

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.2

DOMÍNIO DO FATO PELO DOMÍNIO DA VONTADE EM VIRTUDE DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Uma valoração crítica e ulteriores contribuições*

KAI AMBOS

SUMÁRIO: 1. A jurisprudência recente – 2. Posições defendidas na doutrina: 2.1 A teoria do domínio do fato e do domínio em virtude de organização de Roxin como ponto de partida dogmático; 2.2 Posições que coincidem com os resultados alcançados: 2.2.1 Domínio por organização em virtude da fungibilidade (opinião dominante); 2.2.2 Outras fundamentações do domínio por organização (Bottke, Schild); 2.2.3 Equivalentes de domínio de organização (Schroeder, Murmann); 2.3 Pontos de vista discrepantes: 2.3.1 Co-autoria (Jakobs); 2.3.2 Indução pelo superior; 2.3.3 Bocklemann/Volk; 2.4 Valoração global – 3. Sobre a concreção do domínio por organização: 3.1 Grupos de casos: 3.1.1 Delitos de uma estrutura de poder de organização estatal; 3.1.2 Delitos de uma estrutura de poder de organização não estatal (criminalidade organizada); 3.2 Domínio por organização e aparatos desvinculados do direito: 3.2.1 Aparato de poder de organização não estatal; 3.2.2 Aparato de poder de organização estatal – 4. Conclusão.

Resumo: No ano de 1963, Roxin¹ apresentou na revista *Goltdammer's Archiv* a sua doutrina do “domínio da vontade em virtude de estruturas organizadas de poder”, desenvolvida com base na teoria do domínio do fato. Atualmente – vale dizer, mais de trinta

(*) Tradução de Evandro Femandes de Pontes a partir da versão espanhola de Manuel Cancio Meliá (“Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”. *Cuadernos de Conferencias y Artículos* n. 20. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, 1998), com revisão do autor. Este artigo foi originalmente publicado em uma versão mais curta e anterior em *Goltdammer's Archiv* (GA) 1998, p. 226-245. O Prof. Roxin contesta a crítica a seu critério de desvinculação de direito em um recente artigo na obra comemorativa de Samson, Dencker, Frisch, Frister e Reiß (Orgs.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, p. 549-561; o autor deste artigo responde a ele em seu trabalho de “Habilitation”.

(1) GA 1963, p. 193 (p. 200 *et seq.*); *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6. ed., 1994, p. 243-252; recentemente também em Juan Carlos Ferré Olivé e Enrique Anarte Borralló (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva, 1999, p. 191 *et seq.*; versão alemã mais atualizada em *Festschrift für Gerald Grünwald*, cit.

anos depois –, essa doutrina, ainda que tenha sido aceita pela jurisprudência (1), ainda não experimentou um ulterior desenvolvimento que possa se considerar satisfatório. A doutrina científica realizou uma intensa atividade de novos elementos terminológicos, submetendo o modelo de Roxin a uma crítica que em parte fora plenamente justificada. Não obstante, não se apresentaram nesse contexto propostas de solução convincentes (2). Apenas através da necessária concreção da mesma noção de domínio em virtude de organização é que se pode alcançar a sua delimitação material em dois grupos de casos, sendo então também prescindível o critério da desvinculação do ordenamento jurídico (3).

Palavras-chave: Participação – Responsabilidade individual – Domínio do fato – Domínio da vontade – Aparatos organizados de poder.

1. A jurisprudência recente

Como é sabido, atualmente, a jurisprudência dos tribunais superiores alemães parte da ciência de que o homem, que está por trás das ações – apesar de ser o instrumento (executor) um sujeito responsável –, tem o domínio do fato quando “aproveita determinadas condições pré-configuradas por estruturas de organização, de modo que, dentro dessas condições sobre a sua contribuição ao fato, desencadeia processos regrados”.² De acordo com essa posição, esse tipo de condição-marco pode existir especialmente nas estruturas de organização de caráter estatal, empresarial ou próximas a um negócio, assim como no caso de hierarquias de comando: “se em tal caso o homem que opera superiormente atua em conhecimento dessas circunstâncias, especialmente, se aproveita a disposição incondicional do autor material realizar o tipo, e se o superior deseja o resultado enquanto de sua própria atuação”, será autor mediato.³ Para ele, nem sequer é preciso que o superior – de acordo com uma resolução recente⁴ – seja um sujeito com faculdade de decisão política; também o comandante de um regimento de tropas de fronteiras pode converter-se, mediante uma ordem de disparar (realizada mediante atos concludentes) a um subordinado, em autor mediato do homicídio cometido por este.

Segue sem estar claro se com isto a jurisprudência abandona a teoria subjetiva e assume de modo completo a teoria (objetiva) do *domínio do fato*. Ao encontro deste parece advogar o direito de que – como já sucedia antes – siga tomando como ponto de referência a “vontade de ter domínio do fato”, realizando tão-somente – como nos casos normais de autoria mediata – corre-

(2) *BGH Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1994, p. 2.703 (=BGHSt 40, p. 218); assim como *BGH Strafverteidiger (StV)*, 1995, p. 70 (71) e LG Berlin, sentença de 10.09.1996, Autos (536) 2 Js 15/92 Ks (2/95) – gerais, p. 111 *et seq.*

(3) *BGH NJW*, 1994, p. 2.703 (2.706).

(4) *BGH NJW*, 1996, p. 2.042 (2.043).

ções objetivas mediante os critérios da teoria do domínio do fato.⁵ De outra parte, sem embargo, caberia qualificar com *Roxin*⁶ essa manutenção da “vontade de ter domínio do fato” como “irrelevante” e “supérflua”, se se tem em conta que se faz um uso constante dos critérios da teoria do domínio do fato, especialmente em caso de rejeição da co-autoria por falta de divisão funcional das tarefas (vide sobre isso mais adiante). Sob este ponto de vista, caberia considerar então a já citada resolução BGHSt 40, p. 218, como resolução na qual “se impõe definitivamente a teoria do domínio do fato”. Em todo caso, o que é seguro é que o BGH não apóia de modo geral a autoria mediata no interesse de fato do superior, de modo que não retorna à teoria subjetiva extrema (Staschynskij, “caso da banheira”;⁷ teoria que em todo caso já não seria defensável, tendo em conta o teor literal do § 25,⁸ I, primeira hipótese, na primeira parte StGB “por si”).⁹

2. Posições defendidas na doutrina

2.1 A teoria do domínio do fato e do domínio em virtude de organização de Roxin como ponto de partida dogmático

Roxin distingue três formas de domínio do fato: *domínio do fato por ação, por vontade e domínio do fato funcional*,¹⁰ podendo dar-se o domínio por vontade – que é aquele que adquire relevância neste contexto – em três modalidades: “Pode-se *coagir* a quem quer que atue, pode-se usar da circunstância decisiva para a autoria como *fator causal cego*; ou, se o sujeito que atua não é nem coagido nem enganado, há de se tratar de um sujeito que possa *intercambiar livremente*”.¹¹ De modo bem sintético, se alude assim ao domínio da vontade por coação,¹²

(5) Nesse mesmo sentido, Schulz, *Juristische Schulung* (JuS), 1997, p. 109 (111); cfr. de modo geral sobre a chamada teoria subjetiva, partindo de uma consideração de tipo objetivo, por exemplo, Kühl, *Strafrecht AT*, 2. ed., 1997, § 20 n.m. 30 *et seq.*

(6) Roxin, *Juristische Ausbildung* (JA), 1995, p. 49 (50 *et seq.*). Se soma Murmann, GA 1996, p. 269 (271). Cfr. também já Herzberg, *Jura* 1990, p. 16 (20 *et seq.*) a respeito BGHSt 35, p. 347 (“rei dos gatos”).

(7) Cfr. Kühl, AT (supra, n. 4), § 20 n.m. 22 *et seq.*

(8) O § 25 StGB dispõe: “Autoria. (1) Será apenado como autor quem cometer fato punível por si ou por meio de outro. (2) Se vários cometem o fato punível em comum, cada um deles será apenado como autor (coautores)”.

(9) Nesse mesmo sentido, Roxin, *Juristenzeitung* (JZ), 1995, p. 49 (50).

(10) Cfr. Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 127 *et seq.*, 275 *et seq.* Tão-só o domínio do fato funcional se adstringe de modo unívoco a uma forma de autoria (à co-autoria; idem, ibidem, p. 275 *et seq.*).

(11) Idem, ibidem, p. 245 (sem grifos no original).

(12) Idem, ibidem, p. 142 *et seq.*

por erro¹³ ou “em virtude de estruturas organizadas de poder”.¹⁴ Essa última modalidade de domínio pela vontade, que Roxin também denomina *domínio por organização*,¹⁵ consiste em sua opinião “no modo de funcionamento específico das estruturas... que estão à disposição do superior”. De acordo com esse ponto de vista, o aparato funciona “sem que seja decisiva a pessoa individual de quem executa, de modo praticamente ‘automático’”.¹⁶ Partindo do fato de que os executores são intercambiáveis (*fungibilidade*), não sendo sequer necessário que o superior os conheça, este pode confiar que se cumpram as suas instruções, pois, ainda que um dos executores não cumpra com a sua ordem, imediatamente outro ocupará o seu lugar, de modo que aquele, mediante sua negativa de cumprir a ordem, não pode impedir o fato, mas tão-somente subtrair sua contribuição do mesmo.¹⁷ Por conseguinte, os executores apenas são “peças” intercambiáveis “na engrenagem das estruturas do poder”,¹⁸ de modo que a figura central na sucessão – apesar da perda da proximidade com o fato – é o superior em virtude de sua “medida do domínio da organização”.¹⁹ Para afirmar a concorrência do domínio do fato neste, não é decisiva a ação do executor, mas somente o fato de que “possa dirigir a parte da organização que se encontre às suas ordens, sem haver a necessidade de fazer depender a realização do delito de outros”.²⁰ De acordo com o anterior, sob tal ponto de vista pode entrar em consideração como autor mediato quem quer que esteja imiscuído em uma estrutura de organização, de modo que “possa dar ordens a pessoas a si subordinadas” e faça uso dessa faculdade “para a realização de ações puníveis”.²¹

2.2 Posições que coincidem com os resultados alcançados

Dentro do grupo daqueles autores que afirmam em última instância a concorrência de autoria mediata, cabe advertir ao menos três pontos de partida diferentes:

(13) Idem, ibidem, p. 170 *et seq.*

(14) Idem, ibidem, p. 242 *et seq.*, 653 *et seq.* Cfr. também Roxin, GA, 1963, p. 193 (200 *et seq.*); idem, *Lange-Festschrift (FS)* 1976, p. 173 (192 *et seq.*); LK-Roxin, 11. ed., 8. tir., 1993, § 25 n.m. 128 *et seq.*; idem, JZ 1995, p. 49; ver também a recente publicação citada supra, nota 1.

(15) Cf., por exemplo, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 246-249.

(16) Idem, ibidem, p. 245.

(17) Nesse sentido Jäger, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)*, 1963, p. 73 (e 78 *et seq.*).

(18) Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 245.

(19) Idem, ibidem, p. 247.

(20) Idem, ibidem, p. 248.

(21) Idem, ibidem.

