



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DEJANEIRO

RESPONSABILIDADE DO AUTOR DE ESCRITÓRIO EM APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER

Bruna Mendes d' Almeida

Rio de Janeiro
2018

BRUNA MENDES D' ALMEIDA

RESPONSABILIDADE DO AUTOR DE ESCRITÓRIO EM APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

RESPONSABILIDADE DO AUTOR DE ESCRITÓRIO EM APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Bruna Mendes d' Almeida

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.Advogada

Resumo- Em grandes aparatos de poder desvinculados do Direito sempre há uma rigorosa hierarquia e subordinação que permitem ao mentor de ideias delitivas -autor de escritório, realizar seus crimes por meio de executores fungíveis, porém plenamente capazes. Tal questão ficou muito em voga com os crimes do nazismo. O presente artigo visa analisar como o autor de escritório deve ser responsabilizado pelas suas ordens. Objetiva ainda a discussão sobre qual a melhor teoria de autoria aplicável – teoria objetivo formal ou teoria do domínio do fato, e por fim; no último capítulo refletimos sobre as divergências doutrinárias sobre a posição ocupada ser a de autor mediato ou de coautor.

Palavras-chave – Domínio do Fato. Domínio por vontade. Autoria Mediata. Aparatos organizados de poder.

Sumário – Introdução.1. Reflexão sobre qual teoria de autoria deve ser adotada na responsabilização do autor de escritório. 2 Como compatibilizar a autoria mediata com um executor plenamente responsável? 3. A qual título responsabilizar o autor de escritório?. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como assunto a responsabilidade do autor de escritório nos aparatos organizados de poder. O intuito deste trabalho é a discussão sobre a qual título deve-se responsabilizar o sujeito que planeja os crimes de uma organização desvinculada do direito e se utiliza de executores fungíveis para perpetrar os delitos. Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e casos verídicos ocorridos ao redor do globo.

A situação foi analisada pela primeira vez por Roxin, em razão do julgamento de Eichamann. Adolf Eichamann foi um funcionário da Alemanha nazista. Ele era responsável pela logística dos transportes dos judeus para os campos de concentração. Ao ser julgado em Jerusalém, os juízes da Corte tiveram que alargar os conceitos jurídicos até então conhecidos para poder responsabilizar Eichamann pelas mortes ocorridas em campos de concentração. Não há dúvidas que moralmente o nazista deveria ser condenado, pois foi responsável pelas

mortes, ao levar judeus para campos de extermínio. No entanto, quem ligava as câmeras de gás, não era ele, mas sujeitos plenamente responsáveis por seus atos. Como imputar responsabilidade a um sujeito quando há outro plenamente capaz que executa o delito e entre eles não há prévio acordo? Neste contexto Roxin desenvolveu a teoria criada por Welzel em 1939, o domínio do fato.

Ao longo dos anos diversos conceitos de autor foram criados para tentar resolver a complexa questão de autoria e participação. O primeiro capítulo deste artigo é uma reflexão sobre qual teoria de autoria que reflete melhor o ideal de justiça para situações como essa, seria a teoria objetivo-formal, hoje adotada pelo o nosso Código Penal ou a teoria do domínio do fato?

No segundo capítulo, após adotar a teoria do domínio do fato como a mais adequada para tais situações e entender que a responsabilização deve ser a título de autoria mediata, examina-se se realmente é possível existir um autor mediato por de trás de outro plenamente responsável.

O terceiro capítulo é uma reflexão sobre as divergências doutrinárias. Uma questão como a responsabilização de autores de escritório não é fácil e não gera unanimidades. Jakobs, respeitado jurista alemão, entende que no caso deveria ser cogitada a coautoria, ao invés da autoria mediata. O último capítulo propõe um dialogo entre as concepções de Roxin e de Jakobs.

A pesquisa é analítico-bibliográfica, fez-se um levantamento bibliográfico na literatura jurídica, a partir do estudo de livros e artigos especializados. Também foi utilizado o método histórico para permitir uma melhor compreensão do tema a partir dos acontecimentos da história recente, tais quais: julgamento de Eichmann, de Fujimori e de Abimael Guzmán –chefe do Sendero Luminoso.

