

**A IMPUTAÇÃO PENAL NOS DELITOS COMETIDOS ATRAVÉS DE ESTRUTURAS
ORGANIZADAS DE PODER:
análise jurisprudencial à luz do Direito Penal Internacional**

Bruna Martins Amorim Dutra¹

RESUMO

O presente artigo objetiva examinar a questão da imputabilidade penal nos delitos cometidos através de estruturas organizadas de poder, notadamente sob o prisma jurisprudencial no âmbito do Direito Penal Internacional. Para tanto, foram abordadas, em especial, a teoria roxiniana do domínio da organização e a doutrina pretoriana da *joint criminal enterprise*, bem como sua aplicabilidade na jurisprudência estrangeira e internacional. Com isso, busca-se esclarecer a que título deve se dar a responsabilização criminal dos superiores hierárquicos que, através das estruturas organizadas de poder por eles controladas, determinam a prática delitiva por intermédio de subordinados que atuam livre e voluntariamente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Internacional. Teoria do domínio da organização. Doutrina do *joint criminal enterprise*.

ABSTRACT

This article aims to examine the issue of criminal responsibility in the crimes committed by organized structures of power, especially from the perspective of jurisprudence under the International Criminal Law. It had been addressed, in particular, the control over the organisation theory of Roxin and the praetorian doctrine of joint criminal enterprise, as well as their applicability to foreign and international jurisprudence. Consequently, it seeks to clarify how it should be given criminal responsibility of superiors who, through the organized structures of power controlled by them, determine the criminal practices by subordinates who act freely and voluntarily.

KEYWORDS: International Criminal Law. Control over the organisation theory. Joint criminal enterprise doctrine.

1 INTRODUÇÃO

A questão da imputação penal nos delitos cometidos através de estruturas organizadas de poder é assaz debatida na doutrina, o que produz reflexos no âmbito jurisprudencial. Existem diversas teorias que buscam elucidar a que título o superior hierárquico que determina a prática de

¹ Cursa Mestrado em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Possui graduação em Direito pela UERJ. Origem: artigo derivado de estudos efetuados para a dissertação de mestrado.

crimes através da referida estrutura deve ser responsabilizado penalmente. Dentre elas, as que mais se destacam atualmente são a teoria do domínio da organização e a doutrina do *joint criminal enterprise*.

A teoria do domínio da organização, também conhecida como autoria de escritório, foi formulada por Claus Roxin, no ano de 1963, ante a insuficiência da aplicabilidade das tradicionais figuras de autoria e participação, elaboradas em função da estrutura dos delitos individuais, aos crimes perpetrados por meio de aparatos de poder organizados. Ela consiste numa modalidade de autoria mediata, cuja peculiaridade reside em que o autor imediato, em razão de não se encontrar sob o domínio da coação, do erro ou da imputabilidade, ou seja, agindo livremente e com fiel representação da realidade, é penalmente punível juntamente com o autor mediato.

Por seu turno, a doutrina do *joint criminal enterprise* é uma construção pretoriana, desenvolvida pelo Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia quando do julgamento do caso *Tadic*. De acordo com essa formulação teórica, o dirigente da organização deverá ser responsabilizado pelo delito por ele determinado quando restar evidenciada a sua participação numa empresa criminal conjunta, em qualquer das suas modalidades.

No presente artigo, será realizado um panorama sobre o posicionamento dos tribunais internacionais e estrangeiros em relação à questão da imputabilidade penal dos superiores hierárquicos nos casos de delitos praticados através de estruturas de poder, notadamente à luz das teorias suprarreferidas. Desse modo, abordaremos como a temática vem sendo tratada, direta e indiretamente, pelo Direito Penal Internacional.

Primeiramente, no capítulo que se segue, será analisado como a jurisprudência estrangeira lida com a questão, evidenciando-se uma expressiva consagração da teoria do domínio da organização na responsabilização criminal do dirigente da estrutura de poder. Tal abordagem detém uma importância mediata para o desenvolvimento do Direito Penal Internacional em relação ao tema. Cabe anotar que, como os tribunais brasileiros permanecem tratando a questão sob o prisma dos critérios clássicos de imputação penal, não se mostrou relevante a análise da jurisprudência pátria para o escopo aqui pretendido².

Já no terceiro capítulo, cuidaremos do posicionamento da jurisprudência internacional sobre a que título deve ser responsabilizado o superior hierárquico que determina o cometimento

² Como observação, os tribunais brasileiros, em especial o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, têm invocado a teoria do domínio da organização apenas na esfera da criminalidade econômica, o que não se mostra relevante para os fins propostos no presente artigo. Para uma abordagem da questão, ver: DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 223-248. Disponível em impresso e mídia eletrônica <<http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes>>.

do delito através do aparato de poder que controla. Referida análise, por sua vez, ostenta uma importância direta para o Direito Penal Internacional. Verifica-se, nesse âmbito, a existência de decisões que adotam ora a teoria roxiniana, ora a doutrina da *joint criminal enterprise*.

Portanto, é indubitável que inexistente consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre qual seja a solução teórica mais adequada para a questão da imputabilidade penal do autor de escritório. Apesar disso, conforme restará demonstrado, vem prevalecendo, progressivamente, na seara do Direito Penal Internacional, a aplicação da construção alemã da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder.

2 OS TRIBUNAIS ESTRANGEIROS E A TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

Desde o ano de 1985, a teoria do domínio da organização vem recebendo guarida de tribunais de diversos Estados, como Alemanha, Argentina e Peru, em casos de crimes cometidos através de aparatos organizados de poder de funcionamento automático. A maior parte desses casos é concernente à delinquência organizada estatal, conforme ocorreu nas ditaduras latino-americanas, embora a teoria roxiniana também já tenha obtido aplicação judicial em relação a estruturas criminosas não estatais, tais como a organização terrorista peruana Sendero Luminoso.

A autoria de escritório é instituto peculiar, uma vez que tanto o executor direto do delito, quanto o superior que ordenou o seu cometimento, são responsáveis criminalmente pelo mesmo, caracterizando a figura do autor atrás do autor. Seus pressupostos configuradores, conforme originalmente proposto por Roxin, são uma estrutura de poder rigidamente hierarquizada, sua dissociação em relação ao Direito e a fungibilidade dos executores diretos, de modo que o aparato funcione automaticamente.

Assim, o dirigente da estrutura criminosa de poder deveria ser imputado a título de autor mediato pelos delitos por ele determinados através do aparato quando detivesse o domínio do fato em virtude do domínio da organização. Tal domínio se verificaria porquanto o êxito do plano global do “homem de trás” estaria assegurado independentemente da identidade do executor direto, de sorte que “o atuante imediato é apenas uma roldana substituível dentro das engrenagens do aparato de poder”³.

³ ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 324.

Malgrado o acolhimento da figura da autoria de escritório não seja pacífico por parte da jurisprudência dos tribunais supranacionais, consoante se constatará no capítulo seguinte, cabe ressaltar que os julgados estrangeiros que a adotaram ostentam notória importância para o Direito Penal Internacional de forma mediata. Consoante explica Kai Ambos, “a judicatura nacional pode influir no desenvolvimento do direito penal internacional de um modo indireto, por meio da derivação, por meio do direito comparado, de princípios gerais do direito ou como fonte subsidiária do direito, conforme o art. 38 (1) (d) do ECIJ”⁴. No presente tópico, então, serão abordados os principais casos em que foi aplicada a teoria roxiniana por parte dos tribunais dos Estados estrangeiros, contribuindo para a elucidação da questão da imputabilidade penal dos superiores hierárquicos na esfera do Direito Penal Internacional.

Assentadas essas premissas, cumpre destacar que a teoria do domínio da organização foi perfilhada em âmbito jurisdicional, pela primeira vez, no caso da Junta Militar da Argentina. A Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais da Capital Federal da Argentina, em 09/12/1985, condenou, a título de autores mediatos, os comandantes das Forças Armadas argentinas Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola e Armando Lambruschini, em razão de terem ordenado a prática de crimes de sequestro, tortura e homicídio através do aparato estatal contra adversários na luta em oposição à subversão⁵.