2.2.1 Domínio por organização em virtude da fungibilidade (opinião dominante)

A opinião dominante,²² seguindo Roxin, assume o critério do domínio pela organização, sendo poucos os autores que se esforçam em oferecer uma fundamentação própria.²³

O conceito de Herzberg²⁴ coincide de modo pleno com o critério de fungibilidade de Roxin a partir de que – configurando uma exceção ao princípio da responsabilidade pelo reconhecido – a liberdade de decisão de quem recebe as ordens (executores) não afeta o domínio do fato dos superiores. Portanto, em sua opinião, nesse contexto, o verdadeiro instrumento não é a pessoa individual, e sim um mecanismo de poder que funciona de modo praticamente automático, o “aparato”, que segue funcionando sem dificuldades ainda que o indivíduo se negue a intervir.

Bloy²⁵ assume que se trata de uma suposição de imputação por “injusto de organização”, e tão-somente no caso do clássico injusto individual está disposto a reconhecer uma limitação da autoria mediata através do princípio da responsabilidade. Resulta convincente o ponto de vista por ele introduzido segundo o qual pela regra geral uma conduta coordenada em sentido *vertical* só pode dar lugar à autoria mediata, enquanto a co-autoria tem como pressuposto uma conduta coordenada no plano *horizontal*.²⁶

(22) Cf. S/S Cramer, 25. ed., 1997, § 25 n.m. 25; Lackner, *StGB*, 21. ed., 1995, § 25 n.m. 2; Tröndle, *StGB*, 48. ed., 1997, § 25 n.m. 3 (remetendo, contudo, tão-somente a Schroeder); Maurach e Gössel, *AT/2*, 7. ed., 1989, § 48 n.m. 88 (com uma posição crítica a respeito da contradição com o princípio da responsabilidade); Eser, *Strafrecht II*, 3. ed., 1981, n.m. 790 *et seq.*; idem, *Schweizer Strafrecht*, 2. ed., 1996, § 13 n.m. 34; Wessels, *Strafrecht AT*, 25. ed., 1995, n.m. 541; Gropp, *Strafrecht AT*, 1997, p. 316 *et seq.*; Lampe, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften (ZStW)* 106 (1994), p. 683 (743); Jung, *JuS* 1995, p. 173 (174); Küpper, *GA* 1998, 523 *et seq.*; também Freund, *Strafrecht AT*, 1998, § 10 notas marginais 90 *et seq.* e 102 *et seq.*, mas com outra fundamentação – Ver para a doutrina espanhola, italiana e portuguesa a recente monografia de Hernández Plasencia, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, 1996, p. 257 *et seq.*; ver também: Muñoz Conde, In: Ferré; Anarte (eds.), *supra*, nota 1, p. 151 *et seq.* (154); Figueiredo Dias, In: Ferré; Anarte, p. 99 *et seq.* (102 *et seq.*).

(23) Cf., além do texto que se segue, a assaz instrutiva exposição de Gropp, *JuS*, 1996, p. 13 (15 *et seq.*), quem, apesar de expressar certas dúvidas, acaba seguindo Roxin no que se refere aos resultados alcançados.

(24) Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 42 *et seq.*; idem, *Jura* 1990, p. 16 (23 *et seq.*). Contudo, Herzberg parece haver modificado sua posição em favor de uma indução em uma recente conferencia, não publicada (citado por Roxin em *Festschrift Grünwald*, *supra*, nota 1).

(25) Bloy, *GA*, 1996, p. 424 (437 *et seq.*).

(26) A respeito da estrutura de mando vertical na antiga República Democrática Alemã (RDA) – ainda que em relação com a fundamentação da indução –, Lüderssen, *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt?*, Frankfurt am Main, 1992, p. 88 *et seq.*

Também Schmidhäuser²⁷ aceita atualmente o critério da fungibilidade, mas afirma a concorrência de autoria mediata também naqueles casos em que a vítima é posta à mercê de uma multidão disposta a levar a cabo o fato.

2.2.2 Outras fundamentações do domínio por organização (Bottke, Schild)

Se bem que Bottke²⁸ faça uso do conceito de *domínio de configuração a partir de uma posição (relevantemente) superior* (em lugar do domínio pela vontade), em última instância também toma como ponto de referência o domínio por organização, ao afirmar a concorrência de autoria mediata em quem, “ocupando, dentro de uma estrutura organizada de poder com atitude global criminógena, um determinado posto, dá instruções a outro que ostenta um posto inferior para que cometa um delito, podendo contar que, por causa da atitude criminal do coletivo, já estabelecida, e do poder de mando e disposição a cumprir ordens que naquele existe, muito provavelmente sua ordem será cumprida”.²⁹

Também Schild³⁰ reconhece a constituição do domínio por organização, mas a reconduz – como no caso do domínio por coação e por erro – não ao domínio pela vontade, mas exclusivamente ao *domínio da ação* do superior. Quanto ao resultado alcançado, esse autor, contudo, se mostra partidário – contra a autoria mediata como categoria autônoma – em afirmar a ocorrência de uma mera autoria individual.

Em todos os casos de autoria mediata defendida por Roxin como domínio por vontade (melhor dizendo, em virtude de coação, de erro ou de aparatos organizados de poder³¹) de acordo com o ponto de vista de Schild, o superior não comete o fato tão-somente “por meio” de outro (como prevê o § 25, I, segunda alternativa), “mas quem comete desse modo o fato por meio de outro *cria ele mesmo a ação típica* (precisamente, através de um instrumento, e, por isso, não por meio de ‘outro’)”;³² nesse sentido, haveriam de tomar-se como ponto de referência as condutas típicas da Parte Especial, incluindo o dolo.³³ Desse modo, Schild proclama que a distinção entre autoria direta e mediata no sentido do § 25, I – distin-

(27) Schmidhäuser, *Strafrecht AT (Studienbuch)*, 2. ed., 1984, 10/95; sobre a sua opinião anterior, cf. Idem, *Lehrbuch Strafrecht AT*, 2. ed., 1975, 14/49.

(28) Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft: zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineropäischen Strafrechtssystems*, Heidelberg, 1992, p. 60 *et seq.*, 71 *et seq.* Cf. a valoração crítica de Lesch, *GA*, 1994, p. 112 (123 *et seq.*).

(29) Bottke (supra, n. 27), p. 71 *et seq.*

(30) Schild, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, p. 10, 16, 19, 24 *et seq.* Vide a valoração crítica de Bloy, *GA*, 1996, p. 239.

(31) Cfr. supra, texto correspondente às notas 10 *et seq.*

(32) Schild (supra, n. 29), p. 24.

(33) Contra, Bloy, *GA*, 1996, p. 239 (241).

ção que em sua opinião se baseia em um “conceito de ação prenormativo, que toma como referência os fenômenos externos (imediatos) em si mesmos”³⁴ –, é supérflua de modo geral.

2.2.3 *Equivalentes de domínio de organização (Schroeder, Murmann)*

Schroeder³⁵ constrói um critério de *decisão incondicional de cometer o fato* na pessoa do executor, considerando que o domínio por organização é uma “construção *ad hoc*” cujo elemento central (qual seja, o critério da fungibilidade) não pode configurar o fundamento material do domínio do fato; pois, em sua opinião, por um lado, esse critério leva em conta a especialização funcional dos executores produzida pelo lento processo de integração em tais organizações, e, por outro lado, ainda, o fato de que os executores não serem intercambiáveis não mudaria em nada a responsabilidade jurídico-penal dos superiores. Segundo esse autor, o elemento decisivo do ponto de vista material está em que a todo momento existam “pessoas dispostas a levar a cabo o fato”. Ademais, Schroeder remete a Korn,³⁶ que considera o critério da fungibilidade “superficial”, e por isso recorre a outros distintos, como que não existam disposições jurídicas contrárias ao fato que impeçam a sua execução (disposições que, em sua opinião, não existiam no sistema nazista), a educação para cumprir sem objeção algumas ordens recebidas, assim como a relação de superioridade e subordinação em uma ordem hierárquica com ampla divisão de competências.

No conjunto, a exposição de Schroeder não pode resultar convincente.³⁷ Antes de mais nada, há de se destacar que Korn não constitui uma referência confiável em oposição a Roxin, porque não invoca – apesar da crítica antes mencionada – constantemente os argumentos deste como base de seu próprio desenvolvimento,³⁸ sem o que, ademais, chega ao mesmo resultado material que ele, ao considerar o indivíduo com “instrumento” “quando exerça a sua atividade em uma *estrutura organizada de poder*, de tal modo... que atua sem vontade de dominar o fato”.³⁹ De outra parte, a tese de Schroeder da disposição “incondicionada” de levar a

(34) Schild (supra, n. 29), p. 24.

(35) Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 143 *et seq.* (152, 158, 167 *et seq.*); idem, *Juristische Rundschau (JR)* 1995, p. 177 (178).

(36) Korn, *NJW*, 1965, p. 1.206 (1.208 *et seq.*).

(37) Adota também uma posição crítica Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 362 *et seq.*

(38) Cf., especialmente, Korn, *NJW* 1965, p. 1.206, n. 5 e 17 *et seq.*, remetendo-se à Roxin, GA, 1963, p. 193 (199 *et seq.*). Ademais, o critério da ausência de um ordenamento jurídico que se oponha é devido também a Roxin, *Täterschaft* (supra, n. 1), p. 249 *et seq.*

(39) *NJW*, 1965, p. 1.209 (sem grifos no original). Não obstante, para Korn o instrumento é tão-só cúmplice.

cabo o fato por parte do executor recorda muito a delimitação proposta já antes por Roxin⁴⁰ entre autoria (mediata) e participação no âmbito das estruturas organizadas de poder: quem é requerido (o induzido ou executor) não possui a vontade responsável, “que em outros casos se encaminha como muro insuperável entre o superior e o fato e coloca a quem formula o requerimento no âmbito marginal da participação...”, sem o que, do contrário, é dominado pelo superior (“os indicadores do delito”), de tal modo que a vontade desses últimos se superpõe à do executor ou a desloca, sendo aquela, em todo caso, a vontade que domina a realidade dos fatos. Materialmente⁴¹ há de dar-se razão a Roxin,⁴² quando rechaça o critério de Schroeder da “disposição incondicional”, fazendo referência ao § 30, II, do StGB,⁴³ já que, de acordo com esse preceito, o “caso clássico de uma disposição (condicionada ou incondicionada) de realizar o fato” (a aceitação de um oferecimento) precisamente não é autoria mediata, mas apenas a indução (consumada ou em grau de tentativa). Finalmente – segue argumentando Roxin –, o critério da disposição incondicional é supérfluo, já que o “específico domínio de organização está precisamente em que o funcionamento, e com ele também a realização do tipo” estão assegurados com independência dessa disposição. Isso resulta convincente, ademais, porque na realidade jurídica – prescindindo dos escassos casos de *omnimodo facturus* – não ocorrem frequentemente executores “incondicionalmente dispostos”, de modo que com esse critério dificilmente poderia fundamentar-se uma autoria mediata do superior. Finalmente, Schroeder não parece se decidir a tomar posição de modo definitivo, ao considerar que “com frequência na intervenção em uma organização haverá co-autoria”,⁴⁴ abandonando desse modo a base de discussão comum originária (ou seja, como pode fundamentar-se a *autoria mediata* do modo mais convincente).