1. REFLEXÃO SOBRE QUAL TEORIA DE AUTORIA DEVE SER ADOTADA NA RESPONSABILIZAÇÃO DO AUTOR DE ESCRITÓRIO

Ao longo dos anos estudiosos do Direito Penal criaram diversas teorias¹ para explicar a complexa relação que se estabelece entre a conduta descrita no tipo penal e os sujeitos que a

¹ A distinção entre autor e partícipe é um tema amplamente discutido. Nesse artigo iremos analisar as duas principais teorias que promovem essa diferenciação: teoria-objetivo formal e teoria do domínio do fato. Resumidamente, a primeira entende que autor é quem pratica o núcleo do tipo e partícipe quem pratica ações fora do verbo nuclear; a última compreende como autor quem realiza a figura típica e quem tem o controle da

praticam. Inicialmente apareceu o conceito extensivo de autor. Esse conceito classifica como autor o homem que executa de fato o delito e também aquele que o instiga ou presta ínfimo auxílio material; não há distinção entre autor e partícipe. Tal diferenciação é importante juridicamente para os contornos da aplicação da pena e esse aumento na dosimetria do sujeito que teve maior papel no planejamento delitivo é moralmente defensável e desejável para atender os fins retributivos da pena.

Como resposta as críticas do conceito extensivo foi formulado o conceito restritivo de autor. De acordo com o novo conceito, autor é só quem realiza a conduta descrita no tipo penal, a responsabilização de quem ajuda na concretização de qualquer outra forma ocorre por uma ampliação da punibilidade, na medida que penaliza condutas existentes fora do tipo.² Esse conceito se subdivide na teoria objetivo-material e na teoria objetivo formal.

O Código Penal Brasileiro criado pelo Decreto-lei 2.848, de 1940, seguiu o pensamento vigente à época e adotou o conceito restritivo de autor. Ou seja, estipulou diferença entre autoria e participação. A teoria objetivo-formal³ prega que autor é aquele que pratica o núcleo do tipo e que todos os outros que influem para a concretização do tipo são partícipes.

Todavia, tal teoria⁴ não é suficiente para os crimes realizados por aparatos organizados de poder, estruturas da criminalidade com um funcionamento específico, que tem uma vida independente dos seus membros. Tal sistema possibilita que o “homem de trás” ou “autor de escritório” tenha total controle dos fatos. Tais ordenações executam o crime de modo automático, o homem de trás já arquitetou todo o planejamento e os sujeitos que praticam o núcleo do tipo são apenas engrenagens da máquina delinquente. Apesar dos executores terem total consciência e responsabilidade dos seus fatos são engrenagens da estrutura.

Pela teoria objetivo-formal⁵ o autor de escritório não responderia como autor, mas como mero partícipe. Tal teoria não parece a mais condizente com os sentimentos de justiça. Não é correto que o sujeito que organiza todo um aparato criminoso, aumentando demasiadamente a potencialidade lesiva aos bens jurídicos seja responsabilizado como partícipe.

atuação dos demais, sendo partícipe aquele que contribui para o crime, mas sem realizar a figura típica ou controlar os demais.

²ALFEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.52.

³GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.513.

⁴ A teoria objetivo formal sustenta que autor é apenas quem pratica o núcleo do tipo. É a teoria mais aceita na doutrina tradicional.

⁵ Ibidem.

A partir da 2ª guerra mundial a criminalidade foi ficando cada vez mais organizada e essa é uma tendência que aumenta cada vez mais. Essa realidade gerou uma necessidade de buscar uma nova teoria que melhor explicasse as distinções entre autor e partícipe. Nesse diapasão surgiu a teoria do domínio do fato.

A teoria do domínio do fato apesar de ter sido criada por Hans Welzel⁶ em 1939 ficou conhecida pelos trabalhos do jurista alemão Claus Roxin⁷. Ele desenvolveu tal teoria ao analisar o julgamento de Eichmann, percebeu que não havia um conceito legal definido para que pudessem imputar ao nazista a responsabilidade como autor da morte de milhares de judeus que encaminhava ao campo de concentração. O tribunal o penalizou a título de autor, porém Roxin⁸ percebeu a necessidade de uma nova teoria para delimitar a autoria e a participação.