Consoante a Câmara Nacional, que acolheu a teoria do domínio da organização com os contornos originariamente assinalados por Roxin, os então comandantes das Forças Armadas argentinas deteriam o domínio do fato em virtude do domínio da organização, tendo em vista que, no campo da estrutura militar rigidamente hierarquizada em tela, os executores diretos dos crimes seriam fungíveis e anônimos. Nos termos do acórdão prolatado:

En efecto, los procesados se encontraban en el pleno ejercicio del mando de las fuerzas armadas, y en su carácter de comandante en jefe, emitieron las órdenes ilícitas, dentro del marco de operaciones destinadas a combatir la subversión terrorista, actividad ésta última que resulta indudablemente vinculada con el cumplimiento de las funciones que a ellos les correspondía desempeñar en virtud de expresas disposiciones legales.[...]
Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar. Sin el imprescindible concurso de todos esos elementos, los hechos no hubieran

⁴ AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional*: bases para uma elaboração dogmática. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D’Avila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008, p. 53. Título original: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*.

⁵ Cf. <http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/boletin_ddhh/CASOS/cccf%20-%20causa%2013-9-12-85.pdf> Acesso em 10/11/11.

podido haber ocurrido. Luego de la asonada del 24 de marzo de 1976, las fuerzas armadas, bajo las órdenes de los enjuiciados, prosiguieron la lucha contra la subversión, es cierto que de un modo manifiestamente ilícito, pero con toda la estructura legal que se empleaba hasta ese momento.⁶

Irresignada com a decisão da Câmara Nacional de Apelações, a parte ré interpôs recurso de cassação em face da Corte Suprema de Justiça da Argentina. Então, os julgadores integrantes da Corte, em acórdão prolatado na data de 30 de dezembro de 1986, ilidiram a incidência da tese do domínio da organização, não obstante três dos cinco votos proferidos tenham sido a seu favor⁷. Assim, restou firmado que deveria ser aplicada, ao caso, a teoria formal-objetiva em detrimento da teoria do domínio do fato, notadamente do domínio da organização.

Segundo a Corte Suprema, a formulação do penalista alemão não seria suficientemente concreta, ofenderia o princípio da responsabilidade em razão de abarcar na autoria mediata a figura do autor atrás do autor, além de extrapolar os limites do art. 45 do Código Penal argentino ao estender o conceito de autoria sem embasamento legal. Portanto, o Supremo Tribunal de Justiça da Argentina condenou os ex-comandantes das Forças Armadas como partícipes necessários, e não autores mediatos.

Na Alemanha, é certo que o Superior Tribunal Federal já tinha invocado a teoria do domínio da organização como argumento *obiter dictum* no caso do Rei dos Gatos, em sentença proferida em 15/09/1988⁸, no afã de corroborar a viabilidade dogmática da figura da autoria atrás do autor. No entanto, o tribunal definitivamente consagrou a construção roxiniana para as

⁶ Sentença da Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais de Buenos Aires de 09/12/1985. Causa n° 13/84. Tradução livre: De fato, os réus estavam em pleno exercício do comando das forças armadas, e na qualidade de comandantes em chefe, emitiram ordens ilegais no âmbito das operações para combater a subversão terrorista, atividade esta, sem dúvida, ligada ao desempenho das funções que lhes competia em virtude de expressas disposições legais. [...] Os réus tinham o domínio dos fatos porque controlavam a organização que os produziu. Os eventos julgados nesta causa não são produto da decisão errática e solitária individual de quem os executou, mas constituíram o modo de luta que os comandantes em chefe das Forças Armadas entregaram aos seus homens. Isto significa que os fatos foram efetuados através da complexa gama de fatores (homens, ordens, locais, armas, veículos, alimentos, etc.), que pressupõe toda operação militar. Sem o indispensável concurso de todos esses elementos, os fatos não poderiam ter acontecido. Depois do fracassado golpe de 24 de março de 1976, as forças armadas, sob as ordens dos réus, continuaram a luta contra a subversão, é verdade que de um modo manifiestamente ilegal, mas com toda a estrutura legal que foi utilizada até então.

⁷ SANCINETTI, M. A.. *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Marcos Lerner Editora, Buenos Aires, 1988, p. 243, *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 39, esclarece, em nota, que “la parte dispositiva en la que constan las firmas de los cinco ministros no se corresponde con los votos, especialmente en punto al título de la imputación de la responsabilidad personal. Según una tradición de la Corte, cuando los votos de los ministros forman mayoría diferente con relación a cada aspecto controvertido, la firma final de los jueces es insertada en la parte dispositiva que corresponde al voto del presidente. Sin embargo, esto genera una discordancia, al menos en este caso, entre el dispositivo aparente y los considerandos de la sentencia. En punto a la autoría, en particular, la mayoría del tribunal, mediante el voto de Bacqué, Fayt y Petracchi, resolvió el problema de la imputación de la responsabilidad personal, como caso de *autoría mediata*. Y no lo contrario, como dice el voto del presidente, Caballero, y de Beluscio”.

⁸ BGHSt, 35, *apud* ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 647.

hipóteses de delitos cometidos através de aparatos organizados de poder no caso das mortes no Muro de Berlim.

Registre-se que, inicialmente, ao apreciar o caso das mortes no Muro de Berlim, o Tribunal Regional de Berlim condenou Heinz Kessler, Fritz Streletz e Hans Albrecht como partícipes dos homicídios praticados diretamente pelos guardas de fronteira contra os fugitivos da antiga RDA, visto que a conduta delituosa fora arrimada em deliberação do Conselho Nacional de Defesa⁹. Consoante o órgão jurisdicional *a quo*, os réus não deveriam ser imputados a título de autores mediatos em virtude do domínio da organização porquanto a Alemanha Oriental não seria um Estado totalitário como a ditadura de Hitler, além do que os superiores hierárquicos não deteriam o domínio do fato criminoso, em especial no tocante à tomada da decisão em concreto e ao *modus operandi*.

Todavia, em grau recursal, a 5ª Turma do BGH reformou a sentença para condenar os réus na qualidade de autores de escritório dos delitos de homicídio. No bojo do acórdão prolatado em 26/07/1994, o tribunal assentou que os acusados seriam dirigentes da organização hierárquica militar, tendo, por meio desta, ordenado que os atiradores situados sobre o Muro de Berlim matassem os fugitivos da RDA. Assim, invocou como *ratio decidendi* para a condenação dos membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA a teoria da autoria mediata em virtude do domínio da organização, formulada pelo penalista alemão Claus Roxin em 1963, sem prejuízo da responsabilidade penal dos guardas da fronteira¹⁰. De acordo com o Superior Tribunal Federal,

existe considerable unidad en la literatura a la hora de juzgar a los autores que han actuado en el marco de un aparato organizado de poder. Aquí, a pesar de que el intermediario actúa de forma típica y completamente responsable, el hombre de atrás y quien con mando independiente en el marco de la jerarquía da curso... de la orden delictiva deben ser autores mediatos, porque la fungibilidad del intermediario confiere al autor de escritorio el dominio del hecho...¹¹

Cabe registrar que o Superior Tribunal Federal estribou a imputação penal dos réus nos §§ 212 e 25 do StGB¹², observando que o § 25, I, estaria aberto à figura da autoria atrás do autor ao

⁹ Anote-se que Kessler e Streletz foram considerados indutores dos homicídios, ao passo que Albrecht foi imputado como cúmplice de Honecker porque a decisão de praticar o delito já estava tomada.

¹⁰ Inclusive, antes mesmo do julgamento do caso em tela, o BGH já havia condenado soldados de fronteira pelos homicídios por eles diretamente cometidos.

¹¹ BGHSt, 40, p. 2706, *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 69. Tradução livre: Existe considerável unidade na literatura ao tempo de julgar os autores que hajam atuado no contexto de um aparato organizado de poder. Aqui, apesar de o intermediário atuar de forma típica e plenamente responsável, o homem de trás e quem, com controle independente no âmbito da hierarquia dá curso... da ordem delitiva devem ser autores mediatos, porque a fungibilidade do intermediário confere ao autor de escritório o domínio do fato...

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

dispor que também é autor aquele que pratica crime por intermédio de outrem. Ademais, rejeitou a alegação defensiva no sentido de que os réus seriam subordinados a Honecker, Presidente do Conselho Nacional de Defesa à época, evidenciando a importância da posição ocupada por cada um dos acusados na organização hierárquica militar.

Constata-se que o caso das mortes no Muro de Berlim foi paradigmático para a efetiva consagração da teoria do domínio da organização como modalidade de autoria mediata pelo Superior Tribunal Federal Alemão, nos casos de delitos praticados através de estruturas organizadas de poder. No ano de 1997, a decisão judicial ora em apreço foi confirmada pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*), que a manteve por seus próprios fundamentos.