Murmann⁴⁵ defende *um domínio do fato por poder de instrução*. Em sua opinião a noção de domínio de organização parte de um mero domínio instru-

(40) GA 1963, p. 193 (201).

(41) Pode suscitar-se a dúvida acerca de se realmente se discute a fundo a questão de atribuir a Schroeder a pergunta de “quais são os argumentos que em última instância se impuseram” (JR, 1995, p. 177).

(42) Roxin, JZ 1995, p. 49 (51), com ulteriores referências. No mesmo sentido, Heine, In: Arnold; Burkhardt; Gropp; Koch (ed.) *Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, 1995, p. 51 (66 na n. 61).

(43) Diz o § 30: “Tentativa de participação. (1) Quem intente determinar a outro a cometer um delito grave ou a induzi-lo será apenado conforme as disposições relativas à tentativa de delito grave. Não obstante, a pena haverá de atenuar-se conforme o disposto no § 49, 1. Se aplicará analogamente o § 23, 3.º. (2) Do mesmo modo será apenado quem declare estar disposto a cometer um delito grave ou induzi-lo, quem aceite o oferecimento de outro a cometer um delito grave ou induzi-lo ou quem convença a com outro cometer um delito grave ou induzi-lo”.

(44) Schroeder, *Täter...* (supra, n. 33), p. 169.

(45) Murmann, GA, 1996, p. 269 (273 et seq.).

mental do sucesso exterior, deixando de lado, da mesma forma, um – hipotético – funcionamento perfeito da organização que não pode prescindir da liberdade do executor. Desse ponto de vista, é uma “imagem distorcida a de qualificar seres humanos que estão imbricados em estruturas de organização como parte de uma máquina”, pois em virtude da qualidade de seres humanos dos intervenientes, “a incerteza que deriva da liberdade... projeta-se sempre de novo e nos mesmos termos”. E ademais, do ponto de vista normativo (da perspectiva do ordenamento jurídico) há de esperar-se a realização de uma conduta ajustada ao direito, e não está claro como “um comportamento contrário à expectativa, antijurídico, pode dar lugar à imputação a título de autor”.⁴⁶ Do ponto de vista empírico, para Murmann, o fato de que tão-somente entra em consideração para a realização do fato em cada caso um número limitado de pessoas, também põe em dúvida a fungibilidade dos executores imediatos, de maneira que não caberia falar de nenhum modo de “um número praticamente ilimitado de pessoas dispostas a levar a cabo o fato”.⁴⁷ Por essas razões, em sua opinião, há de tomar-se como ponto de referência a “relação mútua de reconhecimento” entre autor (Estado) e vítima (cidadãos). Na relação entre Estado e cidadãos, a vítima não é lesionada pelo executor imediato, mas também por um exercício antijurídico do poder por parte do Estado. O executor imediato transmite e concretiza a *instrução* lesiva e antijurídica do Estado para o cometimento do fato. Desse modo, o Estado estaria intervindo de maneira direta na esfera de liberdade do cidadão, “mesmo nos casos em que precisa para a realização da ordem de uma pessoa executora”.⁴⁸ Sob essa perspectiva, se chega à conclusão de que há de partir-se de um domínio do fato normativo e pessoal, mediante o qual o superior (Estado) domina o sucedido através de um executor que atua em liberdade (por exemplo, sentinela de fronteira) quando, em sua relação com a vítima, (refugiado) concorrem deveres especiais, “de modo que já a instrução ao executor constitui uma modificação de relação com a vítima do injusto”.⁴⁹

Há de dar-se razão a Murmann quando adverte que não se pode partir de modo praticamente automático da falta de liberdade do executor com a mera afirmação do domínio por organização. Não apenas o domínio de organização enquanto tal, mas também o domínio do fato por parte do superior que o anterior implica (e a falta de liberdade do executor) hão de provar-se no caso concreto. Há de opor-se, sem embargo, que tampouco a construção de uma relação de instrução entre autor mediato, executor e vítima está em condições de resolver o problema da liberdade do executor, “por lo menos desde un punto de vista empirico”. Pois tampouco a instrução estatal priva o executor de modo automático da liberdade de ação. Tendo em conta o anterior, o modelo de Murmann parece desne-

(46) Idem, ibidem, p. 274.

(47) Idem, ibidem, p. 273.

(48) Idem, ibidem, p. 278.

(49) Idem, ibidem, p. 281.

cessariamente complicado e abstrato. Em última instância, não fica claro como o Estado enquanto superior pode sequer dominar o executor sem uma estrutura organizada de poder.⁵⁰

Ultimamente Schulz⁵¹ propôs rechaçar o domínio de organização por ser demasiado amplo, substituindo-o pelo *domínio por coação* já conhecido em sua teoria de domínio do fato. Essa posição não só não aporta melhoras materiais – pois, precisamente, é necessário concretizar em maior medida a figura do domínio por organização –, mas, ademais, gera confusão, já que o conceito do domínio por coação já está “coberto” por outros grupos de casos em que sói faltar a especialidade de uma organização hierárquica.⁵² Doutra parte, Schulz é incoerente ao rechaçar a aplicação do § 35 do StGB (estado de necessidade) no caso dos soldados da ex-RDA que fizeram disparos no Muro de Berlim, se ao mesmo tempo constata uma “situação de pressão psíquica no executor” por parte do superior.

Também há de rechaçar-se o critério de Stein,⁵³ ao afirmar que, tratando-se de executores “não livres”, não de entrar em jogo as regras de domínio por coação e por erro, sendo, portanto, desnecessário o domínio por organização. Pois a “falta de liberdade” do executor pode consistir precisamente em que *é dominado pelo superior* com base na estrutura do aparato organizado de poder em questão, sendo em relação a ele *juridicamente* (do ponto de vista normativo) “não livre”.

2.3 Pontos de vista discrepantes

Os representantes de um princípio de responsabilidade sem restrições defendem a posição de que um autor plenamente responsável não pode ser simultaneamente instrumento de outro.⁵⁴

Não obstante, não só o princípio de responsabilidade com tal é objeto de discussão,⁵⁵ mas também, dentro do campo de seus defensores, alguns deles estão

(50) Identifico-me com a posição de Murmann em meu escrito de “Habilitation”, que estará disponível brevemente.

(51) Schulz, *JuS*, 1997, p. 109 (112 *et seq.*).

(52) Cf. Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 142 *et seq.*

(53) Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungsförmigenlehre*, 1988, p. 203.

(54) Cf. Jakobs, *Strafrecht AT (Studienausgabe)*, 2. ed., 1993, 21/103; idem, *NSZ*, 1995, p. 26; Jescheck e Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. ed., 1996, p. 670; Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehren*, 5. ed., 1996, § 21 n.m. 92; Baumann; Weber e Mitsch, *Strafrecht AT*, 10. ed., § 29 n.m. 147; SK-Samson, 1993, § 25 n.m. 36.

(55) Cf. – a respeito da sentença no caso do “rei dos gatos” (BGHSt 35, p. 347) – Herzberg, *Jura* 1990, p. 16 (22 *et seq.*), tomando como ponto de referência o “princípio do instrumento” e a “quebra da responsabilidade”; também Küper, *JZ*, 1989, p. 935 (936 *et seq.*, 940 *et seq.*).

dispostos a reconhecer o domínio de organização como uma exceção lícita ao princípio de responsabilidade.⁵⁶

2.3.1 Co-autoria (Jakobs)

Especialmente Jakobs⁵⁷ manifestou-se contra o domínio por organização, preferindo em geral a co-autoria e a autoria mediata nesse caso.⁵⁸ Em sua opinião, ao encontro de uma suposta fungibilidade, há de se ter em conta o fato de que não eram intercambiáveis todos os soldados de fronteira de modo muito simultâneo, mas apenas de modo sucessivo, uma característica que não tem nada de especial no âmbito da participação. Desse ponto de vista, está dentro da lógica das estruturas de organização constatadas pela jurisprudência que estas não só permitem o intercâmbio dos receptores de ordens, mas também dos emissores. Finalmente, o que sucede é que não existe – como afirma Roxin – um “domínio superior de qualidade própria”, sem o que aqueles que emitem ordens e aqueles que a executam são *juridicamente* de igual posto; pelos demais, o executor *juridicamente* não atua de modo automático, sem que se deixe corromper pela ordem, sendo esse ato responsável “o exatamente oposto a um funcionamento automático”.⁵⁹ Para Jakobs, o caráter comum da decisão de realizar o fato – que é necessário para uma co-autoria – resta configurado pela consciência comum de dirigentes e executores de que determinado fato ou vários fatos de mesmas características hão de levar-se a cabo de acordo com as instruções da direção. Para ele não seria decisivo que os intervenientes se conheçam entre si. Doutra parte, tampouco seria necessária uma intervenção no estágio de execução. Nos casos dos soldados que dispararam na fronteira da antiga RDA, as instruções dos superiores criaram a possibilidade dos homicídios, e têm o mesmo peso social que os fatos diretos executados em “regime de repartição de tarefas”.⁶⁰

(56) Cf., por exemplo, Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 75; também Stratenwerth e Wessels (supra, n. 21), e Herzberg (supra, n. 23). A respeito das discrepâncias existentes em outros grupos de casos, vide Bloy, *Beteiligungsform* (supra, n. 36), p. 347 *et seq.*

(57) Jakobs, *AT* (supra, n. 53), 21/103, na n. 190; idem, *NSiZ* 1995, p. 26 *et seq.*

(58) A favor da co-autoria também Jescheck e Weigend, *AT* (supra, n. 53), p. 670; SK-Samson, 1993, § 25, n.m. 36.

(59) Jakobs, *NSiZ* 1995, p. 26 (27); contra, Gropp, *JuS* 1996, p. 13 (17) para quem ninguém pode estar em uma posição de maior inferioridade jurídica que quem recebe ordens. Também Muñoz Conde, supra, nota 21, p. 155 *et seq.*, em caso de organizações não estatais. A favor de uma cooperação necessária, conforme o direito espanhol, Hernández Plasencia, supra, nota 21, p. 273 *et seq.*

(60) Jakobs fundamenta a autoria – em vez de participação – no caso do Conselho Nacional de Defesa da RDA com base em que os superiores, como membros de um órgão

Otto⁶¹ indica que o executor direto está determinado de modo essencial pela consciência de que não será feito responsável pelos seus atos. Essa circunstância não fundamenta ainda um domínio do fato do “planejador” sobre a sua pessoa. Pelo contrário, com sua conduta o executor assume como próprio o plano delitivo por atos concludentes; por ele, haveria de afirmar que concorre a autoria.