Para a teoria do domínio do fato o autor deve ter um domínio especial da situação, Juarez Tavares⁹ afirma: “Segundo essa teoria, o conceito de autor se desdobra sob quatro domínios: como domínio da ação, como domínio da vontade, como domínio por força de um conhecimento especial e como domínio funcional do fato”. Heleno Fragoso¹⁰ também explica essa teoria.

Nos crimes dolosos, a doutrina moderna tem caracterizado como autor quem tem o domínio final do fato, no sentido de decidir quanto à sua realização e consumação, distinguindo-se do partícipe, que apenas cooperaria, incitando ou auxiliando. A tipicidade da ação não seria, assim, decisiva para caracterizar o autor. Necessário seria ter o agente o controle subjetivo do fato e atuar no exercício desse controle. Assim, seria autor não apenas quem realiza a conduta típica (objetiva e subjetivamente) e o autor mediato, mas também, por exemplo, o chefe da quadrilha que, sem realizar a ação típica, planeja e decide a atividade dos demais, pois é ele que tem, eventualmente em conjunto com outros, o domínio final da ação.

Esse novo critério atende perfeitamente à nova realidade das estruturas organizadas de poder nas quais o autor de todo o planejamento raramente é o mesmo que executa o tipo. Dentro da ideia geral do domínio do fato estão inclusas todas as formas de autoria: a direta,

⁶Ibidem.

⁷ROXIN, Klaus, O domínio por organização como forma independente de autoria mediata, *Revista Eletrônica de Direito Panóptica*, V. 4, n.3 p. 69-94, 2009. Disponível em :http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/0. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁸Ibidem.

⁹TAVARES, Juarez. Disponível em: <www.juareztavares.com/Textos/apontamentos_autoria.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹⁰FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 202.

em que o sujeito realiza direta e imediatamente o delito, ele tem o domínio da ação; na mediata, o sujeito não realiza o núcleo do tipo, valendo-se de um instrumento, porém ele possui o domínio da vontade e a co-autoria, onde encontramos a repartição de tarefas, traduzido no domínio funcional do fato, cada coautor tem funções preestabelecidas que são distribuídas entre eles.

A teoria do domínio do fato¹¹ parece muito mais completa e resolve a questão da responsabilização quanto aos aparatos organizados de poder de maneira melhor que a antiga teoria formal objetivo. Pela teoria do domínio do fato o autor de escritório é punido a título de autor, diferentemente da teoria objetivo-formal, na qual seria penalizado a título de partícipe. Sendo assim, é claramente perceptível que a teoria do domínio do fato é a que melhor se adéqua ao conceito de justiça.

A aplicação desta teoria é além de ter sido originada em grandes expoentes do Direito penal é acolhida pela doutrina moderna. Contudo, devemos ressaltar que o domínio do fato não tem papel apenas na teoria acadêmica. Tal arquétipo já foi utilizado em importantes julgados ao redor do mundo. A Suprema Corte Peruana em brilhante decisão na qual explica e aprofunda trazendo novos contornos a teoria, já a utilizou no julgamento de seu ex-presidente Alberto Fujimori¹² e de Abimael Guzman¹³, chefe do Sendero Luminoso.

Ao pensar sobre esses dois casos podemos verificar que tal teoria pode ser utilizada em qualquer aparato organizado de poder. O autor de escritório pode estruturar um aparato de poder – que obviamente deve ser desvinculado do Direito- tanto em meios obscuros como em uma organização terrorista como o Sendero Luminoso quanto no meio da alta cúpula do poder, caso de Fujimori e não só, não podemos esquecer do julgamento das juntas militares argentinas.

Uma vez sedimentado que a teoria do domínio do fato que deve servir de instrumento para a análise da autoria nos aparatos organizados, é necessário também investigar qual tipo de autoria melhor se coaduna à hipótese.

¹¹ Essa teoria, desenvolvida por Roxin, entende que a autoria não é restrita a quem realiza a figura típica, abrange também quem controla a ação de outros indivíduos.