Já no Peru, a construção roxiniana foi aplicada pioneiramente pela jurisprudência no caso Abimael Guzmán. Em sentença proferida pela Sala Penal Nacional na data de 13/10/06, restou comprovado que Guzmán, na qualidade de líder do Partido Comunista do Peru - Sendero Luminoso (PCP-SL), controlava a organização guerrilheira de estrutura rigidamente hierarquizada e determinava o cometimento de diversos crimes pelos executores diretos intercambiáveis¹³. Desta feita, foi condenado a título de autor mediato em virtude do domínio da organização pelos delitos de terrorismo agravado contra o Estado e de homicídio qualificado contra 69 habitantes de Lucanamarca e de locais fronteiriços, tendo-lhe sido imposta a pena de prisão perpétua.

A condenação de Abimael Guzmán foi confirmada pela Segunda Sala Penal Transitória da Corte Suprema de Justiça, em 14/12/2007¹⁴, e pela Corte Suprema de Justiça, em 03/01/2008¹⁵. Como observação, em setembro de 2008, alegando violação de direitos, Abimael Guzmán requereu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a anulação do seu julgamento. Tal requerimento encontra-se, atualmente, em processamento¹⁶.

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

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

¹³ Cf. <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Peru/GuzmanReinoso_Decision_13-10-2006.pdf> Acesso em 10/11/11. De acordo com a sentença peruana, “el dominio que ejercía en la organización, además de las órdenes directas o los planes generales, se complementaba en rigor con un control de las actividades de sus miembros, elemento indispensable para verificar la eficacia en el cumplimiento de las órdenes previamente fijadas” (expediente acumulado nº 560-03).

¹⁴ Cf. <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/salassupremas/SPT2/documentos/RN_5385-2006_2DA_SPT_160108.pdf> Acesso em 10/11/11.

¹⁵ Cf. <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL246329-5602,00-CHEFE+DO+SENDERO+LUMINOSO+TEM+PRISAO+PERPETUA+CONFIRMADA.html>> Acesso em 10/11/11.

¹⁶ Cf. <<http://peru21.pe/noticia/224546/abimael-guzman-pide-ante-cidh-que-se-anule-su-juicio>> Acesso em 10/11/11.

Outrossim, na data de 07/04/09, a Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça condenou o ex-presidente do Peru, Alberto Fujimori, como autor de escritório dos delitos de homicídio qualificado e de lesões corporais graves contra um total de 29 pessoas, referentes aos casos Barrios Altos e La Cantuta, e do crime de sequestro agravado no caso Sótanos SIE¹⁷. De acordo com o tribunal, Fujimori, ocupando o cargo mais alto do Estado peruano, exerceu poder de mando na condução da política de enfrentamento da subversão. A diretriz conferida pelo dirigente do aparato de poder consistia na eliminação dos suspeitos de terrorismo e das bases de apoio, o que acarretou diversas violações aos direitos humanos, apartando-se a organização estatal do Direito Nacional e Internacional.

Conforme expôs a Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça:

6. Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente.

7. Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales.[...]

746°. Ahora bien, la actividad y operaciones delictivas de Barrios Altos y La Cantuta, y en los sótanos del SIE, realizadas por el aparato de poder organizado que construyó y dinamizó el acusado desde el SINA, cuyo núcleo ejecutor básico en el ámbito del control de las organizaciones subversivas terroristas fue el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, constituyeron una expresión de criminalidad estatal contra los derechos humanos con evidente apartamiento e infracción continua del derecho nacional e internacional.¹⁸

Esses foram os casos de maior notoriedade em que tribunais estrangeiros aplicaram a teoria do domínio do fato em virtude do domínio da organização. É importante registrar que, não obstante a crescente adoção da referida construção teórica nos delitos cometidos através de estruturas organizadas de poder, sua aplicação não se dá de modo uniforme pela jurisprudência estrangeira, o que constitui reflexo das acirradas divergências sobre a temática já existentes em sede doutrinária.

¹⁷ Cf. <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo=10409&opcion=detalle_noticia> Acesso em 10/11/11.

¹⁸ Expediente n° A.V. 19-2001. Tradução livre: 6. Os crimes de homicídio e lesões graves ocorridos em Barrios Altos e La Cantuta foram as ações executivas destes objetivos, estratégia e padrão tático de operações especiais de inteligência contra a subversão terrorista, de notória ilegalidade e clandestinidade não endossadas pelo ordenamento jurídico nacional e internacional do qual se apartam plenamente ou o subordinam sistematicamente.

7. Os crimes de seqüestro contra as vítimas Gorriti e Dyer responderam também a disposições determinadas e/ou apoiadas diretamente pelo acusado para o controle ilegal da dissidência ou crítica políticas de seu regime de fato, num contexto de instabilidade democrática onde se praticou pela força do desconhecimento de garantias e direitos fundamentais. [...] 746 °. No entanto, a atividade criminosa e as operações de Barrios Altos e La Cantuta, e no porão do SIE, realizadas pelo aparato de poder organizado que construiu e fortaleceu o réu desde SINA, cujo núcleo executor básico no âmbito do controle das organizações subversivas terroristas foi o Destacamento Especial de Inteligência Colina, constituíram uma expressão da criminalidade estatal contra os direitos humanos com separação clara e contínua violação do direito nacional e internacional.

Sequer é pacífica a viabilidade dogmática da autoria de escritório. A principal crítica formulada é referente à suposta incompatibilidade entre um domínio da vontade pelo homem de trás e um domínio da ação pelo executor imediato do delito, rechaçando-se a figura da autoria atrás do autor. Assim, a partir de uma interpretação estrita do princípio da responsabilidade, seria impossível que o dirigente do aparato de poder detivesse o domínio do fato delitivo na qualidade de autor mediato quando o executor direto atuasse de forma plenamente responsável, não havendo domínio da coação ou do erro.

Tal argumentação é ilidida pelos doutrinadores que admitem a autoria mediata em razão do domínio da organização por esta se basear, fundamentalmente, no critério da fungibilidade, de modo que se tornaria irrelevante para o sucesso delitivo a decisão livre e autônoma do executor. O homem de trás, a despeito de não possuir o domínio da coação ou do erro, deteria o domínio do fato através do domínio da vontade, vez que o êxito do plano criminoso estaria assegurado pela fungibilidade do executor. Dessa maneira, ainda que o homem da frente, no exercício de sua liberdade de ação, se recusasse a cumprir a ordem do superior hierárquico, a execução do plano delitivo estaria garantida por outro atuante, tendo a organização funcionamento automático e independente da individualidade dos seus membros.

O domínio da organização pelo autor mediato, por sua vez, não afastaria o domínio do fato em virtude do domínio da ação pelo executor material do comando criminoso. Logo, a responsabilidade penal de ambos, estando arrimada em fundamentos distintos, se mostra compatível, caracterizando a autoria atrás do autor¹⁹.

Ademais, questiona-se que o homem de trás esteja efetivamente seguro em relação ao cumprimento da ordem ilícita. Nessa esteira, Kai Ambos, embora não rechace a aplicabilidade da teoria em si, expõe que “la fungibilidad puede fundamentar un dominio a lo sumo en sentido general, pero no en la situación concreta del hecho. Por más que el hombre de atrás pueda dominar la organización, no domina directamente a aquellos que ejecutan el hecho concreto”²⁰. Ilustra Herzberg que, no caso das mortes no muro de Berlim, se os guardas da fronteira não tivessem executado a determinação de matar os fugitivos da RDA, o delito não seria praticado por outrem oportunamente.²¹

¹⁹ ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 324.

²⁰ AMBOS, Kai. *Domínio por organización. Estado de la discusión*. Tradução de Ezequiel Malarino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 15, nº 68, 2007, p. 79. Tradução livre: A fungibilidade pode fundamentar um domínio num sentido mais geral, mas não na situação concreta do fato. Por mais que o homem de trás possa dominar a organização, não domina diretamente aqueles que executam o fato concreto.

²¹ Herzberg, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 37 e ss. *apud* AMBOS, Kai. *Op. cit.* p. 79-80.

Claus Roxin, em contrapartida, afirma que a crítica atinente à incerteza da efetivação do delito determinado não iria de encontro à teoria do domínio da organização, mas evidenciaria, tão-somente, a viabilidade da tentativa, assim como ocorre nas demais modalidades de autoria mediata. Segundo o penalista, “pode não importar se há automotismo em cada caso particular. Ele funciona no caso padrão, o que não se pode dizer da instigação”²². Afinal, explica o alemão, nas organizações de funcionamento automático, a execução dos comandos ilegais é assegurada por um sistema de vigilância; no caso específico das mortes no Muro de Berlim, a fronteira da RDA era vigiada por um conjunto de guardas.