2.3.2 Indução pelo superior

A indução tem como pressuposto que o autor direto e o fato sejam suscetíveis de serem determinados⁶² pelo indutor.⁶³ Ainda que se considere que esses pressupostos podem ser cumpridos em caso dos supostos disparos na fronteira da RDA – o círculo de soldados de fronteiras como autores suscetíveis de serem determinados e os disparos mortais como fatos determinados –, uma comparação entre a indução e a autoria mediata conduz à conclusão, de modo injusto, da conduta dos superiores,⁶⁴ sem o que, ademais, se inscreve de modo mais harmônico na teoria geral da participação. Nesse sentido, Schroeder⁶⁵ indicou com razão que no caso dos fatos realizados no contexto de organizações de poder não concorre a situação típica da indução, isto é, o encontro da vontade do instigador (indutor) com as contraforças psíquicas “fiéis ao direito” do instigado (induzido) e a insegurança quanto ao êxito da instigação que ele implica. Pelo contrário, nesses casos a vontade contrária do instigado é tão débil que o instigador pode partir da base da “ausência de qualquer força que se oponha”. Partindo do anterior, o soldado que fez disparos no Muro corresponde com o autor já decidido a realizar o fato, cuja “disposição incondicional”⁶⁶ o superior tão-só há de aproveitar para a execução do fato. O instigador domina o instigado, e esse *domínio* do superior sobre o executor é um argumento em favor da autoria mediata no lugar da indução.

constitucional (art. 73 da Constituição da RDA), ocupavam uma posição de dever especial, tratando-se, portanto, de delitos de dever (cf. Jakobs, *NSiZ*, 1995, p. 26 *et seq.*; idem, *AT* (supra, n. 53), 21/155 *et seq.*). No mesmo sentido, Murmann, *GA*, 1996, p. 269 (278), ao tomar como ponto de referência o dever do Estado de exercer o poder estatal de modo ajustado ao Direito.

(61) Otto, *Grundkurs* (supra, n. 53), § 21 n.m. 92.

(62) Cf. de modo geral Kühl, *AT* (supra, n. 4), § 20 n.m. 188 *et seq.*

(63) Cf. Gropp, *JuS* 1996, p. 13 (17); vide, a respeito da indução como forma de participação subsidiária nesses casos, Jakobs, *AT* (supra, n. 53), 21/103; recentemente também Köhler, *Strafrecht AT*, 1997, S. 510 f.

(64) Nesse sentido, formulado de modo positivo, o argumento jurídico-político de Roxin (*JZ*, 1995, p. 49) em favor da autoria mediata.

(65) Schroeder, *Täter...* (supra, n. 34), p. 143 *et seq.*, 150, 196, 222; idem, *JR*, 1995, p. 177 (178).

(66) *BGH NJW*, 1994, p. 2.703 (2.706).

2.3.3 Bocklemann/Volk

Bocklemann e Volk⁶⁷ afirmam que ocorre *autoria acessória*, argumentando que a co-autoria acaba excluída pela falta de uma comum decisão a realizar o fato, e que a concorrência de autoria mediata não pode afirmar-se tendo em conta que os executores são plenamente responsáveis. Diante disso, Roxin aduziu com razão que a imbricação das distintas ações dentro da estrutura organizada de poder exclui o fluir paralelo e sem vínculos de várias séries causais, que caracteriza a autoria acessória.⁶⁸

2.4 Valoração global

A figura do *domínio por organização* é imprescindível para a fundamentação da autoria mediata. Os demais intentos de fundamentação, a afirmação de co-autoria ou ainda de indução, não podem resultar convincentes.

Contra a *co-autoria* – que seria a alternativa mais convincente – é de decisiva relevância a consideração de que especialmente o alheamento do fato e o desconhecimento do superior do concreto “vir a ser” do fato e do executor do fato excluem uma co-intervenção em regime de repartição de tarefas.⁶⁹ Os casos dos disparos na fronteira da RDA demonstram que a execução do fato era deixada, por regra geral, a cargo dos soldados de fronteiras, isto é, que não concorria uma repartição funcional de tarefas no sentido de co-autoria. Igualmente, sói faltar uma decisão comum de realizar o fato entre o superior e o executor do fato. Pelos demais, a co-autoria precisamente não reflete de modo adequado as hierarquias de mando que são imanentes à criminalidade estatal organizada.⁷⁰

A *indução* há de rechaçar-se, porque deixa em segundo plano decisivo ponto de vista do domínio do fato por parte do superior. Na realidade da RDA, de nenhum modo pode considerar-se que os soldados de fronteiras sempre – no sentido de um *omnimodo facturus* – estavam decididos de modo incondicional à comissão do fato.⁷¹ Pelo contrário, muitos soldados de substituição tentaram escapar dos serviços de sentinela, ou prestavam serviço com a esperança de que não se produziria nenhum acontecimento na fronteira. Em todo caso, para os que emitiam as ordens, eram peças mutáveis na máquina do sistema em funciona-

(67) Bocklemann e Volk, *Strafrecht AT*, 4. ed., 1987, p. 182.

(68) Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 654.

(69) De modo convincente, Roxin, op. cit.; idem, *Lange-FS*, 1976, p. 193; idem, *JZ* 1995, p. 49 (50).

(70) Cf., nesse sentido, a convincente distinção entre co-autoria horizontal e autoria mediata vertical proposta por Bloy (supra, n. 24).

(71) Assim o LG Berlin, *Neue Justiz (NJ)* 1994, p. 588, no caso de um soldado de substituição que foi destinado à fronteira como comandante.

mento, de modo que sua disposição incondicional a realizar o fato nem sequer era decisiva.

O principal argumento que se opõe à afirmação da *autoria mediata*, a aparente contradição do *domínio* sobre um executor que atua *de modo responsável*, acaba preso se se distingue com maior clareza entre injusto individual e injusto coletivo, qual seja, aquele injusto que se apresenta em contextos organizados de poder e ação (macrocriminalidade⁷²).⁷³ Um princípio estrito de responsabilidade há de fracassar no contexto do injusto coletivo, porque não pode apreender o injusto do superior já por definição, enquanto parte da auto-responsabilidade como princípio liberal e jurídico-individual. De um ponto de vista geral, é necessário refletir e questionar as regras tradicionais do direito penal individual nas hipóteses de execução do fato por parte de outro no contexto de condutas da macrocriminalidade.⁷⁴ A circunstância de o superior – a diferença dos casos “normais” de autoria mediata – não dominar de modo direto, apenas (e tão-somente) indireto através da estrutura, conduz a uma responsabilidade em virtude de competência funcional (como “autor de gabinete”, emissor das ordens, planejador, autor intelectual etc.), dito brevemente: a uma responsabilidade com base em um *injusto de organização em lugar de um injusto individual*.⁷⁵ Por conseguinte, para a imputação é decisivo que se prove o domínio por organização do superior. Sua autoria mediata termina só naquele ponto em que “faltam os pressupostos precisamente desse domínio por organização”.⁷⁶

Posto que só a teoria do domínio por organização – apesar da necessidade de submetê-la a uma ulterior concreção (sobre isso, vide *infra* item 3) – apreender o específico injusto de organização de modo adequado e satisfatório, resulta preferível diante dos equivalentes antes mencionados. Ao não aportar esses um benefício real em determinação, cabe ainda em atualidade a Roxin o mérito de haver desenvolvido a única proposta de solução viável. Qualquer desenvolvimento ulterior há de tomar sua concepção como ponto de partida. A questão diretriz nesse contexto é quais devem ser as *estruturas e características de organização* dos coletivos de injusto para poder fundamentar o domínio por organização dos superiores.

(72) A respeito do entendimento aqui defendido desse conceito desenvolvido por Jäger, vide Ambos, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)* 1996, p. 355 (362 *et seq.*).

(73) Cf. o ulterior desenvolvimento neste ponto de Lampe, *ZStW* 106 (1994), p. 683 (687 *et seq.*).

(74) Vide sobre isso Jäger, *MSchrKrim* 1962, p. 73-83; Roxin, *Täterschaft* (supra, n. 1), p. 243; e ultimamente Jäger, In: Hankel e Stuby (ed.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, p. 325 (329 *et seq.*).

(75) Acertadamente Bloy, *GA* 1996, p. 424 (411).

(76) Idem, *ibidem*.

3. Sobre a concreção do domínio por organização

3.1 Grupos de casos

Roxin se antecipa à objeção da “falta de determinação”⁷⁷ do domínio de organização ao constatar que “não cabe formular (...) um conceito de autor de limites concisos do que se poderia deduzir da solução desses casos (quase) de modo lógico-dedutivo”, sem o que, pelo contrário, hão de destinar-se da suposição do fato concreto as “formas estruturais do domínio”.⁷⁸ Com ele, o domínio por organização se converte em um conceito “aberto” e à indeterminação do sistema. Não obstante, entre a “atrofia dogmática”⁷⁹ e uma falta de determinação absoluta existe um caminho intermediário consistente em diferenciar distintos grupos de domínio por organização. Fazendo uma primeira distinção aproximativa, por um lado se trata de delitos cometidos por uma estrutura de poder de organização *estatal* e, por outro, de organização *não estatal*.

3.1.1 Delitos de uma estrutura de poder de organização estatal

O protótipo desse grupo de caso é o Estado totalitário contraposto ao Estado liberal. Certamente, o totalitarismo de um Estado, qual seja, o grau de controle e domínio dos cidadãos, pode variar e nunca será verdadeiramente “total”. Também se discute se os exemplos históricos que se mencionam sempre (a saber, o sistema nazista e outros sistemas fascistas, assim como as ditaduras do socialismo real de perfil estalinista) podem ser conjugados sob o rótulo do totalitarismo como conceito unitário. Todo ele, sem embargo, pode acabar fora de consideração no presente contexto,⁸⁰ já que tão-somente são de interesse os elementos estruturais comuns dessas estruturas de poder. Para poder elaborar esses elementos, se oferece, por um lado, uma análise teórico-sociológica, e, por outro, a análise de sentenças penais nesse âmbito. Aqui se empreende o caminho enunciado em segundo lugar, já que somente o tratamento do passado por meio da justiça penal tem como pressuposto – à parte uma comprovação exhaustiva dos fatos – a *valoração jurídica das relações de participação*.

(77) Schroeder, *Täter...* (supra, n. 34), p. 168; vide também, idem, *JR*, 1995, p. 177 (178).

(78) Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 251.

(79) Cf. Roxin, *GA* 1963, p. 193 (207), fazendo referência a que somente um sistema aberto pode evitar a “atrofia dogmática” (e portanto um déficit na capacidade de solução dos problemas).

(80) Cf. detalhes dados por Dähn, In: Görnitz/Prätorius (ed.), *Handbuch Politikwissenschaft*, 1987, p. 567 *et seq.*; Nabmacher, *Politikwissenschaft*, 1994, p. 143 *et seq.*; ultimamente Maier, *Totalitarismus und Politische Religionen*, 1996.