¹² PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. *Sentença de Alberto Fujimori*. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹³ PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. *Sentença de Abimael Guzman*. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20080616_33.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

2. COMO COMPATIBILIZAR A AUTORIA MEDIATA COM UM EXECUTOR PLENAMENTE RESPONSÁVEL?

O domínio do fato não ocorre apenas quando o autor realiza diretamente a conduta típica. Também é possível reconhecer a autoria quando alguém domina a vontade de outrem para que este execute o fato típico, isso é o que chamamos de autoria mediata. É uma forma de autoria indireta na qual, via de regra, o instrumento age em erro. O autor mediato induz um sujeito ao erro e o utiliza como intermediário para praticar seu crime.

As hipóteses mais usais da autoria mediata reconhecidas pela doutrina são o erro determinado por terceiro, coação moral irresistível e a imputabilidade do executor da conduta delitiva¹⁴. Todas essas situações tem em comum a irresponsabilidade do instrumento. Nos aparatos organizados de poder o executor direto dos delitos é um homem e plenamente capaz que age com consciência e é capaz de determinar seus atos. Desta forma como poderíamos aplicar a teoria da autoria mediata nesses casos?

O funcionamento específico dessas estruturas - que tem uma vida independente dos seus membros- permite que o “homem de trás” tenha total controle da situação. O indivíduo que executará a ordem delituosa atua de modo automático; ele não precisa fazer um esforço mental de decisão, pois tudo já foi esquematizado pelo homem do escritório. Ele é apenas uma engrenagem da estrutura delinquente; não é nem necessário que o idealizador do plano o conheça. Em grandes aparatos de poder o mandante pode até não saber quem executará a sua ordem, mas tem a certeza de que ela será cumprida, pela própria natureza do organismo.

Para explicar a organização dessas estruturas, Roxin¹⁵ sustenta que o domínio do fato pela vontade, por meio de um instrumento cambiável. O chefe da organização delitiva ordena fatos puníveis a autores autônomos que poderão ser punidos como autores mediatos. A ideia do jurista era transpor conceitos cotidianos para a dogmática jurídica. A autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder proposta pelo autor se baseia em quatro pilares: poder de mando; desvinculação do direito; fungibilidade do executor direto e disposição essencialmente elevado dos executores ao fato. Para aplicar essa teoria que possibilita responsabilizar tanto o instrumento quanto o autor imediato devem estar presentes no caso concreto tais requisitos: poder de mando; desvinculação com o direito; fungibilidade do executor e disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.

¹⁴GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p 518.

¹⁵AMBOS, Kai. Dominio Del hecho por domínio de voluntad en virtude de aparatos organizados de poder: una valoración crítica y ulteriores aportaciones. *Ciencias Penales: Revista de La Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. n. 17, v. 12, 2000. 29-47. Acesso em: 20 fev 2018.

O poder de mando nas estruturas criminosas complexas decorre de seu elevado nível de organização. Elas são formadas por uma rigorosa cadeia hierárquica verticalizada na qual o planejamento estratégico parte dos que ocupam o topo dos altos escalões para seus subordinados que serão os executores. Roxin clarifica a questão ao dizer: “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 de um superior”.¹⁶

Ao analisar o caso de Fujimori a Corte Peruana adotou a teoria de Roxin, ou seja, condenou o ex-presidente pelos assassinatos cometidos pelo Grupo Colina por entender que as ordens de extermínio partiam de Fujimori. Na brilhante sentença¹⁷ da corte é possível encontrar uma conceituação do poder de mando:

O poder de mando é a capacidade do nível estratégico superior – do homem de trás – de impor ordens ou designar papéis aos membros da organização que a ele estão subordinados. Esta capacidade se adquire, ou pode ser conferida, em razão da posição de autoridade, liderança ou ascendência derivados de fatores políticos, ideológicos, sociais, religiosos, culturais, económicos ou de índole similar. O poder de mando do autor mediato se manifesta exercitando ordens, de modo expressou implícito, as quais serão cumpridas devido a automaticidade que outorga a própria constituição funcional do aparato. É dizer, sem que seja necessário que quem ordena deva recorrer a coação ou ao engano de potenciais executores.