Ultrapassada a debatida questão acerca da própria aceitação da teoria do domínio da organização, ressalte-se que existem, ainda, numerosas controvérsias doutrinárias a respeito dos pressupostos configuradores da figura do autor de escritório, o que se reflete em âmbito jurisprudencial.

Em sua obra “*Täterschaft und Tatherrschaft*”, publicada no ano de 1963, Claus Roxin apresentou, originalmente, como condições para a caracterização do domínio da organização, a estruturação rigidamente hierarquizada do aparato de poder, sua dissociação em relação ao Direito e a fungibilidade dos executores diretos do delito²³. Essa construção foi estritamente seguida pela Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais da Capital Federal da Argentina, no caso da Junta Militar²⁴, e pela Segunda Sala Penal Transitória da Corte Suprema de Justiça do Peru, no caso Abimael Guzmán²⁵. Nas demais decisões judiciais mencionadas acima, todavia, verifica-se que a jurisprudência estrangeira se afastou dos contornos originais da teoria roxiniana.

No caso das mortes no Muro de Berlim, o Superior Tribunal Federal alemão elencou como requisitos adicionais para a configuração da autoria de escritório a disposição incondicionada do executor direto em realizar o tipo penal e o desejo do homem de trás em relação ao resultado como fruto de seu próprio agir. Nas palavras do BGH,

[...] hay casos en los que, pese a un intermediario que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. [...] Si en tales supuestos el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, y en especial aprovecha la disposición incondicionada del ejecutor inmediato para realizar el tipo, y el hombre de atrás quiere el resultado como consecuencia de su propia actuación, entonces es autor en la forma de autoría mediata. Él

²² ROXIN, Claus. Op. cit. p. 328.

²³ Id. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 269-280.

²⁴ Cf. <http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/boletin_ddhh/CASOS/cccf%20-%20causa%2013-9-12-85.pdf> Acesso em 10/11/11.

²⁵ Cf. <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/salassupremas/SPT2/documentos/RN_5385-2006_2DA_SPT_160108.pdf> Acesso em 10/11/11.

posee el dominio del hecho. [...] También el problema de la responsabilidad en las empresas económicas puede solucionarse de esta forma.²⁶

Primeiramente, no que tange à necessidade de o homem de trás querer o resultado delituoso como corolário de sua própria atuação, Roxin constatou que teria havido uma indevida recondução à teoria subjetiva em detrimento da teoria do domínio do fato. Referida formulação seria destituída de qualquer significação, porquanto o indutor nutriria o mesmo desejo em relação ao resultado criminoso e por também ser viável afirmar que o homem de trás queria o resultado como consequência do atuar do executor.²⁷

A respeito da questão, Kai Ambos questiona se a menção a desejar o resultado como fruto do próprio atuar do homem de trás seria irrelevante, consagrando a jurisprudência alemã, definitivamente, a teoria do domínio do fato, ou se a Corte teria perfilhado a teoria subjetiva com correções objetivas oriundas do domínio do fato. De qualquer forma, segundo o autor, “lo que es seguro es que el BGH no apoya de modo general la autoría mediata en el interés en el hecho del hombre de atrás, de modo que no retorna a la teoría subjetiva extrema”.²⁸

Paralelamente, a exigência de que o executor imediato detivesse uma disposição incondicionada em praticar o tipo penal para a caracterização do domínio da vontade pelo homem de trás, originalmente elaborada por Schroeder no ano de 1965²⁹, é rechaçada pela doutrina alemã predominante. De acordo com Roxin, ainda que ausente a referida condição e que o subordinado de fato se recusasse a cumprir a determinação do homem de trás, o êxito da ordem restaria assegurado pelas características do aparato de poder, notadamente a fungibilidade dos executores. Desta feita, mostra-se irrelevante a resolução criminosa do subordinado. Além disso, assevera o

²⁶ BGHSt, 40, p. 2706, *apud* CABANA, Patricia Faraldo. Op. cit. p. 71. Tradução livre: [...] Há casos em que, apesar de um intermediário agir com plena responsabilidade, a intervenção do homem de trás conduz, quase que automaticamente, à realização do tipo perseguido por ele mesmo. [...] Se, nesses casos, o homem por trás atua conhecendo essas circunstâncias, e em especial aproveita a disposição incondicionada do executor imediato para realizar o tipo, e o homem de trás quer o resultado como consequência de seu próprio desempenho, então é autor na forma de autoria mediata. Ele detém o domínio do fato. [...] Também o problema da responsabilidade nas empresas econômicas pode se solucionar dessa forma.

²⁷ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2000, p. 655; Id. *Autoría Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 340.

²⁸ AMBOS, Kai. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista de derecho penal y criminología*, nº 3, 1999, p. 134. Tradução livre: o que é seguro é que o BGH não apóia de modo geral a autoria mediata no interesse no fato do homem de trás, de modo que não retorna à teoria subjetiva extrema.

²⁹ SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 143 ss, *apud* ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2000, p. 655.

jurista que a incondicionada disposição do executor em realizar o tipo, conforme prevê o § 30, II, do StGB³⁰, também pode ocorrer na indução.³¹

Claus Roxin, não obstante, em Conferência realizada em 23/03/2006, no encerramento de curso de Doutorado da Universidade Pablo de Olavide, Sevilla, reviu seu posicionamento original, acrescentando como quarta condição para a caracterização do domínio da organização, além do poder de mando do homem de trás, da desvinculação do aparato de poder em relação ao Direito e da fungibilidade dos executores, a disponibilidade consideravelmente elevada do executor direto ao fato³². Esta última condição indicada por Roxin, todavia, não coincide estritamente com as lições de Schroeder e do Superior Tribunal Federal Alemão.

Conforme o penalista, a grande disponibilidade do executor ao fato não fundamenta o controle do homem de trás porque subsiste a liberdade daquele, mas constitui um elemento do domínio do fato através do domínio da organização. A probabilidade do cumprimento do comando perpetrado pelo superior hierárquico seria incrementada pela condição em comento porque a integração do homem da frente ao aparato de poder o influenciaria de modo a torná-lo mais preparado que os criminosos comuns para a prática do fato delituoso. Ensina Roxin que “todos estos factores [...] conducen a una disposición al hecho de los miembros condicionada a la organización que, junto a su intercambialidade para los hombres de atrás, es un elemento esencial de la seguridad con la que pueden confiar en la ejecución de sus ordenes”.³³

Além disso, Roxin matizou o requisito da dissociação da estrutura de poder em relação ao ordenamento jurídico, afirmando ser suficiente para a caracterização do domínio da vontade por meio do domínio da organização que o aparato estatal se distancie do Direito apenas no tocante aos tipos penais realizados, conforme ocorreu com a RDA no caso das mortes no Muro de

³⁰ § 30: “(1) Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft. Jedoch ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern. § 23 Abs. 3 gilt entsprechend. (2) Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften”. Tradução livre: § 30: (1) Aquele que tentar induzir alguém a cometer um crime ou instigá-lo a tanto deve se sujeitar às disposições que regem os crimes tentados. A sanção deve ser mitigada de acordo com o § 49, I. O § 23, III, deve se aplicar *mutatis mutandis*. (2) Aquele que afirme sua disposição, aceite a oferta ou combine com outrem a comissão ou instigação de um crime deve se sujeitar aos mesmos termos.

³¹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2000, p. 655; Id. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339-340; Id. *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*. Tradução de Enrique Anarte Borralló. *Revista Penal*, nº 2, 1998, p. 62.

³² Id. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, nº 18, 2006, p. 242-248. Título original: *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*.

³³ *Ibid.* p. 247. Tradução livre: Todos esses fatores conduzem a uma disposição dos membros ao fato condicionada à organização que, junto com sua intercambialidade para os homens de trás, é um elemento essencial da segurança com que podem confiar na execução de suas ordens.

Berlim³⁴. Buscando conferir maior concretude ao seu critério, o penalista ensina que a norma positiva será nula sempre que violar Direito estatal de maior hierarquia, tratados internacionais, o Direito consuetudinário internacional ou direitos humanos baseados no Direito Natural³⁵.

Registre-se que a Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça do Peru, no caso Fujimori, posicionou-se na esteira das lições revisadas de Roxin³⁶. Por sua vez, a Sala Penal Nacional peruana, no caso Abimael Guzman, assentou que, para efeito da caracterização da autoria mediata em razão do domínio da organização, a efetiva detenção do domínio pelo homem de trás radicaria no aproveitamento da predisposição do executor em atender aos seus comandos ilícitos³⁷.