Enquanto a jurisprudência alemã⁸¹ somente com sua lenta aproximação à teoria do domínio do fato teve de reconhecer uma autoria mediata baseada no domínio por organização por parte dos órgãos de direção políticos e administrativos,⁸² a figura adquiriu relevância anteriormente no estrangeiro. Nas sentenças pronunciadas no caso Eichmann⁸³ – já reconhecidas por Roxin e outros⁸⁴ – se constatou que a *teoria tradicional da participação* (em especial, indução e cumplicidade) *não* poderia apreender *de modo adequado* os delitos julgados. A solução do Tribunal Distrital consistiu, em lugar disso, em aumentar a responsabilidade jurídico-penal individual – praticamente invertendo a teoria habitual da participação – na medida em que a distância até o fato fosse maior, de modo que se levava à conclusão de que o superior que dirigia os atos tinha maior responsabilidade que o autor direto:

“Os delitos julgados são delitos massivos..., de modo que a proximidade ou a distância quanto ao homem que matou de fato a vítima não pode ter nenhuma influência no alcance da responsabilidade. Pelo contrário, a medida da responsabilidade aumenta (...) quanto mais nos distanciamos daquele que põe em funcionamento a arma homicida com suas mãos e chegamos aos níveis de hierarquia superiores, os ‘indutores’ na terminologia de nosso legislador. Quanto às vítimas (...) é especialmente difícil definir em termos técnicos quem prestou auxílio a quem: aquele que recolhia os dados das vítimas e as deportava ao campo de concentração, ou aquele que ali lhes obrigava a realizar trabalhos forçados.”⁸⁵

Ainda que se considere que isso é correto, em todo caso resta dito que não entra em consideração a participação, para essas suposições,⁸⁶ mas não se resolve a questão – que é a única que aqui interessa – de concorrer co-autoria ou autoria

(81) Cf. supra, n. 1.

(82) Anteriormente se recorria à teoria subjetiva (cf. supra, n. *). Contudo, já a Staschynskij se poderia ter condenado com base na teoria do domínio do fato como autor direto e ao superior responsável na KGB como autor mediato em virtude do domínio por organização (cf. Roxin, *GA* 1963, p. 194 *et seq.*; idem, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 247 *et seq.*).

(83) Cf. a sentença do Tribunal Distrital de 12.12.1961 (tradução alemã em Less, *Schuldig Das Urteil gegen Adolf Eichmann*, 1987; em inglês em *International Law Reports (ILR)* 36 [1968]m, p. 5-14 (summary), 18-276) e a sentença confirmatória do Tribunal Supremo em apelação de 29.05.1962 (*ILR* 36 [1968], p. 14-17 (summary), p. 277-344).

(84) Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 246 *et seq.* (*GA* 1963, p. 201 *et seq.*); também Schroeder, *Täter...* (supra, n. 34), p. 167; Jäger, *MschKrim*, 1962, p. 73; Baumann, *JZ*, 1963, p. 110; idem, *NJW*, 1963, p. 561, 564 *et seq.*; Peters, *Eckart Jahrbuch* 1961, p. 229 *et seq.*; conforme, também, ultimamente, a análise histórico-penal de Grosse, *Der Eichmann-Prozess zwischen Recht und Politik*, Frankfurt am Main, 1995 (sobre isso, Geerds, *GA*, 1997, p. 99).

(85) Tribunal Distrital (supra, n. 82), § 197.

(86) Assim, por exemplo, Baumann, *JZ*, 1963, p. 119 *et seq.*

mediata. No caso se chegou à conclusão de que se tratava de co-autoria. A fundamentação oferecida, sem embargo, é mais adequada para fundamentar um domínio por organização, pois em resumo se constata que Eichmann “não era uma ‘marionete’ em mãos alheias”, mas tinha “seu lugar entre os diretivos”.⁸⁷ Desse ponto de vista, *de fato* ostentava a responsabilidade administrativa da “solução final”. Se é assim, e seguindo Roxin,⁸⁸ cabe comprovar que a sua falta de proximidade diante do fato, a redução dessa, restava compensada com um incremento do *domínio por organização*. Contra a co-autoria, ao menos na perspectiva alemã, não de recordar-se os argumentos já mencionados.⁸⁹

Contudo, a afirmação de que concorre um *domínio do fato* em Eichmann em virtude de um aparato organizado de poder parece uma solução bastante ampla se se tiverem em conta outros procedimentos com essas características. Se se compara sua posição e função – em seu último cargo, como chefe do acordado IV B 4 da Agência Central de Segurança do Reich (Reichssicherheitshauptamt, RSHA⁹⁰), era responsável pelas deportações de judeus – como as dos acusados nos processos de Nürnberg⁹¹ ou nos processos relacionados com a RDA (contra o Conselho Nacional de Defesa ou os “generais”), chama a atenção que a esses se acusaram ou acusam como membros da direção do Estado em sentido amplo,⁹² enquanto Eichmann apenas era um funcionário de certo cargo, uma “pequena peça na engrenagem global”,⁹³ uma peça importante e insubstituível, mas muito distante dos principais criminosos de guerra como Hitler, Goebbels, Himmler, Göring etc. Poderiam realmente equiparar-se a Eichmann, o funcionário e autor de gabinete,

(87) Tribunal Distrital (supra, n. 82), § 180; vide também 194 *et seq.*, 242.

(88) Assim já acertadamente Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 247.

(89) Cf. supra, 2.3.3.

(90) O RSHA da SS se formou no dia 27.09.1939 com base na Agência Central de Segurança, um departamento do partido nazista, e a Agência Central de Política da Segurança, uma instituição do Estado, sem que, contudo, se conseguisse a fusão policial entre Estado e partido que se pretendia (cf. Höhne, *Der Orden unter dem Totenkopf. Die Geschichte der SS*. 1967 (reimp. s.f.), p. 235 *et seq.*).

(91) Dentre os “processos de Nürnberg” há que se mencionar o processo contra Göring e outros (Tribunal Militar Internacional (Internationaler Militärgerichtshof, IMG), *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher von dem IMG*, Nürnberg, 1947, 42 tomos) e os doze procedimentos subsequentes ante os Tribunais Militares dos EUA (US – Government Printing Office, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Militar Tribunals*, Washington D.C., 1950-53, 15 tomos; cit. como TWC, n. do tomo).

(92) Como casos comparáveis surgem no marco dos processos de Nürnberg, especialmente as sentenças a respeito dos juristas, o RSHA e o Ministério de AA.EE. Nesses processos se julgava a responsabilidade de funcionários em sua maioria de maior cargo que Eichmann (ministros, secretários de Estado, diretores gerais etc.), e, apesar disso, não se falou de domínio do fato em virtude de uma estrutura organizada de poder (cf. TWC III, p. 945-1.201; TWC V p. 88-169; TWC XIV, p. 308-942).

(93) Baumann, *JZ*, 1963, p. 119.

esses acusados de alto posto? A questão é sugestiva, já que precisamente tal equiparação não deriva das sentenças no caso Eichmann, ao afirmar essas que o alcance da responsabilidade pessoal cresce com maior responsabilidade pela estrutura de poder, abrindo assim a possibilidade de um *domínio de organização escalonado*. Ademais, essa nem sequer se pleiteara nos processos de Nürnberg, fato melhor relacionado com a tendência mais bem pragmática que teórica do direito penal norte-americano que com uma decisão dogmática consciente. Já as bases jurídicas de Nürnberg abriam a possibilidade de equiparar meras condutas de apoio com ações de execução de mão própria,⁹⁴ ao exigir-se unicamente de maneira muito genérica a prova de uma intervenção criminal (“participação”).⁹⁵ Essa base extensiva – fundamentada na teoria da participação norte-americana, próxima ao conceito unitário de autor⁹⁶ – da imputação fazia supérflua uma distinção entre autoria e participação, e portanto, também, às considerações relativas à autoria mediata em virtude do domínio de organização.

Por isso, com o caso Eichmann, há de se reconhecer a possibilidade de um *domínio de organização em vários escalões*. E é o que a suposição ensina – como

(94) De acordo com o art. 61S do Estatuto do Tribunal Militar Internacional (08.08.1945, em: *TMI*, supra, n. 87, t. 1, p. 10), a responsabilidade jurídico-penal não se limitava à conduta propriamente dita, mas também àquelas ações em que qualquer pessoa tenha realizado um plano de execução para o cometimento de determinados delitos (delitos contra a paz, delitos de guerra e delitos contra a humanidade), na medida em que participou como líder, organizador, indutor ou participe no planejamento criminal ou em uma conspiração para o seu cometimento.

De acordo com o art. 2.º, n. II, da Lei do Conselho de Controle 10 (Conselho de Controle 3, 31.01.1946, p. 50 *et seq.*), que configura a base dos doze processos norte-americanos subsequentes, é culpável quem, como autor ou participe, haja intervindo nos delitos, os haja ordenado ou favorecido, haja participado mediante aprovação, haja estado em conexão com o seu plano ou execução, haja pertencido a uma organização nesse sentido ou quem – a respeito de delitos contra a paz – haja ocupado uma posição de alto posto no âmbito político, estatal, militar, financeiro, industrial ou econômico.

(95) Cf., de novo, apenas a título de exemplo, a reprovação central, mas muito inconcreta, na sentença no caso dos juristas: “conscious participation in a nation wide government-organized system of cruelty and injustice” (*TWC* III, 985 – grifos nossos).

(96) Na *common law*, em um princípio se distinguia entre “principal” (“in the first and second degree”) e “accessory” (“before and after the fact”) respectivamente à “felony” (delito), o que impede uma equiparação com o conceito unitário de autor – que se regia, ao contrário, respectivamente aos “misdemeanors” (faltas). Mas a legislação recente de praticamente todos os Estados-membros dos EUA renunciou à distinção entre “principal” e “accessory before the fact”. Agora somente se delimita com clareza o “accessory after the fact” (qual seja, a participação depois da consumação do fato) com clareza das demais formas de participação (cf., em detalhes, LaFave e Scott, *Substantive Criminal Law II*, 1986, p. 125 *et seq.*; Honig, In: Mezger; Schönke; Jescheck, *Das ausländische Recht der Gegenwart IV*, 1962, p. 7-262, p. 217 *et seq.*

formula acertadamente Jäger⁹⁷ – que “também uma ação que somente consiste na assinatura de um documento ou em uma chamada telefônica pode ser um assassinato”; ademais, também podem cometer tais ações burocratas médios, distanciados da direção do Estado propriamente dito. Nessa medida, há de dar-se razão a Roxin⁹⁸ quando afirma que cabe fundamentar a autoria mediata com base em uma posição com faculdade de dar instruções a partir de “qualquer ponto” do aparato organizado de poder. Mas também fica claro que não poderá descer-se muito mais que à posição do funcionário médio do padrão de Eichmann. O domínio de organização sempre tem como pressuposto o *domínio sobre* uma organização, ou melhor, sobre um coletivo de executores *substituíveis*, e, com ele, também a concorrência de um domínio *mediante* essa organização. *Esse domínio se acumula e se faz mais denso na medida em que se incrementa o poder de decisão e a disponibilidade de recursos pessoais.*

De modo explícito, a teoria do domínio de organização alcançou pela primeira vez – e, no que se alcança, também, pela única vez – relevância prática no *processo contra os antigos comandantes das juntas militares argentinas*.⁹⁹ Nesse processo, o tribunal de apelação com competência em primeira instância (Câmara Nacional de Apelações no Tribunal Criminal e Correicional da Capital)¹⁰⁰ e a Corte Suprema (CS)¹⁰¹ valoraram a conduta dos acusados como autoria mediata, mas os condenaram – contra o critério da acusação¹⁰² – por cooperação necessária.¹⁰³ Pois aos acusados não se lhes imputaram – como é necessário para afirmar

(97) Jäger, *MschrKrim*, 1962, p. 73 (80).