A definição é excelente e nos permite refletir que esse tipo de organização pode se formar não só por líderes de guerras ou de associações para o tráfico, como também no âmbito religioso, ou político.

A desvinculação com o Direito significa que a organização deve atuar a margem do sistema jurídico nacional e internacional. Transforma-se em uma espécie de Estado dentro do Estado, apartando-se das normas legais e criando suas próprias ordens.

Esse é um dos pressupostos mais controvertidos de sua teoria, inclusive, alguns

¹⁶ROXIN, Klaus, O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. *Revista Eletrônica de Direito Panóptica*, V. 4, n.3 p. 69-94, 2009. Disponível em: http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/00.> Acesso em: 20 fev. 2018.

¹⁷El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás– de impartir ordenes 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. PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. *Sentença de Alberto Fujimori*. Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf.> Acesso em: 10 dez. 2017.

autores¹⁸ que defendem a teoria não o reconhecem como requisito essencial. Kai Ambos¹⁹ cita o caso dos atiradores do muro de Berlim como hipótese na qual há domínio funcional por organização no qual não há desvinculação com o Direito, até porque os atiradores eram guardas da própria Alemanha.

Roxin em nenhum momento disse que o afastamento do Direito deveria ser completo, em todas as ações da organização. Além disso, o jurista ressalta que é possível que essa estrutura criminosa floresça nos órgãos mais altos do Estado, como ocorreu no caso da 2ª Guerra Mundial²⁰, por isso ele frisa que essa desvinculação não é analisada apenas sob o âmbito do direito interno, como também do direito internacional. Obviamente é mais difícil sustentar tal requisito no âmbito da criminalidade estatal, até porque como dizia Wetzel²¹ o Estado se utiliza do Direito Penal para auto proteger-se.

A fungibilidade do executor é reconhecida pelo fato de que quem pratica diretamente a conduta delitiva pode ser substituído a qualquer momento, não há uma relação de personalidade no recebimento das ordens e cometimento dos crimes. O autor de escritório na maioria das vezes não sabe quem executará seu comando, não precisa coagir ninguém, no entanto ele tem total certeza de que sua ordem será cumprida, pois a própria organização do aparato tem tal natureza impessoal.

Não se pode olvidar que não é pelo fato de ser chefe da estrutura que se responderá por qualquer delito cometido por um executor, o autor do escritório só será responsabilizado pelos atos que ordenou. Não poderia ser o contrario, pois o direito penal em nenhum caso admite a responsabilidade penal objetiva.

Inicialmente Roxin²² formulou apenas os três primeiros pressupostos, o quarto requisito, a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato, só foi acrescentado alguns anos depois. O conceito de tal elemento é que há uma predisposição psicológica do executor a realização da ordem criminosa. Não é apenas a fungibilidade do executor que

¹⁸AMBOS, Kai. Dominio del hecho por domínio de voluntad en virtude de aparatos organizados de poder: una valoración crítica y ulteriores aportaciones. *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. n. 17, v. 12, 2000. 29-47.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Conflito histórico mundial entre 1939 e 1945 provocado em parte pelos idéias nazistas de Hitler.

²¹ CONDE, Francisco Muñoz. Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho? *Revista Penal* n.6. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/16mconde.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

²² ROXIN, Klaus, O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. *Revista Eletrônica de Direito Panóptica*, V. 4, n.3 p. 69-94, 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/00> Acesso em: 20 fev. 2018.

assegura o cumprimento da ordem, mas também o interesse internalizado do executor e sua crença e convicção na própria estrutura delituosa.

O agente executor em um aparato organizado de poder tem uma predisposição no acatamento de ordens do que um criminoso eventual. O executor se identifica com o aparato, tem uma noção de pertencimento que gera uma maior motivação para cumprir as ordens.

Roxin²³ criou com base nesses quatro pressupostos uma nova modalidade de autoria mediata, uma autoria indireta por meio do domínio da vontade por um instrumento cambiável. Com base em sua teoria conseguimos visualizar uma forma jurídica de responsabilizar tanto o ordenador quanto o executor de fatos delituosos.