Ante todo o exposto, é patente que existem profundas dissonâncias no que tange à própria viabilidade dogmática da figura da autoria mediata em virtude do domínio da organização, bem como aos seus requisitos configuradores. A despeito disso, diversos tribunais estrangeiros têm aplicado a construção roxiniana aos casos de delitos determinados por dirigentes de estruturas de poder organizadas, embora de modo não uniforme, influenciando de forma indireta o Direito Penal Internacional.

3 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS QUANTO À IMPUTABILIDADE PENAL NOS CRIMES COMETIDOS ATRAVÉS DE ESTRUTURAS ORGANIZADAS DE PODER

No âmbito supranacional, ainda não há consenso jurisprudencial acerca de qual seja a construção dogmática mais adequada para arrimar a responsabilização penal dos superiores hierárquicos que determinam o cometimento de delitos por intermédio da estrutura organizada de poder que dirigem. Verifica-se que se mostrou prevalecente nos tribunais internacionais a adoção da doutrina do *joint criminal enterprise*, notadamente no Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia (ICTY). Sem embargo, recentemente, o Tribunal Penal Internacional (ICC) tem

³⁴ Id. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 278.

³⁵ ROXIN, C., <<Probleme von Täterschaft und Teilnahme>>, pág. 557 *apud* IBÁÑEZ, Eva Fernández. Op. cit. p. 183-184.

³⁶ Cf. <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo=10409&opcion=detalle_noticia> Acesso em 10/11/11.

³⁷ Cf. <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Peru/GuzmanReinoso_Decision_13-10-2006.pdf> Acesso em 10/11/11.

consagrado, em suas decisões, a teoria roxiniana da autoria mediata em virtude do domínio da organização em detrimento daquela doutrina de origem pretoriana.

Destarte, no presente tópico, serão analisadas as principais teorias referentes à responsabilização penal em delitos praticados através de aparatos de poder e sua aplicabilidade na seara da jurisprudência internacional. Como ressalva, não serão abordadas as construções elaboradas à vista de condutas omissivas, como a doutrina da responsabilidade do superior, pois o presente artigo se cinge à questão da imputação penal dos indivíduos que, controlando uma dada organização, comandam ativamente a prática criminosa por parte de executores diretos que atuam independentemente de coação, erro ou inimputabilidade.

3.1 Doutrina da *joint criminal enterprise*

A doutrina da empresa criminal conjunta, conhecida como *joint criminal enterprise*, foi desenvolvida pioneiramente pelo ICTY quando do julgamento do caso *Tadic*³⁸, com base em julgados que empregaram a noção de propósito comum delitivo (doutrina do *common purpose* ou *common design*). A partir daí, a construção pretoriana foi consagrada pela jurisprudência de diversos tribunais internacionais, como o Tribunal Internacional para a Ruanda (ICTR), a Corte Especial do Timor Leste (SPSC) e a Corte Especial de Serra Leoa (SCSL), de modo que é possível afirmar que ela integra o direito consuetudinário internacional. Além disso, constata-se que a referida modalidade de responsabilização criminal encontra respaldo normativo, ainda que implicitamente, nos arts. 7 (1) do Estatuto do ICTY³⁹, 6 (1) do Estatuto do ICTR⁴⁰, 6 (1) do Estatuto da SCSL⁴¹ e 14.3 (a) e (d) do Regulamento 2000/15 da Administração Transicional das Nações Unidas no Timor Leste (UNTAET)⁴².

³⁸ Caso IT-94-1-A, julgado em 15/07/99 pela Câmara de Apelação do ICTY. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> Acesso em 10/11/11.

³⁹ Art. 7 Individual criminal responsibility (1) A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.

⁴⁰ Art. 6 Individual criminal responsibility (1) A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in Articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.

⁴¹ Art. 6 Individual criminal responsibility (1) A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute shall be individually responsible for the crime.

⁴² Art. 14.3 In accordance with the present regulation, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the panels if that person: (a) commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally

Conforme reconhecido pela Câmara de Apelação do ICTY no caso *Tadic*, há três modalidades de empresa criminal conjunta, conhecidas como forma básica, sistêmica e estendida⁴³. A forma básica ou *joint criminal enterprise* I concerne aos casos de co-autoria em que várias pessoas com um propósito comum compartilham o dolo quanto a um determinado resultado delitivo, ainda que alguma delas não pratique o fato criminoso pessoalmente. Já a forma sistêmica ou *joint criminal enterprise* II constitui uma variante da primeira categoria⁴⁴, englobando os casos dos campos de concentração da Segunda Guerra Mundial, em que a autoridade hierárquica é co-autora delitiva por participar da execução do sistema de repressão, com a consciência e vontade de promover o projeto criminoso comum de maus-tratos dos detentos. Mais genericamente, essa categoria é concernente a qualquer tipo de campo de detenção em que seja efetivado um plano delitivo comum contra os detentos⁴⁵. Por fim, a forma estendida ou *joint criminal enterprise* III se refere à responsabilização penal pelos atos que, embora não integrassem o projeto criminal comum, constituíam uma consequência natural e previsível da efetivação daquele, havendo a assunção do risco de produção do resultado não acordado por parte de alguns membros da empresa criminal conjunta (dolo eventual).

Especificamente no caso *Tadic*, a Câmara de Apelação do ICTY utilizou a terceira categoria de empresa criminal conjunta para assentar a responsabilidade do réu pelo homicídio de cinco homens na aldeia de Jaskici, durante conflito com um grupo armado a que pertencia. Apesar de Duckyo Tadic não ter cometido os delitos pessoalmente, a Câmara concluiu que ele assumiu o risco de produzi-los ao integrar a *joint criminal enterprise* com o propósito comum de remover os não-sérvios do local. Em suas palavras, “the Appellant was aware that the actions of the group of which he was a member were likely to lead to such killings, but he nevertheless willingly took that risk”⁴⁶.

Cumprido assinalar que Kai Ambos não considera a forma estendida da empresa criminal conjunta como uma modalidade de co-autoria, mas como uma “extensão da punibilidade no

responsible; [...] (d) in any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either: (i) be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the panels; or (ii) be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime

⁴³ Caso IT-94-1-A, §§ 196 a 220. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf> > Acesso em 10/11/11.

⁴⁴ Por isso, algumas decisões do ICTY designam as primeiras duas modalidades de *joint criminal enterprise* de formas básicas.

⁴⁵ Caso IT-98-30/1-A, julgado em 28/02/05 pela Câmara de Apelação do ICTY, § 182. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf> > Acesso em 10/11/11.

⁴⁶ Caso IT-94-1-A, § 232. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf> > Acesso em 10/11/11. Tradução livre: O recorrente estava ciente de que as ações do grupo do qual ele era membro eram suscetíveis de conduzir a esses assassinatos, mas, mesmo assim, ele assumiu o risco.

sentido da responsabilidade por pertencimento a uma organização criminal”⁴⁷, sendo, portanto, criticável. Desse modo, diversamente do que acontece com as categorias básica e sistêmica, aquela recairia no art. 25 (3) (d) do Estatuto de Roma⁴⁸, e não no art. 25 (3) (a), alternativa 2⁴⁹.⁵⁰

Outrossim, no tocante às formas básica e sistêmica, é importante registrar que o ICTY reconhece três modos de participação do sujeito na empresa criminal conjunta, seja praticando diretamente o crime acordado, seja estando presente no momento da prática delitiva e encorajando-a, ou, ainda, através de sua posição de autoridade ou de sua função no sistema em que o delito é cometido. Nesse sentido, é válido transcrever parcela da decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento no caso Krnojelac⁵¹ e corroborada, posteriormente, pelo tribunal⁵²:

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

⁴⁷ AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D'Avila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008, p. 93.

⁴⁸ Art. 25 Individual criminal responsibility [...] (3) In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: [...] (d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either: (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime

⁴⁹ Art. 25 Individual criminal responsibility [...] (3) In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible

⁵⁰ AMBOS, Kai. Op. cit. p. 214.

⁵¹ Caso IT-97-25-T, §§ 81 e 82. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/kjnojelac/tjug/en/krn-tj020315e.pdf> > Acesso em 10/11/11.