(98) Cf. supra, n. 19 e texto correspondente.

(99) Trata-se do processo contra os membros das três juntas militares (1976-1983), que consistiam em cada caso de um membro do exército (Videla, Viola, Galtieri), da marinha (Massera, Lambruschini, Anaya) e das forças aéreas (Agosti, Graffigna, Lami Dozo), nomeando-se respectivamente ao membro do exército presidente, e sendo o último o general Bignone – que não foi acusado – (cf. Decreto 158/83, de 15.12.1983). Crítico em relação ao procedimento, Sancinetti, *Derechos humanos na Argentina posdictatorial*, 1988, p. 1 *et seq.*; vide, também, Maier, J. B., *ZStW* 107 (1995), p. 143 (146 *et seq.*).

(100) Sentença da Câmara de 09.12.1985, em *Fallos CS*, t. 309, I/II, p. 33-1.657. A Câmara avocou o procedimento da jurisdição militar (Conselho Supremo das Forças Armadas) por dilações indevidas com base no art. 10 da Lei 23.049 (cf. em relação à situação normativa Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, p. 140, com ulteriores referências).

(101) Sentença da CS de 30.12.1986, em *Fallos CS*, t. 309-II, p. 1.689-1.923.

(102) Cf. *Fallos CS*, t. 309-II, p. 1.586, assim como o informe do Procurador-Geral como diretor do Ministério Público (art. 120 da Constituição), *Fallos CS*, t. 309-II, p. 1.657 *et seq.* (1.668-1.670).

(103) A cooperação necessária deriva do art. 45 do CP (infra, n. 117) e se castiga como a autoria, de modo que a solução divergente da CS carecia, a princípio, de relevância a respeito das consequências.

a concorrência de autoria mediata – os homicídios dolosamente ordenados por eles, senão “os fatos principais” cometidos por autores diretos (ou seja, torturas com consequência morte). Com isso, se chegou em última instância a uma *responsabilidade em regime de acessoriedade*.¹⁰⁴

A Câmara constatou, em primeiro lugar, que as regras de imputação habituais do direito penal individual não podem ser aplicadas sem mais.¹⁰⁵ No que toca à delimitação de autoria e participação, na opinião do Tribunal há de se considerar que na atualidade é dominante a *teoria do domínio do fato*, ao mesmo tempo que deve rechaçar-se a teoria formal-objetiva, que em parte ainda se defendia na Argentina.¹⁰⁶ Do art. 514 do Código de Justicia Militar¹⁰⁷ – baseado em preceitos germânicos¹⁰⁸ – caberia deduzir que o superior é responsável pelos fatos cometidos por seus subordinados em cumprimento de suas instruções. Desse modo, se estabelece uma modalidade de autoria mediata do superior com base na especial relação de subordinação militar.¹⁰⁹ Ainda que a plena responsabilidade do executor exclui em princípio o domínio do fato por parte do superior (princípio de responsabilidade), haveria de se estabelecer uma exceção, seguindo a Roxin, no âmbito do *domínio do fato mediante um aparato organizado de poder*.¹¹⁰ Tal seria o caso na hipótese ajuizada. De modo literal, referente a essa questão o Tribunal afirma o seguinte:

“Os processados tiveram o domínio dos fatos porque *controlavam a organização* que os produziu. As ocorrências julgadas nesta causa não são produto da errática e solitária decisão individual de quem as executou, sem que constituíssem o modo de luta que os comandantes-em-chefe das forças armadas outorgaram aos seus homens. É dizer que os fatos foram levados a cabo através da completa

(104) Cf., por exemplo, a Sentença da CS (supra, n. 101), p. 1.612 (n. 5) a respeito de Videla. Crítico a esse respeito, Sancinetti (supra, n. 99), p. 29 *et seq.* De outra opinião, Roxin, que crê que se assumiram sua tese (*Täterschaft...* [supra, n. 1], com mais cautela na n. 349; vide também, idem, JZ, 1995, p. 49, n. 3). Contudo, sua influência foi enormemente relevante, como também demonstra a referência à teoria do domínio por organização na sentença que em primeira instância no processo por assassinato do antigo Ministro dos AAEE. Chileno Letelier (*Fallos del Mes*, ano XXXV, nov. 1993, edição suplementária, p. 154).

(105) Sentença da Câmara (supra, n. 100), p. 1.587.

(106) Ibidem, p. 1.589 *et seq.*

(107) A competência da jurisdição militar deriva do art. 10 da Lei 23.049, que a estabelece para todos os fatos cometidos entre 24.03.1976 e 29.09.1983 para a persecução do “terrorismo” (cf. Ambos, supra, n. 100, p. 139).

(108) Idem, ibidem, p. 1.592 *et seq.* (referência ao § MStGB de 1.872 e 1.942; § 10 I SG; § 33 WStG).

(109) Sentença da Câmara (supra n. 100), p. 1.590 *et seq.* Referente à discussão dentro da doutrina argentina, cf. Ambos (supra, n. 100), p. 319 *et seq.*

(110) Sentença da Câmara (supra, n. 100), p. 1.597 *et seq.*

gama de fatores (homens, ordens, lugares, armas, veículos, alimentos etc.) que supõe toda operação militar. (...)

Nesse contexto, o *executor concreto* dos fatos perde relevância. O *domínio* dos que controlam o *sistema* sobre a consumação dos fatos que ordenaram é *total*, pois ainda que tenha havido algum subordinado que resistira em cumpri-los, seria *automaticamente removido* por outro que assim não o fizesse, do que se deriva quando o plano traçado não pode ser frustrado pela vontade do executor, que somente desempenha o papel de mera engrenagem de uma gigantesca máquina.

Não se trata aqui do tradicional domínio da vontade de autoria mediata. O *instrumento* de que se vale o superior é o *sistema mesmo*, que ele maneja discricionariamente, sistema esse que está ligado por *homens fungíveis* em função do fim proposto. O domínio não é, pois, sobre uma vontade concreta, mas sobre uma 'vontade indeterminada'. Qualquer que seja o executor, o fato igual se produzirá.

O autor direto perde transcendência, pois cumpre um *papel secundário* na produção do fato. *Quem domina o sistema domina* a anônima vontade de *todos os homens que o integram*'.¹¹¹

Frente a isso, a CS rechaça a ocorrência de autoria mediata na sentença firmada por todos os magistrados, mas do — decisivo¹¹² — núcleo dos votos particulares deriva uma maioria de três juízes (Fayt, Petrachi e Bacqué) contra dois (Caballero, Belluscio) em favor da autoria mediata, seguindo os magistrados Petrachi e Bacqué expressamente a doutrina do domínio de organização de Roxin.¹¹³ Essa opinião coincide em seus fundamentos com a doutrina da Câmara, de modo que tão-só é necessário expor brevemente o ponto de vista dos juizes Caballero e Belluscio: rechaçam o entendimento do art. 514, CJM, como forma de autoria mediata¹¹⁴ e sustentam que a teoria do domínio do fato não se tem reconhecida de modo geral nem na Alemanha, nem na França, nem na Itália ou na Espanha. Pelo contrário, ainda seriam majoritários a teoria formal-objetiva e o princípio da responsabilidade, do que haveria de deduzir-se que não entra em consideração uma existência paralela de executor responsável e a autoria mediata do superior, devendo-se afirmar, em todo caso, uma *co-autoria* ou *indução*.¹¹⁵ A teoria do domínio por organização¹¹⁶ não alcançou, na opinião desses juízes, relevância em jurisprudência e

(111) Idem, ibidem, p. 1.601 *et seq.* (grifos do autor).

(112) Cf. Sancinetti (supra, n. 99), p. 243 (nota ao pé da página). Que seja o decisivo é difícil de entender também para penalistas argentinos.

(113) Sentença CS (supra, n. 101), p. 1.796 *et seq.*, 1.802 *et seq.*, § 14 *et seq.*; em favor da autoria mediata também o magistrado Fayt (idem, p. 1.762, 1.781 *et seq.*, esp. § 21 *et seq.*).

(114) Idem, p. 1.695 *et seq.* (§ 13 *et seq.*).

(115) Idem, p. 1.701 *et seq.* (§ 20 *et seq.*), referindo-se sobretudo a Jescheck.

(116) Referindo-se a CS à tradução de Elbert (*Doutrina Penal (DP)*, 1985, p. 398 *et seq.*), e não como a Câmara, ao original alemão de Roxin.

doutrina, e tampouco se trata de uma concepção suficientemente concreta. A ampliação do tipo que ele suporta é contrária à proibição da retroatividade (art. 18 da Constituição) e vulnera os limites traçados pelo art. 45¹¹⁷ do CP.¹¹⁸ Pelo anterior, haveria que se chegar à conclusão de que os acusados eram culpáveis de cooperação necessária, ou seja, que sua “atividade contribuiu para realização do delito”. Nesse sentido, sua punição igual à dos autores – ordenada pela Lei (cf. art. 45) – não significava que a estrutura de sua conduta fora a de um autor, pois tal estava em todo caso muito distante da verdadeira realização típica.¹¹⁹

Esta postura deve ser *rechaçada*. A distância entre o superior e o fato direto é simplesmente constitutiva da autoria mediata. Não reconhecer isso é não entender sua estrutura típica. Também a afirmação de que o art. 45 limita a co-intervenção delitiva à mera participação é incorreta e demasiado formal, já que a doutrina argentina vem interpretando desde sempre a estreita disposição do art. 45 em um sentido amplo, incluindo todas as formas de co-intervenção.¹²⁰ Autores, mais recentes inclusive, dão por suposta a autoria mediata, sem sequer entrar em uma possível limitação derivada do teor literal do art. 45 do CP.¹²¹

Dessa fundamentação – acertada – contida na sentença da Câmara e na da maioria da CS, deriva – como confirmação da teoria do domínio por organização – a *regra geral de que a estrutura de organização de um aparato de poder militar pode outorgar aos superiores responsáveis domínio do fato sobre os autores diretos*.

3.1.2 Delitos de uma estrutura de poder de organização não estatal (criminalidade organizada)

A falta de pontos de conexão com a prática nesse âmbito deixa-nos em terreno menos seguro que o do anterior grupo de casos. O traslado, feito de passagem, pelo BGH do domínio de organização ao “crime organizado de modo similar à Máfia” e às empresas¹²² pode entender-se como um convite a

⁽¹¹⁷⁾ O art. 45 CP castiga a participação na execução do fato, a ajuda ou cooperação necessária (inc. I), assim como a determinação direta para o cometimento do fato (inc. II) e a autoria.

⁽¹¹⁸⁾ Sentença CS (supra, n. 101), p. 1.703 *et seq.* (§ 22 *et seq.*).

⁽¹¹⁹⁾ Sentença CS (supra, n. 101), p. 1.708 (§ 28).

⁽¹²⁰⁾ Cf. Soler, *Derecho penal argentino II*, 3. ed., 1963, p. 205 *et seq.*; Nuñez, *Tratado de derecho penal, Parte general II*, 2. ed., 1978, p. 280 *et seq.*; Bacigalupo, *La noción de autor en el Código Penal*, 1965; Zaffaroni, *Tratado de derecho penal IV*, 1982, especialmente p. 319 *et seq.*

⁽¹²¹⁾ Cf., por exemplo, Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 691 *et seq.* (713 *et seq.*).