3. A QUAL TÍTULO RESPONSABILIZAR O AUTOR DE ESCRITÓRIO?

A doutrina majoritária, liderada por Claus Roxin²⁴, entende que o autor de escritório é um autor mediato que pratica os seus crimes por meio de executores fungíveis que integram o aparato organizado de poder, porém esse posicionamento não é pacífico na doutrina. Há autores²⁵ como Jakobs que sustentam que o ocupante da posição central da organização é coautor nos crimes praticados pelos executores da organização.

Jakobs²⁶ rechaça a imputação a título de autoria mediata ao homem de trás pois identifica a prática de atos de coautor, ele visualiza uma verdadeira realização comum do fato. Para o Jakobs bastaria o desejo de ajustar-se à conduta do autor para configurar a coautoria, não seria preciso um acordo recíproco prévio entre os coautores. Essa ideia desvirtua a lógica tradicional da coautoria que ensina que duas pessoas serão coautoras de um fato se a executarem ou planejarem conjuntamente.

Na visão tradicional²⁷ da coautoria é indispensável que a decisão de realizar o fato típico seja tomada conjuntamente. Na visão de Jakobs²⁸ para que haja coautoria bastaria a consciência dos dirigentes e dos executores de que o crime será cometido de acordo com

²³ Ibidem.

²⁴ ROXIN, Klaus, O domínio por organização como forma independente de autoria mediata, *Revista Eletrônica de Direito Panóptica*, V. 4, n.3 p. 69-94, 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/0>. Acesso em 20 fev. 2018.

²⁵ SANTOS, Humberto. Autoria Mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresárias, extraído da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCRIM VOL.117.

²⁶ Ibidem.

²⁷ MASON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. 8.ed. São Paulo: Método. 2014, p. 152.

²⁸ SANTOS, Humberto. Autoria Mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresárias, extraído da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCRIM VOL.117.

instruções comuns. Para o autor o elemento decisivo na coautoria não é que os autores se conheçam, mas sim que eles ajam sob o mesmo plano e com a mesma finalidade.

Não há decisão comum, o simples cumprimento de uma ordem, desejar um fim comum não é suficiente para a ocorrência da coautoria. Roxin argumenta que a coautoria baseia-se na obrigação mútua e não na vinculação unilateral do emissor da ordem²⁹. A coautoria tem uma estrutura horizontal e não vertical, ou seja, todos os integrantes do plano tem a mesma relevância. É impossível levar essa afirmação para a organização das estruturas desvinculadas de direito que possuem uma forte hierarquia, revelando-se assim sua verticalização.

Além da ausência do planejamento comum, também não existe uma execução conjunta do fato, e a coautoria é definida pela cooperação baseada na divisão dos trabalhos. Dessa forma, apesar de ser uma teoria interessante defendida por um jurista de renome internacional, ela não se sustenta, pois os mandantes e os executores não se conhecem, estão em posição verticalizada e não há como existir uma tomada de decisão conjunta, elemento fundamental para coautoria.

A principal ideia oposta tese de autoria mediata é a da coautoria, entretanto não é a única. Parcela da doutrina enxerga nas relações dessas estruturas organizadas uma verdadeira instigação. Essa posição é mais próxima da concepção de Roxin, mas nem por isso deve prevalecer.

O instigador desperta uma ideia, porém não participa de seu desenvolvimento. Uma característica essencial da instigação é que o instigador não esteja no centro da decisão, ele não detém o domínio do fato. Sua participação não pode definir ou mesmo alterar o plano delitivo. A função do instigador não é muito ativa, diferente do que se observa no homem de trás que comanda e planeja as atividades de todos os participantes da organização.