⁵² Caso IT-97-25-A, § 80. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/kjnojelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf> > Acesso em 10/11/11; Caso IT-98-32-T, § 67. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/tjug/en/vas021129.pdf> > Acesso em 10/11/11. Tradução livre: 81. Uma pessoa pode participar de uma empresa criminal conjunta: (i) participando diretamente da prática do crime que se propôs (como um autor principal); (ii) estando presente no momento em que o crime é cometido, e (com o conhecimento de que o crime deve ser ou está sendo cometido), assistindo ou ajudando intencionalmente outro participante na empresa criminosa conjunta para cometer esse crime, ou (iii), agindo em prol de um determinado sistema em que o crime é cometido em razão da posição do arguido, de autoridade ou função, e com o conhecimento da natureza desse sistema e intenção de continuar esse sistema.

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

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

Em 02/08/01, a Câmara de Julgamento do ICTY constatou que o General Krstic⁵³, na condição de autoridade política e militar do Corpo de Drina do exército sérvio da Bósnia (VRS), planejara a transferência forçada da população muçulmana bósnia de Srebrenica. Então, o tribunal o condenou como membro da empresa criminal conjunta que efetivou a remoção de mulheres, crianças e idosos daquela localidade.

Ademais, embora não tenha projetado ou praticado diretamente o crime, Krstic foi condenado como integrante da empresa criminal conjunta que objetivava o genocídio dos homens muçulmanos bósnios de Srebrenica em virtude de ter coordenado o massacre pelos seus subordinados. Nas palavras do tribunal, “General Krstic did not conceive the plan to kill the men, nor did he kill them personally. However, he fulfilled a key coordinating role in the implementation of the killing campaign”⁵⁴. Cumpre anotar, todavia, que, posteriormente, por razões fáticas, a Câmara de Apelação do ICTY entendeu que Krstic não compusera a empresa criminal conjunta para o genocídio dos muçulmanos bósnios de Srebrenica, mas apenas atuara como partícipe delitivo⁵⁵.

Outrossim, a Câmara de Julgamento do ICTY, em 02/11/01, condenou Kvočka, vice-comandante do campo de detenção de Omarska, a título de co-autor dos delitos cometidos contra os prisioneiros não-sérvios⁵⁶. De acordo com o tribunal, o acusado, utilizando-se de sua posição de autoridade, contribuiu de modo relevante para o funcionamento da empresa criminal conjunta atuante no referido campo de detenção. Conforme constatado:

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

⁵³ Caso IT-98-33-T. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>> Acesso em 10/11/11.

⁵⁴ Caso IT-98-33-T, § 644. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>> Acesso em 10/11/11. Tradução livre: General Krstic não concebeu o plano para matar os homens, nem os matou pessoalmente. Porém, ele cumpriu um papel chave na coordenação da implementação da campanha de assassinato.

⁵⁵ Caso IT-98-33-A, julgado em 19/04/04 pela Câmara de Apelação do ICTY. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>> Acesso em 10/11/11.

⁵⁶ Caso IT-98-30/1-T. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/kvočka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>> Acesso em 10/11/11.

Chamber finds Kvočka a cop perpetrator of the joint criminal enterprise of Omarska camp.⁵⁷

Em sede recursal, a Câmara de Apelação do ICTY, ratificando a sentença proferida pelo órgão judicial *a quo*, explicitou que a co-autoria delitiva na forma da *joint criminal enterprise* independe da realização pessoal do elemento objetivo do delito – *actus reus* – por parte de todos os integrantes da empresa. Além disso, sequer seria necessária a presença física da totalidade dos sujeitos no momento da prática criminosa, o que se verifica, notadamente, nos casos de crimes praticados por autoridades através de uma estrutura de poder. Destarte, concluiu a Corte ser suficiente para a configuração da co-autoria na empresa criminal conjunta que o sujeito tenha concedido um aporte essencial para o cometimento do delito⁵⁸.

Cumprido apontar, ainda, que, em 16/06/04, a Câmara de Julgamento do ICTY indeferiu o requerimento de absolvição formulado por Slobodan Milošević, porquanto vislumbrou a existência de justa causa para as acusações contra o ex-presidente da Sérvia à época⁵⁹. De acordo com o tribunal, haveria lastro probatório mínimo de que o réu, integrando empresa criminal juntamente com outros líderes sérvios da Bósnia, foi co-autor do genocídio praticado contra a população muçulmana do país. Como observação, o procedimento criminal instaurado contra Milošević terminou antes da decisão final, visto que o acusado morreu em 11/03/06.

Haja vista os casos supramencionados, é possível constatar que a jurisprudência do ICTY é pacífica no sentido da aplicação da doutrina da *joint criminal enterprise* aos casos de delitos cometidos através de estruturas organizadas de poder. Saliente-se que tal posicionamento foi seguido por outros tribunais internacionais, como o ICTR⁶⁰, a SPSC⁶¹ e a SCSL⁶², consubstanciando direito costumeiro internacional.

⁵⁷ Caso IT-98-30/1-T, § 414. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/kvočka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>> Acesso em 10/11/11. Tradução livre: Devido à alta posição ocupada por Kvočka no campo, a autoridade e influência que tinha sobre o serviço de guarda no campo, e suas tentativas muito limitadas para impedir crimes ou aliviar o sofrimento dos detentos, bem como o papel importante que desempenhou na manutenção do funcionamento do campo, apesar da consciência de que era uma empreitada criminosa, a Câmara de Julgamento condenou Kvočka como co-autor da empresa criminosa conjunta do campo de Omarska.

⁵⁸ Caso IT-98-30/1-A, §§ 99 a 112. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/kvočka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>> Acesso em 10/11/11.

⁵⁹ Caso IT-02-54-T. Cf. < http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/en/040616.htm> Acesso em 10/11/11.

⁶⁰ P. ex.: Caso ICTR-95-1, julgado em 21/05/99, < http://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/KAYISHEMA_ICTR-95-1/KAYISHEMA_ICTR-95-1-T.html> Acesso em 10/11/11; Caso ICTR-01-65-T, julgado em 11/09/06, < <http://liveunictr.altmansolutions.com/Portals/0/Case/English/Mpambara/judgement/120906.pdf>> Acesso em 10/11/11.

⁶¹ P. ex.: Caso 04/2001, julgado em 10/11/11, < https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC_East_Timor_-_Judgmts_Indmts_& Docs/Cardoso_Jose/> Acesso em 10/11/11; Caso 2a/2004, julgado em 12/04/05, < [https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC_East_Timor_-_Judgmts_Indmts_& Docs/De_Deus_Domingos_\(Baboe_Letoen\)/](https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC_East_Timor_-_Judgmts_Indmts_& Docs/De_Deus_Domingos_(Baboe_Letoen)/)> Acesso em 10/11/11; Caso 34/2003, julgado em 27/04/05, < https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC_East_Timor_-_Judgmts_Indmts_& Docs/Pereira_Francisco/> Acesso em 10/11/11.

3.1 Teoria do domínio da organização

Em contraposição ao entendimento que se mostrava amplamente predominante na jurisprudência dos tribunais internacionais, o TPI, recentemente, consagrou a aplicabilidade da teoria roxiniana do domínio da organização em detrimento da doutrina da *joint criminal enterprise* para os casos em que o dirigente do aparato de poder de funcionamento automático determina o cometimento do delito por intermédio deste, controlando o fato criminoso. Nota-se, portanto, que a construção germânica adquire importância de forma direta para o Direito Penal Internacional.

Em 29/01/07, a Câmara de Pré-Julgamento I do TPI proferiu decisão de confirmação das acusações perpetradas contra Thomas Lubanga⁶³, em que assinalou três correntes distintas de autoria e participação delitivas, a saber, a objetiva, a subjetiva e a objetivo-subjetiva. Na esteira das lições do tribunal, para a concepção objetiva, é autor delitivo aquele que pratica diretamente o tipo objetivo, na sua integralidade ou não. Já a corrente subjetiva opera a diferenciação com base no elemento subjetivo, sendo autor quem possui o ânimo de cometer o crime. Por fim, para a corrente objetivo-subjetiva, a autoria deve ser atribuída àquele que detém o domínio do fato delituoso, realizando um aporte relevante – não necessariamente de modo direto – para a prática do crime e possuindo a intenção de dirigi-lo.