⁽¹²²⁾ Cf. supra, n. 1.

iniciar uma discussão, mas não conduz mais além do que do ponto de vista material.

De acordo com o estado da questão, ficaria sobremaneira distante submeter *empresas* a esse grupo de casos. Deriva já do plano puramente conceitual de que hão de tratar-se de “aparatos de poder”, quais sejam, de organizações *criminais* (incluindo as organizações terroristas) destinadas a manter ou incrementar níveis de poder com uma estrutura de organização e de mando correspondentemente estrita. E como tais dificilmente – ainda adotando uma posição crítica a respeito de muitas estratégias de mercado agressivas – poderão qualificar-se as grandes empresas. As empresas não são criminais *per se*, mas o que perseguem antes de tudo é a obtenção legal de benefícios financeiros. Pode suceder que o cometimento de delitos se converta em um fenômeno acompanhante de certa estratégia de mercado, mas pela regra geral não conforma uma parte fixa da política da empresa, ou seja, que as infrações são “acidentais”.¹²³ Se a situação é diversa, ou seja, se as “atitudes criminais”¹²⁴ são majoritárias, se tratará de organizações criminais, com o que estaremos no âmbito do “crime organizado de modo similar à Máfia”, e, portanto, naquele grupo de casos aqui analisados. Se, pelo contrário, se parte do “tipo normal” da empresa legal, tampouco concorrem os pressupostos materiais do domínio por organização.¹²⁵ Nas empresas com distribuição funcional e descentralizada, faltarão já os necessários “processos regulados” por instruções vindas de “cima”; não poderá falar-se que os executores sejam mecanicamente intercambiáveis no sentido do critério da fungibilidade.¹²⁶

No que se refere às *organizações criminais per se* – incluindo as de caráter terrorista –, a situação é muito pouco clara. Nesse contexto, o domínio por organização tem, de acordo com Roxin,¹²⁷ como pressuposto – à parte dos elementos

(123) Lampe, ZStW 106 (1994), p. 685 (708). Vide também BHSr 32, p. 202-206 (a fundação de uma empresa “por si só” ainda não constitui a formação de uma associação delitiva).

(124) Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 22.

(125) Cf. especialmente Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 104; e supra, n. 41, p. 61 *et seq.*, indicando precisamente o perigo de extravasamento da responsabilidade jurídico-penal. Contra, também, Roxin, JZ, 1995, p. 49 (51 *et seq.*); Murmann, GA 1996, p. 269 (275, 278 *et seq.*); Schumann (supra, n. 55, p. 76; a favor, contudo, Schünemann (supra, n. 124), p. 102 *et seq.*

(126) Outra questão, que aqui não cabe ser discutida com detalhes, é a de em que medida pode fundamentar-se uma responsabilidade jurídico-penal da pessoa jurídica, ou seja, uma responsabilidade da empresa como coletivo em contraposição a uma responsabilidade jurídico-penal individual de seus membros, sobre a base de um “domínio de organização funcional-sistemático” (cf. Heine (supra, n. 125), p. 129-134, 250 *et seq.*, 254, 278 *et seq.*, 311 *et seq.*; vide também Lampe, ZStW 106 (1994), p. 683, 728 *et seq.*).

(127) Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 250 *et seq.*; idem, GA 1963, p. 205; idem, JZ 1995, p. 49 (51).

já mencionados¹²⁸ e da problemática “desvinculação do direito” (sobre isso, mais adiante no texto) – que os membros atuem “como órgãos da cúpula dirigente, cuja autoridade reconhecem”. Contudo, para Roxin não se pode falar de um aparato de poder “quando se junta meia dezena de elementos antissociais para realizarem delitos em comum e elegem (...) um deles como chefe”, pois nesse caso falta o pressuposto fundamental do domínio da vontade, ou seja, a “existência independente das mudanças dos membros” da organização. A doutrina restante rechaça tal ampliação de domínio de organização à criminalidade não estatal sobre a base de considerações de princípio¹²⁹ ou em virtude de outras premissas.¹³⁰

Para realizar ulteriores diferenciações, pode resultar útil uma distinção entre *aparato de poder formal* e *grupo informal*.¹³¹ De um princípio, o domínio de organização só é possível em um *aparato de poder formal*, qual seja, uma organização que está estruturada de modo hierárquico-linear e que consiste em um número suficientemente grande de executores intercambiáveis. Com ele se entra no âmbito, apenas investigado no plano empírico, da *criminalidade organizada*. Parece claro que nos conceitos conhecidos em direito penal – “bando” (por exemplo, § 244 I n. 3 StGB) e “associação criminal” (§ 129 StGB) –, por regra geral falta uma organização estritamente hierárquica e que – por causa de um número reduzido de membros – também carece do elemento da fungibilidade dos executores.¹³² Quando em uma “associação criminal”, além da habitual conexão pouco densa em forma de rede,¹³³ se apresentem estruturas fixas de organização e um grande número de membros, formará parte da “criminalidade organizada” em sentido estrito.¹³⁴ Desse modo, já nos encontramos plenamente no campo da criminologia e da política criminal (entre “mito e realidade”¹³⁵) e temos de contentar-nos com uma mera definição de trabalho¹³⁶ e com um grande número de indicadores que

(128) Cf. supra, II. 1.

(129) Herzberg, *Täterschaft...* (supra, n. 23), p. 43; Schumann, *Handlungsunrecht* (supra, n. 55), p. 76.

(130) Assim, especialmente, Murmann, GA 1996, p. 269, 278 *et seq.*, ao tomar como ponto de referência a relação entre Estado e cidadão.

(131) Com Lampe, ZStW 106 (1994), p. 683 (687 *et seq.*), também cabe distinguir entre sistemas de injusto *organizados* e *simples* (associação criminal, empresa e Estado diante da mera co-autoria).

(132) Cf. Göppinger, *Kriminologie*, 5. ed., 1997, p. 552; Kaiser, *Kriminologie*, 3. ed., 1996, p. 411 *et seq.*, 518 *et seq.*

(133) Sobre isso cf. Göppinger (supra, n. 132), p. 552 *et seq.*, com ulteriores referências.

(134) Assim há de se interpretar provavelmente a Lampe, ZStW, 106 (1994), p. 683 (696 *et seq.*) quando identifica de modo geral a associação criminal com a criminalidade organizada.

(135) Kaiser (supra, n. 132), p. 409.

(136) De acordo com a qual a criminalidade organizada é “a comissão planejada de delitos determinada pela persecução de benefícios e poder, sendo as infrações por si só

em parte são muito indeterminados. Contudo, ao menos cabe deduzir desses indicadores que quando os *membros sejam em grande medida intercambiáveis* e exista uma estrutura de organização *caracterizada por um estilo de mando estrito*, há indícios de que se trata de uma forma de criminalidade organizada.¹³⁷ Nesse caso, entra em consideração também um domínio por organização. Portanto, em nenhum caso pode afirmar-se de maneira genérica que com a concorrência de criminalidade organizada, se é que essa pode sequer ser constatada de modo claro – existirá domínio por organização. Do contrário, há de comprovar-se em cada caso que assim seja. Em muitos casos, resultará difícil realizar essa constatação com total segurança, pois, por um lado, “até o dia de hoje não se logrou descobrir completamente a estrutura interna, os âmbitos de atividade e o alcance dessa com relação ao crime organizado”,¹³⁸ nem, por outro lado, é discutido que exista uma estrutura hierárquica estrita.¹³⁹ No que se refere à Alemanha como lugar de cometimento, haverá de supor-se que existem mais estruturas em forma de rede como as antes mencionadas, que grupos organizados de modo hierárquico (como existem, por exemplo, no Japão).¹⁴⁰ Estudos próprios nos confirmam que também no caso dos chamados “cartéis da droga” colombianos dificilmente se poderá demonstrar a existência de uma estrutura de organização de caráter hierárquico.¹⁴¹

Por conseguinte, apesar de todos os novos dados conhecidos, resta uma considerável magnitude de insegurança que impede partir, no caso da criminalidade organizada, de modo genérico, de que existe domínio de organização. Essa possibilidade, em todo caso, entra em consideração quando concorram os indícios antes mencionados (estrutura de organização estrita, possibilidade de intercambiar membros). Em todo caso concreto, contudo, será difícil constatar sua concorrência.

ou em seu conjunto de considerável relevância e colaborando (segundo determinadas circunstâncias) mais de dois intervenientes durante um tempo prolongado e indeterminado” (*Publicações do Parlamento Federal* 12/1989, 24, *Exposição de Motivos da Lei de Criminalidade Organizada (OrgKG)* da RFA). Crítico em geral com os intentos em definição, mas aportando ao menos uma “definição de mínimos”, Krauthausen, *Moderne Gewalt. Organisierte Kriminalität in Kolumbien und Italien*, 1997, p. 24 et seq.

(137) Cf. os indicadores da Repartição Geral de Criminalidade Alemã (BKA, Bundeskriminalamt) enunciados em Kaiser (supra, n. 132), p. 410.

(138) Kerner, In: Kaiser; Kerner; Sack; Schellhoss (ed.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. ed., 1993, p. 377; com similar precaução também Göppinger (supra, n. 132), p. 552; Kaiser (supra, n. 132), p. 409-412.

(139) Cf. Göppinger (supra, n. 132), p. 553.

(140) Idem, ibidem, com ulteriores referências. Fundamental Sieber e Bögel, *Logistik der organisierten Kriminalität*, 1993, p. 23 et seq., 56 et seq.

(141) Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, 1993, p. 38 et seq.; em sentido similar Krauthausen (supra, n. 136), p. 26; sob uma perspectiva mais geral, Kerner (supra, n. 138), p. 380.

3.2 Domínio por organização e aparatos desvinculados do direito

Os grupos de casos antes formados permitem agora abordar de novo a questão acerca do sentido do critério da desvinculação de direito. Roxin¹⁴² disse: “Da estrutura do domínio de organização, se segue que só pode existir naqueles casos em que o aparato atua em seu conjunto fora do ordenamento jurídico”. Segundo esse ponto de vista, então, apenas – à falta de normas jurídicas que se oponham – a instrução para a realização de ações puníveis pode ter um efeito fundamentador do domínio e pôr em movimento o aparato. Diante dele, o cumprimento de instruções antijurídicas em uma comunidade organizada conforme as regras do Estado de Direito somente pode ser entendido como “empreendimento privado”, pois o aparato em si mesmo só funciona dentro dos meandros e dos limites do Estado de Direito, pelo que não pode ser posto em marcha mediante uma instrução antijurídica; em tal caso, inclusive, se estaria atuando contra ele. A respeito das modalidades de aparição, Roxin distingue entre o *poder estatal* que opera em si mesmo de modo desvinculado do direito e as *organizações criminais não estatais*, que como “Estado dentro do Estado” desenvolvem suas atividades em contradição com o ordenamento jurídico interno estatal. Considera que são exemplos históricos de um poder estatal desvinculado do direito não só no sistema nazista, mas também na antiga RDA, ao afirmar – na linha do comentário da mais recente jurisprudência do BGH – que essa “estrutura típico-ideal do domínio de organização” concorre também nesse último caso “em uma configuração clássica”.¹⁴³

Esse critério da desvinculação do direito não foi questionado nunca. O critério é assumido ou submetido a um ulterior desenvolvimento, por exemplo, por parte de Bottke,¹⁴⁴ que considera que o aparato em questão se encontra localizado “fora da cultura jurídica das nações civilizadas” (sobre isso, vide infra, 3.2.2). No que se alcança, tão-somente Schild¹⁴⁵ mantém uma discussão crítica a respeito. Argumenta frente a Roxin que o decisivo é o domínio social, a “posição de poder social no marco da organização”, e não uma eventual desvinculação do direito. Essa conclusão há de aplaudir-se, mas a desvinculação do direito necessita de uma crítica mais pormenorizada.