O autor de escritório não faz surgir uma ideia e se ausenta do esquema, pelo contrário, ele planeja se o crime ocorrerá ou não, quando e onde. A estrutura clássica da instigação tem no sujeito que apresenta a ideia o elo menos relevante e no executor o sujeito mais importante. Nos delitos cometidos por organizações criminosas adotar tal lógica subverte todo o seu esquema. Nesses aparatos, a responsabilidade aumenta na proporção que nos afastamos daquele que executa os delitos com as próprias mãos. O executor não pode mudar em qualquer aspecto relevante os planos e, mesmo se fizesse, em nada adiantaria para a

²⁹ROXIN, Klaus, O domínio por organização como forma independente de autoria mediata, *Revista Eletrônica de Direito Panóptica*, V. 4, n.3 p. 69-94, 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/0>. Acesso em 20 fev. 2018.

vítima, pois as condições organizatórias asseguram a execução da ordem por outro membro do aparato.

O doutrinador alemão, Rotsch,³⁰ tenta argumentar em favor da instigação que o instigador habitual tem total segurança do resultado que ordena, que não tem dúvidas sobre a realização de sua ideia. No entanto, as comparações se distanciam quando analisamos o grau das ordens do autor de escritório.

O homem de trás não precisa se preocupar em buscar um executor e convencê-lo a realizar seu plano ou com a fidelidade do executor, nos aparatos organizados de poder o próprio aparato já reúne os executores fungíveis que realizarão suas ideias.

Apesar de importantes autores³¹ criticarem a aplicação da autoria mediata em aparatos organizados de poder, e sustentarem novas estruturas para solucionar o caso, a autoria mediata, com certeza, é a melhor solução para questões envolvendo aparatos delinquentes. A teoria do domínio da organização vem sendo perfilhada ao redor do mundo, encontrando guarida em diversos tribunais internacionais.

A corte Peruana adotou a tese da autoria mediata tanto no caso do ex presidente Fujimori quanto no caso de Abimael Gusman. Roxin³² ao comentar a sentença de Fujimori diz:

Ao acolher minhas tese, o Tribunal peruano encontra-se em boa companhia, já que os Tribunais penais internacionais, de forma crescente, recepcionaram a teoria do domínio do fato e, em especial, a figura da autoria mediata por domínio da organização, de especial relevância para a jurisprudência daqueles tribunais. A aceitação dessa figura pelos Tribunais internacionais foi bastante facilitada, já que o parágrafo 25, III, a, de seu Estatuto reconhece não apenas a autoria mediata, mas acrescenta expressamente: “regardless of whether that other person is criminally responsible”. Aqui a possibilidade, por alguns ainda questionada na Alemanha, de existência de um ator por trás de um autor (responsável) é prevista legislativamente.

Esse enxerto mostra a amplitude e o reconhecimento que a autoria mediata por meio de aparatos organizados conquistou. A imputação a título de autor mediato proposta por Roxin é a que melhor explica a responsabilidade do autor de escritório.

A maior crítica feita a tese de Roxin é como poderia existir um autor responsável comandando as ações de outro autor responsável. O autor as rebate explicando que o instrumento não seria o executor, mas sim o próprio aparato. O domínio por organização não

³⁰Ibidem.

³¹Ibidem.

³²ROXIN, Claus. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 19, n. 91, p. 11-20, jul./ago. 2011. Ed. Revista dos Tribunais.

pressupõe o domínio da conduta típica, mas sim o domínio do resultado típico.

O homem de trás não precisa controlar aquele que executará o delito, até porque ele é fungível, pode ser qualquer participante da estrutura. O controle é sobre a realização do fato pois ele exerce o poder de mando no aparato desvinculado do direito que reúne executores fungíveis com disposição elevada de executarem seus comandos.

Ressalto que o domínio do fato por autoria mediata em aparatos organizados de poder não pode ser utilizado para qualquer agrupamento de criminosos. Para que exista a autoria mediata por meio da organização devem estar presentes todos os pressupostos apresentados por Roxin analisados no capítulo dois desse artigo. Cumprindo esses requisitos deve-se responsabilizar o autor de escritório como autor mediato.

CONCLUSÃO

A teoria formal-objetiva não conseguia abarcar todas as hipóteses de autoria do mundo moderno, Roxin percebeu esse fato ao analisar o julgamento de Adolf Eichmann. Ao se deparar com esse problema retomou os estudos de Welzel e desenvolveu a teoria do domínio do fato como hoje conhecemos.