Consoante a Corte, a construção pretoriana da empresa criminal conjunta segue a corrente subjetiva, ao passo que o art. 25 (3) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional teria adotado a teoria do domínio do fato como critério delimitativo da autoria e participação delitivas. Mais especificamente, a Corte afirmou o acolhimento da figura da autoria atrás do autor dentro da modalidade de autoria mediata pelo referido preceito, abrindo a jurisprudência internacional à teoria do domínio da organização. Nas palavras da Câmara:

The use of the phrase “regardless of whether that other person is criminally responsible” in article 25(3)(a) of the Statute militates in favour of the conclusion that this provision extends to the commission of a crime not only through an innocent agent (that is, through another person who is not criminally responsible), but also through another person who is fully criminally responsible.⁶⁴

⁶² P. ex.: Caso SCSL-04-15-T, julgado em 25/02/09, < <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=AoknUKBsH50%3d&tabid=215>> Acesso em 10/11/11; Caso SCSL-04-14-A, julgado em 26/10/09, < <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=H53fWpjVx8k%3d&tabid=218>> Acesso em 10/11/11.

⁶³ Caso ICC-01/04-01/06. Cf. < <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>> Acesso em 10/11/11.

⁶⁴ Caso ICC-01/04-01/06, § 339. Tradução livre: O uso da expressão "independentemente de essa outra pessoa ser criminalmente responsável" no artigo 25 (3) (a) do Estatuto milita a favor da conclusão de que esta disposição se

Um pouco depois, a Câmara de Pré-Julgamento III do TPI fez alusão, embora não expressamente, à teoria da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder em decisão sobre requerimento de prisão de Bemba Gombo⁶⁵. Naquela oportunidade, o tribunal entendeu que existiria lastro probatório mínimo no sentido de que o acusado detinha o domínio do fato criminoso em apreço em função da posição de autoridade que ocupava na organização militar MLC (Movimento de Libertação do Congo).

Ainda em relação ao caso Bemba, é importante destacar que a Câmara de Pré-Julgamento II, em decisão de confirmação das acusações contra o réu, seguiu o posicionamento adotado no caso Lubanga para assentar a consagração da teoria do domínio do fato pelo Estatuto do TPI⁶⁶. Outrossim, a Câmara de Pré-Julgamento I, nos casos Katanga⁶⁷ e Omar⁶⁸, invocou expressamente a teoria da autoria mediata em virtude do domínio da organização em detrimento da doutrina da *joint criminal enterprise* para os casos de delitos praticados através de estruturas organizadas de poder.

Verifica-se, por conseguinte, que, na esteira da jurisprudência de alguns tribunais estrangeiros⁶⁹, o Tribunal Penal Internacional tem se pacificado no sentido da perfilhação da teoria objetivo-final, pioneiramente apresentada por Hans Welzel na obra “*Studien zum system des strafrechts*”⁷⁰ e desenvolvida por Roxin em sua monografia “*Täterschaft und Tatherrschaft*”⁷¹, inclusive no que tange à figura da autoria de escritório como modalidade de domínio do fato em virtude do domínio da vontade. Assim, enquanto que, para a doutrina da *joint criminal enterprise*, o homem de trás e o executor direto seriam co-autores com fulcro no elemento subjetivo, pela teoria do domínio da organização aquele seria autor mediato do delito, sem prejuízo da responsabilização penal do autor imediato.

Nesse contexto, é importante ressaltar que Kai Ambos também defende que a teoria do domínio do fato é a mais adequada para o Direito Penal Internacional. Contudo, admite a compatibilização daquela com a doutrina da empresa criminal conjunta, no afã de se fazer

estende até o cometimento de um crime não apenas através de um agente inocente (isto é, através de outra pessoa que não é penalmente responsável), mas também através de outra pessoa que é totalmente responsável criminalmente.

⁶⁵ Caso ICC-01/05-01/08, julgado em 10/06/08, § 78. Cf. < <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc532280.pdf>> Acesso em 10/11/11.

⁶⁶ Caso ICC-01/05-01/08, julgado em 15/06/09. Cf. < <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>> Acesso em 10/11/11.

⁶⁷ Caso ICC-01/04-01/07, julgado em 30/09/08. Cf. <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>> Acesso em 10/11/11.

⁶⁸ Caso ICC-02/05-01/09, julgado em 04/03/09. Cf. <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639096.pdf>> Acesso em 10/11/11.

⁶⁹ Ver capítulo 2 do presente artigo.

⁷⁰ Tradução: “*Estudos acerca do sistema do Direito Penal*”.

⁷¹ V. versão espanhola: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

desnecessário o recurso à teoria subjetiva.⁷² Entendemos que a viabilidade de tal conciliação decorre do seu posicionamento de que apenas o agente que integra a cúpula do aparato de poder poderia ser autor mediato por exercer um domínio absoluto *por meio de e sobre* a organização, ao passo que os demais agentes seriam co-autores delitivos, pois, ao se submeterem aos seus superiores, deteriam um domínio perturbado do fato *dentro* da organização em relação aos seus próprios subordinados, ou até mesmo meros partícipes⁷³. Vale transcrever parcela das lições de Kai Ambos:

No caso de que não se apresentem os pressupostos do domínio por coação ou por organização – como se pressupõe –, leva-se em consideração só uma co-autoria ou uma instigação. Deste modo, não se abandona a diferença estrutural entre autoria mediata e co-autoria (imputação vertical *versus* horizontal) e a co-autoria não se degrada a “uma espécie de forma mísera da autoria mediata”, e, sim, leva-se em conta a circunstância de que por meio de um planejamento detalhado é possível um co-domínio da execução do ato.

[...]

Aqui, aqueles que tomaram parte no planejamento nem sempre poderão ser condenados como autores mediato em virtude do domínio da organização – pensando-se somente no caso *Eichmann* –, de modo que só uma responsabilidade em co-autoria compreende satisfatoriamente o conteúdo de injusto por eles realizado.⁷⁴

No mesmo sentido, a Câmara de Apelação do ICTY, no caso Vasilejivic, julgado em 25/02/02, tratou da *joint criminal enterprise* como condizente com a teoria do domínio do fato⁷⁵. Destarte, a despeito de não ter feito menção explícita ao domínio da organização, parece que o tribunal sufragou, em alguma medida, o raciocínio de Kai Ambos.

Por seu turno, Claus Roxin, em sua abordagem sobre o concurso de pessoas à luz da teoria objetivo-subjetiva, não cogita acerca da viabilidade da empresa criminal conjunta, porquanto entende que todos os agentes que detenham poder de mando autônomo dentro do aparato organizado poderiam ser imputados penalmente como autores mediatos, independentemente da posição hierárquica que ocupassem, ensejando uma cadeia de autores mediatos. Isto é, uma vez demonstrado que o agente, ainda que subordinado ao comando de superiores, possui o controle de uma parcela da organização, impulsionando-a automaticamente em função da fungibilidade dos

⁷² AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D'Avila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008, p. 205-211, 233 e 270.

⁷³ Ibid. p. 222; Id. *Dominio por organización. Estado de la discusión*. Tradução de Ezequiel Malarino. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 15, nº 68, 2007, p. 90-96.

⁷⁴ Id. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D'Avila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008, p. 222-223.

⁷⁵ Caso IT-98-32-A. Cf. < <http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/acjug/en/val-aj040225e.pdf> > Acesso em 10/11/11.

seus subordinados, restaria caracterizado o domínio da vontade através do domínio da organização.⁷⁶

Na esteira do pensamento de Roxin, cabe salientar que a Câmara de Apelação do ICTY, quando do julgamento do caso Stakic em 22/03/06, contrapôs a doutrina da *joint criminal enterprise* à teoria do domínio do fato⁷⁷. Desta feita, parece que o ICTY, tal como afirma o TPI e em dissonância com a posição de Kai Ambos, tem perfilhado uma visão subjetiva da empresa criminal conjunta, motivo pelo qual o recente tribunal preferiu seguir a teoria objetivo-final, inclusive a figura da autoria de escritório.

Nesse contexto, cabe observar, ainda, que a Câmara de Pré-julgamento do ECCC, no caso Kaing, também abordou a construção pretoriana da empresa criminal conjunta como uma teoria subjetiva. A corte, sem embargo, não firmou posicionamento sobre a correição desse modo de imputação penal.⁷⁸

Ante todo o exposto, é possível assentar que a teoria roxiniana do domínio da organização vem adquirindo crescente importância no âmbito do Direito Penal Internacional, tanto de forma indireta, haja vista a jurisprudência dos tribunais estrangeiros, quanto direta, com sua adoção pelo Tribunal Penal Internacional. Tal fato acompanha o robusto e progressivo acolhimento da teoria do domínio do fato, como critério de delimitação da autoria e participação delitivas.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou tratar da tormentosa questão sobre a imputabilidade penal dos superiores hierárquicos que determinam a prática delitiva através da estrutura organizada de poder que dirigem. Conforme demonstrado, duas teorias emergem com maior destaque no cenário do Direito Penal Internacional com subsídios para a resolução da questão, a saber, a *joint criminal enterprise* e o domínio da organização.