A limitação de responsabilidade que implica o critério da desvinculação do direito (isto é, aparatos de poder desvinculados do ordenamento jurídico) necessita de uma legitimação. A questão é se – e em caso afirmativo, por que razões – há de estimar-se que a desvinculação do direito é um pressuposto imprescindível do domínio por organização. Apenas ter-se-á tal caráter se o domínio do fato por parte do superior deriva precisamente da desvinculação do direito do aparato de

(142) Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 249.

(143) Roxin, *JZ* 1995, p. 49 (49).

(144) Bottke (supra, n. 27), p. 72 *et seq.* (cf. a respeito, também, mais adiante no texto).

(145) Schild (supra, n. 29), p. 22 *et seq.*

poder que está a sua disposição, ao não se ver o executor impedido na realização da ordem por normas jurídicas (previstas pelo ordenamento) que se oponham a ele. Isso, sem embargo, não é assim. Bem ao contrário, o domínio por organização depende unicamente da *estrutura da organização em questão* e do *número de executores intercambiáveis*. Mais ainda: se o aparato não está “fora do ordenamento jurídico” (como requer o critério da desvinculação do direito), mas *é em si mesmo o ordenamento jurídico ou parte dele*, o domínio do fato por parte dos superiores é ainda maior que no caso do aparato desvinculado do direito. Verifiquemos o anterior – na ordem inversa – com base nos grupos de casos antes formados.^{145a}

3.2.1 Aparato de poder de organização não estatal

Nesse âmbito, o critério da desvinculação do direito parece ser convincente à primeira vista, já que se pretende separar assim o joio criminal (criminalidade organizada) do trigo legal (empresas).¹⁴⁶ Desse modo, a criminalidade organizada está fora do ordenamento jurídico estatal, mas somente na medida em que não mantenha uma relação simbiótica com o Estado, como, por exemplo, sucede no caso da Máfia siciliana¹⁴⁷ ou dos “cartéis da droga” colombianos.¹⁴⁸ Se, ao invés, é esse o caso, se a criminalidade organizada opera como “paraestado”,¹⁴⁹ ou seja, não de modo desvinculado do direito, paralelo ao ordenamento jurídico existente ou contra ele, mas nele integrado, como elemento do ordenamento, aproveitando os “meandros do direito” (Roxin) para a comum satisfação de interesses, o fato de que então já não estamos ante um aparato desvinculado do direito não muda em nada o efetivo domínio do fato e dos autores por parte da cúpula dirigente. Possivelmente, a desvinculação do direito concorre na maioria dos casos, mas sua ausência não impede a apreciação de domínio de organização. Portanto, é apenas um pressuposto *possível*, mas não necessário desta.

3.2.2 Aparato de poder de organização estatal

Nesse âmbito se aprecia, com maior claridade ainda, que as afirmações antes feitas são corretas. Há de reconhecer-se que pode concorrer desvinculação do direito em determinados casos. Se a destruição de determinados grupos étnicos

(145a) Contra a posição mais recentemente Roxin, *Festschrift Grünwald*, supra, nota 1; Figueiredo Dias, supra, nota 21, p. 104 *et seq.* Essas recentes opiniões tratarei em meu escrito de “Habilitation” (v., supra, nota 49).

(146) Nesse sentido Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 251; idem, *JZ* 1995, p. 49 (51).

(147) Cf. Hess, *Mafia*, 1993, p. VI, 157 *et seq.*

(148) Cf. Ambos (supra, n. 141), p. 56 *et seq.*, 394 *et seq.*

(149) Cf. Hess (supra, n. 147), p. 200 *et seq.* (a “Mafia como paraestado”).

ou da oposição política não é ordenada por lei, mas está baseada numa "ordem do Führer" ou em um plano de ação secreto da direção *de fato* do Estado (Argentina, Chile), existe um paralelismo de dois ordenamentos "jurídicos": o ordenamento "normal", que tem como propósito lutar contra a criminalidade comum, e o ordenamento "anormal", "pervertido", que constitui a base normativa do aparato estatal de poder que opera de modo clandestino. O único fim deste é a execução de um plano de destruição. O aparato fascista do precedente argentino oferece exemplo representativo:

"... enquanto esse sistema se punha em prática, a sociedade seguia submetida à ordem jurídica, a Constituição (com as limitações próprias de um regime de fato) estava em vigor, igualmente ao Código Penal. A polícia detinha os delinquentes, os juízes ditavam sentenças. *Esse* sistema normativo se excluía com a técnica de combate à guerrilha, pois *um supunha a negação do outro*. A *incrível* subsistência paralela de ambos durante um prolongado período somente foi possível mercê da presença dos processados no alto escalão do poder. Dali, se procurou ocultar o que ocorria, mentindo aos juízes, aos familiares das vítimas, a entidades nacionais e estrangeiras e a governos de outros países, aparentando investigações, dando falsas esperanças de esclarecimentos, fornecendo pueris explicações e enganando a comunidade toda com uma esquizofrênica atitude que provocou um dano na sociedade de consequências hoje indizíveis."¹⁵⁰

A situação é distinta, contudo, de quando o ordenamento jurídico em si mesmo é a base do terrorismo de Estado, ou seja, é em si mesmo "criminal" e por ele não pode falar-se de uma desvinculação do direito, ao menos no sentido de uma *desvinculação do direito positivo*. O reproche central, como no caso da sentença dos juristas relacionados com o sistema nazista, em uma participação no delito "*in the name of law by the authority of the Ministry of Justice, and through the instrumentality of the courts*",¹⁵¹ significa que é o direito mesmo que interveio nos assassinatos em massa, ou seja, que foi instrumentalizado e usado como direito de dominação. Em tal caso, "nem o Estado nem suas instituições são... ilegais; pelo contrário, seguem as leis de acordo com as que foram criadas".¹⁵² Também em outros casos ditatoriais, como, por exemplo, nas ditaduras militares da Argentina e do Chile,¹⁵³ cabe constatar tal juridificação da repressão.

Finalmente, administra o mesmo a respeito do totalitarismo de corte real-socialista, como, por exemplo, a anterior RDA. Pois quando a repressão se regula

(150) Sentença da Câmara (supra, n. 99), p. 1.603 (ênfases do autor).

(151) Cf. supra, n. 94 (sem grifos no original).

(152) Lampe, ZStW 106 (1994), p. 683 (709, também 714 *et seq.*: ao Estado como criador das leis sói respeitar o ordenamento jurídico).

(153) Cf. Ambos, In: Nolte (ed.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*, 1996, p. 86 *et seq.* (Argentina), 139 *et seq.* (Chile).

com tanta exatidão como no caso da antiga RDA – pense-se apenas no regime de fronteiras, como uma regulação jurídica exaustiva –, não há um aparato de poder *paralelo* nem um ordenamento jurídico paralelo; existe apenas e tão-somente *um* aparato de poder estatal de *competência territorial*. Luta, como qualquer Estado, contra a criminalidade geral, e reprime *simultaneamente*, como “Estado injusto”, a resistência política. Pode prever para esses “fatos abomináveis”¹⁵⁴ um direito especial (por exemplo, um direito penal terrorista) e também órgãos especiais (polícia política, serviços secretos etc.), mas se trata em todo caso de *um* aparato de poder estatal. Também aqui falta, portanto, a desvinculação do direito, mas não impede o domínio do fato pelos superiores. Inclusive facilita. Pois enquanto o executor, subordinado no caso de aparato de poder desvinculado do direito, pode ao menos se orientar com base no ordenamento jurídico (acorde com o Estado de Direito) que segue existindo em paralelo, quando se dá concentração de direito e injusto nas mãos de um aparato de poder estatal, está-se sem possível orientação. Apenas há um ordenamento jurídico, e esse ordena também a realização de “fatos abomináveis”, e ele, na forma ou na base de uma lei emitida de modo correto (no marco de ordem estatal preparado). *Esse* domínio do fato, portanto, é mais completo (“mais total”) que no caso dos ordenamentos jurídicos paralelos. Posto que o ordenamento jurídico “vivido” e o fim “injusto” do Estado são uma mesma coisa, existe uma *estrutura de instrução e mando vertical que não se vê perturbada por dúvidas jurídicas*.

Nesse caso, só pode afirmar a desvinculação do direito quem toma como ponto de referência valorações próprias do Estado de Direito que, em última instância, são supraleais, e de direito natural no sentido da fórmula de Radbruch.¹⁵⁵ É provavelmente isso que Roxin tem em mente de modo intuitivo quando fala de garantias próprias do Estado de Direito, de valores fundamentais e direitos humanos.¹⁵⁶ Também Bottke vai nessa direção com a criação de um aparato injusto “a(nti)civil”.¹⁵⁷ Um aparato estatal que se contrapõe à *lex naturalis* ou *lex aeterna*, atua de modo injusto e portanto se separa do “direito”.¹⁵⁸ Isso é convincente no plano valorativo, mas resulta demasiado abstrato. Uma desvinculação do direito entendida desse modo se dilui, e a abstração do direito positivo que comporta cria uma situação jurídica que não pode opor-se ao domínio do fato por parte do superior. Pois os princípios não escritos supraleais não são evidentes para o executor do fato, e por ele não podem constituir uma barreira para a execução da ordem. Portanto, também essa noção de desvinculação do direito perde sua base e razão de existência.

(154) Jakobs, GA, 1994, p. 1.

(155) Radbruch, *Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)* 1946, p. 105 (107); sobre isso Arth Kaufmann, *NJW*, 1995, p. 81 (83); Sprenger, *NJ*, 1997, p. 3 (5 *et seq.*).

(156) Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 250.

(157) Bottke (supra n. 27), p. 72 *et seq.*

(158) Jakobs, GA 1994, p. 1 *et seq.*

4. Conclusão

O domínio por organização tem como pressuposto a existência de uma *organização estruturada de modo hierárquico* e restrito a um *domínio* do fato do superior sobre executores *fungíveis*. Como grupos de casos entram em consideração aparatos de poder de organização estatal ou não estatal, ou seja, Estados totalitários e determinadas formas de criminalidade organizada, na medida em que essa última possua os elementos estruturais mencionados. A *desvinculação do direito* desses aparatos de poder não tem por que ser excluída, mas não constitui uma condição nem suficiente nem necessária do domínio por organização. Portanto, resulta *prescindível* como elemento estrutural do domínio por organização.