A teoria do domínio do fato ao entender que autor não é apenas aquele que realiza a conduta típica, mas também quem tem o domínio final do fato possibilitou a responsabilização a título de autor para quem até então somente poderia ser visto como um partícipe. Com a adoção de tal teoria, o autor de escritório que controla o domínio do fato passou a ser visto como autor mediato.

Apesar de a autoria mediata clássica ser aplicada em hipóteses de instrumentos impuníveis, seja por estarem em erro ou ausência culpabilidade, Claus Roxin não apresentar determinados pilares para sua aplicação conseguiu compatibilizar a autoria mediata do autor de escritório com a autoria direta do executor capaz.

A ideia de um instrumento punível na autoria mediata causou certa perplexidade. Todavia, Roxin conseguiu compatibilizar um autor de escritório responsável com um executor também responsável. As próprias engrenagens e funcionamento dos aparatos organizados de poder permitem que o chefe da organização tenha certeza de que sua ordem será cumprida. O executor, apesar de não participar da tomada de decisão, assume a ordem do chefe de maneira tão intrínseca que se sente igualmente autor ao executar o fato delitivo.

Mesmo com as explicações de Roxin alguns autores criticam sua posição. Jakobs pugna pela coautoria, porém para que sua posição seja sustentável deveríamos mudar toda a base tradicional desse instituto, o que não seria razoável. Outra posição divergente é a da função de instigador do homem de trás. Essa ideia é mais próxima da de Roxin, contudo também não deve ser aceita. Responsabilizar o autor de escritório como mero instigador não corresponde a real importância de suas ações. Ele não instiga apenas, mas sim cria o próprio plano delitivo que será seguido.

Diante da crescente força de aparatos organizados de poder desvinculados do direito que preocupam tanto a sociedade se faz relevante pensar sobre a responsabilidade do homem de trás. Este muitas vezes detém um poder de dano muito maior do que o próprio executor. Portanto a teoria do domínio do fato nos permite encontrar soluções para as novas formas de cometimento de crimes, ou seja, por meio de organizações que não respeitam o Direito.

A importância dessa teoria vem crescendo ao longo das décadas. No presente artigo foi analisada como o domínio do fato foi utilizado pela Corte Peruana para condenar duas figuras importantes da história do país: Fujimori e Abimael Gusman. A relevância e o alcance da teoria permitiram um fato histórico, a condenação de um ex-presidente.

A aplicação dessa teoria aos crimes organizados é totalmente plausível com a realidade, transforma em uma ideia jurídica algo que já está no cotidiano. Essa teoria chama a atenção de que quem possui o domínio do fato reconhecendo-o como núcleo que detém o domínio consciente e responsável do ato criminoso, deve ser responsabilizado como autor.

REFERÊNCIAS

ALFEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. Saraiva, 2014.

AMBOS, Kai. Dominio Del hecho por domínio de voluntad en virtude de aparatos organizados de poder: una valoración crítica y ulteriores aportaciones. *CienciasPenales: Revista de La Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. n. 17, v. 12, 2000. 29-47.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 8 ed. Forense, 1985.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal. Parte General*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

MASON, Cleber. *Direito Penal Esquemático*. 8 ed. São Paulo: Método, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Dominio de La voluntad em virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas Del Derecho?, artigo publicado na *Revista Penal* n.6, disponibilizado em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/16mconde.pdf>.

PERU. Suprema Corte de La Justicia. Sentença caso Abimael Guzmán, Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20080616_33.pdf

PERU. Suprema Corte de La Justicia Sentença caso Fujimori, Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf

ROXIN, Claus..O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal*. Ed. Panóptica. Número 17/nov/2009. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Disponível em [panoptica.org/novfev2009pdf/04_2009_2_nov_fev_69_94pp.pdf]. Acesso em 14/jul/2014.

_____. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 19, n. 91, p. 11-20, jul./ago. 2011. Ed. Revista dos Tribunais.

SANTOS, Humberto. Autoria Mediata por meio de dependência estrutural economico-profissional no ambito das organizações empresarias, artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCRIM VOL.117.

TAVARES, Juarez. *Apontamentos de aulas*. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/Textos/apontamentos_autoria.pdf>. Acesso em: 10 dez.2017.