El caso Eichman. **Anuario del Derecho penal y ciencias penales**. Tomo LXVIII, P.79-88. Fascículo único. Gobierno de España. Ministerio de Justicia. 2015. Disponível em: <<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/issue/view/156/100>>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

AMBOS, Kai, Paulo de Sousa Mendes, orgs. – Fábio Roberto D’Avila *et alii* – **O passado e o presente na teoria do delito de Aníbal Bruno**. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2017. Vol. 4.

AMBOS, Kai *et al.* **Eichmann em Jerusalém: 50 anos depois**. Organização Paulo de Sousa Mendes, Luis Pereira Coutinho. Ed 1. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

AMBOS, Kai. El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], n. 5, p. 229–272, 2019. Disponível em: <<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24628>>. Acesso em: 10 de out. de 2022.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal. Parte general.** Tercera reimpressão. Santa Fé de Bogotá - Colombia: Temis, 1996.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal.** Parte general. ed. 2 Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BATISTA, Nilo. **Concursos de agentes:** uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BETTIOL, Guisepp. SANTOS, Edméia Gregório dos Santos. (coord.). **Direito Penal.** Campinas: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal:** parte geral, tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime:** Coleção ciência criminal contemporânea, volume 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral, volume 1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral, volume 1. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CABANA. Patrícia Faraldo. **Responsabilidad penal del dirigente em estructuras jerárquicas;** la autoría mediata com aparatos organizados de poder. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición dele x presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**Revista de doutrina de**

Direito Penal Internacional). 11/2019. p.583. Disponível em: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_373.pdf> Acesso em 13 de nov. de 2022. Acesso em: 13 de nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso La Cantuta Vs. Peru. Sentença de 29 de novembro de 2006 (Mérito, Reparações e Custas)**. Disponível em: <<https://summa.cejil.org/api/files/1497221268051urlI-7v98k0e8io86fse0fi529.pdf>>. Acesso em: 31 de out. de 2022.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DO PERU. SALA PENAL ESPECIAL. **Caso Alberto Fujimori. Sentença em 07-04-2009**. Parágrafos 729 e ss. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1102>>. Acesso em: 31 de out. 2022.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: Parte geral. Tomo I. 1ª. edição brasileira. 2ª edição portuguesa. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

DÍAZ y García Conlledo, Miguel. **La autoria em derecho penal. Caracterización general yespecial atención al códigopenal colombiano**. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1031/975>>. Acesso em: 10 de out. de 2022.

DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal**. Segunda edición ampliada y profundizada. Buenos Aires: Rurinzal – Culzoni Editores, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

EVANS, Richard J. **O terceiro reich em guerra**. Tradução Lúcia Brito, Solange Pinheiro. 2. Ed - São Paulo: Planeta, 2014.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A codelinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. Ed.15. Rio de Janeiro. Forense, 1995.

GOLDENSOHN, Leon; GELLATELLY, Robert. **Entrevistas de Nuremberg: revelações dos nazis a um psiquiatra**. São Paulo: Tinta da China. 2014. Tradução Raquel Moura. 1.ed. Lisboa: Tinta da China, 2014.

GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HERZBERG, Rolf D. Autoría mediata e inducción em las organizaciones formales. In: Yesid Reyes Alvarado. Hernán Dario Orozco López. (Editores) **Aparatos organizados de poder**. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado, 2020. *E-Book* (215 p.). INBS: 9789587904161. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?ref_=dbs_p_ebk_r00_pbc_rnvc00&_encoding=UTF8&asin=B08LMD6LMS> Acesso em: 13 de nov. 2022.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. Traducción Joaquin Cuello Contreras. José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons. 1997.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal Internacional**. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

JESCHEK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción de la 5ª edición alemana, completamente renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete. Breña-Peru: Instituto Pacífico S.A.C. 2014, v. 2,

JESCHEK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte general**. V.II. Traducción de la 5ª edición alemana, completamente renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete. Breña-Peru: Instituto Pacífico S.A.C. 2002.

JULGAMENTO de Eichmann. **Museu Memorial do Holocausto dos Estado Unidos**, Washington, DC. Última edição: 16 Jul 2021. Disponível em: <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/eichmann-trial>> Acesso em 20 de set. de 2022.

JORNAL EL PAIS. **Morre Abimael Guzmán, líder do Sendero Luminoso Condenado pela morte de 30.000 pessoas no Peru**. <<https://brasil.elpais.com/internacional/2021-09-11/morre-abimael-guzman-o-lider-do-sendero-luminoso-condenado-pela-morte-de-30000-pessoas-no-peru.html>>. Acesso em: 30 de out. de 2022.

KOBASHI, N. Y.; JATENE, C. V.; CRIVELENTE, M. R. Lugares de memória e resistência da América Latina: levantamento, organização e difusão de informações em um website. **PerCursos**, Florianópolis, v. 20, n. 42, p. 159 - 185, 2019. DOI: 10.5965/1984724620422019159. Disponível em: <<https://www.revistas.udesc.br/index.php/percursos/article/view/1984724620422019159>>. Acesso em: 8 de dez. de 2022.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. V. I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Ed. Fac-sim. Senado Federal. Superior Tribunal de Justiça. Brasília-DF. 2006.