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 275-276; MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, nº 9, 2002, p. 59-98; SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal ciencias penales*, vol. 41, nº 2, 1998, p. 529-558.

⁷⁷ Caso IT-97-24-A. Cf. <<http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf>> Acesso em 10/11/11.

⁷⁸ Caso 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02), julgado em 05/12/08. Cf. <http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/courtDoc/198/D99_3_42_EN.pdf> Acesso em 10/11/11.

Para a construção pretoriana da *joint criminal enterprise*, o dirigente da organização deve ser responsabilizado a título de co-autor juntamente com o executor direto do delito, uma vez evidenciada a sua participação na empresa criminal conjunta. Assinale-se que a doutrina em tela tem sido adotada pelos tribunais internacionais, notadamente o ICTY, sob uma ótica predominantemente subjetiva.

Por sua vez, a teoria do domínio da organização propugna que o homem de trás seja imputado como autor mediato do delito por ele determinado quando restarem comprovados os requisitos caracterizadores dessa modalidade de domínio do fato em virtude do domínio da organização, sem prejuízo da responsabilidade do executor imediato. Tal construção é corolário da teoria objetivo-subjetiva delimitativa da autoria e participação delitivas e enfoca a estrutura vertical da relação estabelecida entre o superior hierárquico e o executor.

Por fim, foi apresentada uma posição intermediária que compatibiliza a doutrina da empresa criminal conjunta com a figura da autoria de escritório. Nesse sentido, Kai Ambos, esoposando a teoria objetivo-subjetiva, ensina que apenas o integrante da cúpula da estrutura de poder poderia ser responsabilizado como autor mediato do delito por ele determinado, conquanto que evidenciada a detenção do domínio da organização. Já os agentes que se encontrassem no escalão mediano deveriam ser imputados como co-autores, à luz do domínio funcional do fato e da *joint criminal enterprise*, ou como partícipes, se a contribuição conferida fosse considerada acessória.

Discorda-se, todavia, desse posicionamento compatibilizador de Kai Ambos porquanto, na esteira dos ensinamentos de Roxin, entendemos que todos os agentes detentores de poder de mando autônomo dentro da estrutura de poder podem ser responsabilizados como autores mediatos, até mesmo aqueles que ocupam uma posição hierárquica intermediária, conquanto que demonstrado concretamente o domínio de, ao menos, parcela da organização. Destarte, uma vez perfilhada a teoria do domínio do fato como delimitativa da autoria e participação delitivas, vislumbra-se ser a autoria de escritório a figura mais adequada para a imputação penal dos superiores que, através da estrutura de funcionamento automático, determinam a prática delitiva a ser efetivada diretamente pelos homens da frente, estando o êxito da empreitada criminosa assegurado especialmente pela fungibilidade dos executores.

Consoante demonstrado acima, a teoria do domínio da organização tem recebido guarida por parte de diversos tribunais estrangeiros, embora de modo não uniforme, visto que existem inúmeras controvérsias a respeito dos seus requisitos configuradores. Por outro lado, à vista da jurisprudência supranacional, constata-se que a doutrina da empresa criminal conjunta pode ser considerada parte do direito consuetudinário internacional em razão da forte acolhida que recebeu,

notadamente pelo ICTY. Recentemene, todavia, a construção roxiniana vem ganhando importância também naquela seara, haja vista a expressa consagração da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder pelo TPI em detrimento da *joint criminal enterprise*.

Ante todo o exposto, conclui-se que, a despeito da incontestável relevância que a doutrina da empresa criminal conjunta possui para o Direito Penal Internacional, mostra-se inegável que a teoria do domínio da organização vem adquirindo crescente importância para aquele ramo do Direito, tanto de forma direta, quanto indireta.

REFERÊNCIAS:

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Revisão de Pablo Alflen e Fabio D'Avila. Atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: RJ, 2008. Título original: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*.

_____. Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro. Tradução de Claudia López. *Criminalia*, vol. 68, nº 2, 2002, p. 23-56.

_____. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista de derecho penal y criminología*, nº 3, 1999, p. 133-165.

_____. Dominio por organización. Estado de la discusión. Tradução de Ezequiel Malarino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 15, nº 68, 2007, p. 79.

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

IBÁÑEZ, Eva Fernández. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada: Editorial Comares, 2006.

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

_____. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2000. Título original: *Täterschaft und Tatherrschaft*.

_____. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, nº 18, 2006, p. 242-248. Título original: *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*

_____. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Tradução de Enrique Anarte Borrallo. *Revista Penal*, nº 2, 1998, p. 61-65.

<<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>> Acesso em 10/11/11.

<http://bundesrecht.juris.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#StGB> Acesso em 10/11/11.

<http://www.rechtsveven.info/Content/Menneskerett/CaseLaw/Judgments/96_034044.html>
Acesso em 10/11/11.

<http://www.pucp.edu.pe/idehpucp//images/boletin_ddhh/CASOS/cccf%20-%20causa%2013-9-12-85.pdf> Acesso em 10/11/11.

<http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Peru/GuzmanReinoso_Decision_13-10-2006.pdf>
Acesso em 10/11/11.

<http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/salassupremas/SPT2/documentos/RN_5385-2006_2DA_SPT_160108.pdf> Acesso em 10/11/11.

<<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL246329-5602,00-CHEFE+DO+SENDERO+LUMINOSO+TEM+PRISAO+PERPETUA+CONFIRMADA.html>> Acesso em 10/11/11.

<<http://peru21.pe/noticia/224546/abimael-guzman-pide-ante-cidh-que-se-anule-su-juicio>> Acesso em 10/11/11.

<http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo=10409&opcion=detalle_noticia>
Acesso em 10/11/11.

<http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf> Acesso em 10/11/11.

<<http://liveunictr.altmansolutions.com/Portals/0/English/Legal/Tribunal/English/2007.pdf>>
Acesso em 10/11/11.

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome_Statute_English.pdf> Acesso em 10/11/11.

<<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>> Acesso em 10/11/11.

< <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> Acesso em 10/11/11.

< <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>> Acesso em 10/11/11.

< <http://www.icty.org/x/cases/krnjelac/tjug/en/krn-tj020315e.pdf>> Acesso em 10/11/11.

< <http://www.icty.org/x/cases/krnjelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf>> Acesso em 10/11/11.

< <http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/tjug/en/vas021129.pdf>> Acesso em 10/11/11.

<http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/en/040616.htm> Acesso em 10/11/11.

< <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>> Acesso em 10/11/11.

< <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

< <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

< http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/en/040616.htm> Acesso em 10/04/11.

< http://www1.umn.edu/humanrts/instate/ICTR/KAYISHEMA_ICTR-95-1/KAYISHEMA_ICTR-95-1-T.html> Acesso em 10/04/11.

< <http://liveunictr.altmansolutions.com/Portals/0/Case/English/Mpambara/judgement/120906.pdf>> Acesso em 10/04/11.

< https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC,_East_Timor_-_Judgmts,_Indmts_&_Docs/Cardoso,_Jose/> Acesso em 10/04/11.

< [https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC,_East_Timor_-_Judgmts,_Indmts_&_Docs/De_Deus,_Domingos_\(Baboe_Letoen\)](https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC,_East_Timor_-_Judgmts,_Indmts_&_Docs/De_Deus,_Domingos_(Baboe_Letoen))> Acesso em 10/04/11.

< https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC,_East_Timor_-_Judgmts,_Indmts_&_Docs/Pereira,_Francisco/> Acesso em 10/04/11.

< <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=AoknUKBsH50%3d&tabid=215>> Acesso em 10/04/11.

< <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=H53fWpjVx8k%3d&tabid=218>> Acesso em 10/04/11.

< <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>> Acesso em 10/04/11.

< <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>> Acesso em 10/04/11.

< <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc532280.pdf>> Acesso em 10/04/11.

< <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>> Acesso em 10/04/11.

<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>> Acesso em 10/04/11.

<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639096.pdf>> Acesso em 10/04/11.

< <http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/acjug/en/val-aj040225e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

< <http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf>> Acesso em 10/04/11.

<http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/courtDoc/198/D99_3_42_EN.pdf> Acesso em 10/04/11.