LÓPEZ DE LA TORRE, C. F. La Alianza Anticomunista Argentina. Análisis de su trayectoria y articulaciones represivas. **Estudios Sociales del Estado**, [S. l.], v. 6, n. 12, p. 155-193, 2020. DOI: 10.35305/ese.v6i12.233. Disponível em: <<https://www.estudiossocialesdelestado.org/index.php/ese/article/view/233>>. Acesso em: 27 dec. 2022.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo 2. Tradução Ruan Cordoba Corda. Barcelona: Ediciones Ariel. 1962.

MEINI, Ivan. **La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori**. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. A.v. 19 – 2001) emitida por la Sla Penal especial de la Corte Suprema. Páginas 603-608.

Disponível em: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_375.pdf>
Acesso em: 17 de novembro de 2022.

MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Ed.J. Mestieri, 1990.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal. Parte General**. Buenos Aires–Argentina: Bibliografía Argentina, 1958.

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?** Arias Montano. Repositorio institucional de la Universidad de Huelva. Disponível em: <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12625/Problemas.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

MUÑOZ CONDE, Francisco, **Teoria geral do delito**. Tradução e notas Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal. Parte general**. 8ª ed. Valencia: Tirant to Blanch, 2010.

NÚCLEO Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. **Caso Barrios Altos versus Peru**. Disponível em: <https://nidh.com.br/barrios-altos-vs-peru-2001-as-origens-do-controle-de-convencionalidade/#_ftnref6>. Acesso em: 31 de outubro de 2022.

OLÁSULO Alonso, Héctor. **Estudios de Derecho penal internacional**. 1.ed. Tlalpan-México: Edición y distribución a cargo del Instituto nacional de Ciencias penales, 2010.

OLÁSULO Alonso, Héctor. **Tratado de autoria y participación en derecho penal internacional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Autor y cómplice em Derecho penal**. Montevideo: B de F Ltda, 2012.

PARIONA, Raúl. **La autoria mediata por organización em la Sentencia contra Fujimori**. ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (Revista de doutrina de Direito Penal Internacional). 11/2019. Disponível em: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_375.pdf> Acesso em 26 de set. de 2022. Acesso em: 26 de set. 2022.

PROCURADOR geral vs. adolf eichmann. **ICD – International Crimes Database**. Disponível em: <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/192/Eichmann>>. Acesso em: 26 de set. de 2022.

ROXIN, Claus. **Problemas de autoria y participación em la criminalidade organizada**. Tradução de Enrique Anarte Borrallo. Revista Penal, nº 2, 1998. Arias Montano. Repositorio institucional de la Universidad del Huelva. Disponível em: <<http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/13228>> Acesso em: 13 de nov. de 2022.

ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. da 6ª edição alemã por Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998.

ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Da 7ª edição alemã por Cuello Contreras y Gonzalez de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. **Lusíada. Direito**, (3), 39–54. Disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/717>. Acesso em 02 de set. de 2022.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. de Pablo Alflen. **Revista Law E-Journal – Panóptica**, Ano 3, vol. 17, 69-94. 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/lucim/

Downloads/O_dominio_por_organizacao_como_forma_ind.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

ROXIN, Claus. “**Posição hierárquica não fundamenta o domínio do fato.**” [Entrevista concedida ao Jornal Tribunal do Advogado], Rio de Janeiro. Revista Consultor Jurídico, 15 de nov de 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/posicao-hierarquica-nao-fundamenta-dominio-fato-explica-claus-roxin>> Acesso em: 23 de out. de 2022.

ROXIN, Claus. Teoria do domínio do fato é usada de forma errada. In: **Revista Consultor Jurídico**, 11 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-11/claus-roxin-teoria-dominio-fato-usada-forma-errada-stf>>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

ROXIN, Claus: Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ROXIN, Claus. El dominio de organizacion como forma independiente de autoria mediata. **Revista de estudios de la justicia**. nº 7 – ano 2006. Facultad de derecho, Universidad de Chile. Disponível em: <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081/15499>>. Acesso em: 13 de nov de 2022.

ROXIN, Claus. Autoria Mediata - Legendado (Teoria do Domínio do Fato). Palestra proferida na Universidade Sérgio Arboleda. Canal de Direito Penal - Rodrigo Capobianco. Bogotá: Colômbia. **Youtube**. 17 ago. 2017. 59min18s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GAFNp-599jdA&t=456s>>. Acesso em: 20 jun. de 2022.

SANTIAGO, Mir Puig. **Derecho penal**: parte general. 8.ed. Ciudad de Granada -Barcelona: Tecfoto, S.L. 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2020.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (organização). São Paulo: LiberArts, 2013.

SENTENÇA. Caso Abimael Guzmán Reinoso y otros. Disponível em: <https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/GuzmanReinoso_Decision_13-10-2006.pdf> Acesso em: 18 de nov. de 2022.

STRASSERA, J.C. **La acusación**: lucimiento de un fiscal. 1985. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/fiscal02.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2022.

WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Astrea, 1951.

WELZEL, Hans. Crítica à Teoria Subjetiva da Participação. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 104–111, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/57107>>. Acesso em 12 de nov. de 2022.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: Parte general. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma.1956.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. Traducción del alemán por los profesores. Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. 11 ed. Castellana. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. Tradução Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. 4ª ed. castellana. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

Este livro foi diagramado na tipografia
Proxima Nova, em 2025.