

§ 5. O DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO COMO AUTORIA MEDIATA*

MATÍAS BAILONE

www.matiasbailone.com.ar

Kant, em um dos seus últimos escritos, havia sentenciado que o progresso moral da humanidade era não só necessário, senão inevitável¹. Esta fé racionalista no progresso constante, esta ilusão do século das luzes, que nos acompanhou – de uma ou outra maneira – até o final das décadas, encontrou durante o século XX uma fatal refutação. Os horrendos crimes em massa que no século passado tiveram lugar, colocaram o ser humano na encruzilhada do “Mal Absoluto”.

A expressão “Mal Radical” foi cunhada por *Kant* em 1793, porém, ao amparo da filosofia moral kantiana que postula que “o dever deve ser cumprido pelo dever mesmo e a lei respeitada pela lei mesma, como forma pura e perfeita”, já que a lei moral ordena a forma e não o conteúdo², tiveram lugar esquizofrenias normativas fatais. Os imperativos categóricos permitiram dizer a Eichmann que obedecia uma ordem legal, que não podia contradizer por princípios morais: “tendo assumido a exigência kantiana como princípio reitor desde há muito tempo atrás, estruturei minha vida segundo essa exigência”³.

“Na vasta pirâmide erigida sobre a República pelo aparato repressivo, em suas câmaras subterrâneas prosperam os centros clandestinos de detenção. Ali, nas sombras da noite, desenvolve-se sua macabra tarefa, o lumpen consagrado à tortura, à violação e ao assassinato. Eles serão os afluentes onde o perverso sistema terá de evacuar suas piores excrescências fertilizadas com as carnes laceradas de milhões e milhões de desamparados. No cume os comandantes resplandecerão seus melhores desvirtuamentos, alheios aos seus olhos o horror subterrâneo, o odor putrefato aos seus olfatos, imperceptíveis aos seus ouvidos o grito rompido pelos atormentados; porém, plenos conhecedores deste submundo onde reina o espanto...” Federico Mittelbach¹

* O presente artigo originariamente intitulado “*El dominio de la Organización en la Autoría Mediata*”, com tradução ao português por **Pablo Alflen da Silva**, foi elaborado pelo autor especialmente para integrar esta obra.

¹ *Kant*, Immanuel. Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor, 1798, in *Escritos Políticos y de la filosofía de la historia y del derecho*, Madrid: Tecnos.

² *Raffín*, Marcelo. La experiencia del horror, Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur, Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2006, p. 76.

³ *Muchnik*, Daniel; *Garvie*, Alejandro. El derrumbe del humanismo, Buenos Aires: Edhasa, 2006, p. 27. Veja também: *Silber*, John. Kant at Auschwitz, in *Funke/Seebom*, “Sixth International Kant Congress”, Washington DC: University Press of America, 1991, p. 180.

Ao discurso dos juristas frente às atrocidades cometidas pelo Estado ou ao amparo de sua inatividade, seguiram-se duas patologias diversamente perversas, porém igualmente funcionais: ou se amolda ao poder e lhe proporciona um saber de acordo com suas pretensões, ou se aliena politicamente como se a realidade não pudesse contaminar a ciência do direito. O primeiro caso se ilustra sempre com a Escola de Kiel (*Kielerschule*), um grupo de oportunistas que brindaram um saber teórico muito baixo ao nazismo, ainda que, desde as investigações de *Muñoz Conde*⁴, não pudesse impedir de incorporar à esta categoria o neokantismo de *Edmund Mezger*, o verdadeiro saber penal do nazismo. O segundo caso é o do disparate político que tem alguns teóricos, que produzem saber científico afastado dos dados da realidade (também produto do neokantismo).

Os crimes de vitimização em massa que ensangüentaram o século passado necessitaram que o direito ajustasse seus instrumentos para poder alcançá-los com seu braço punitivo. A ampla discussão acerca de que se o direito penal deve se adaptar ao moderno desenvolvimento técnico e à estas formas inovadoras de criminalidade, está instalada em todos os âmbitos da academia e das legislaturas (umas mais orientadas à reflexão que as outras). *Muñoz Conde* disse que “o que em nenhum caso pode significar a adaptação aos ‘desafios do tempo’ é que produza a perda de identidade da dogmática jurídico-penal como instrumento garantista dos princípios fundamentais do Direito Penal do Estado de Direito, pois com essas conseqüências a dogmática jurídico-penal deveria ser qualificada como uma dogmática fracassada”⁵.

1. A marca de Claus Roxin

Claus Roxin incursiona no direito penal com um trabalho sobre o conceito de ação (1962) onde “criticava os excessos ontológicos do finalismo de Welzel e deixava claro que a base da Teoria do Delito não podia ser um conceito final puramente ontológico de ação, senão esta, tal como se modelava nos respectivos tipos penais da parte especial”⁶. “O injusto típico não é um acontecimento originariamente causal ou final, senão a realização de um risco não permitido dentro do âmbito do tipo respectivo”⁷, nas palavras do próprio *Roxin*. Proveniente dos corredores de Göttingen, *Roxin* ingressa na Universidade de Munique onde seria o contra-peso de *Reinhard Maurach*. Logo adentra na temática da autoria e domínio do fato. E em 1970, aos seus trinta e nove anos, palestrou na conferência na Academia de Ciências de

⁴ Cfe. *Muñoz Conde*, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, 4.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

⁵ *Muñoz Conde*, Francisco. ob. cit., p. 119.

⁶ *Muñoz Conde*, Francisco. *Introducción a Roxin*, Claus. *Política Criminal y sistema del derecho penal*, 2.^a ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

⁷ *Roxin*, Claus. *Palavras prévias à segunda edição em língua castelhana de ‘Política Criminal y sistema del derecho penal’*, Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

Berlim, que marcaria o rumo da dogmática roxiniana e que seria uma obra fundamental no direito penal alemão: “Política criminal e sistema de direito penal” (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*).⁸

56 *Roxin* inicia essa conferência execrando a *von Liszt*, de quem recorda o apotegma “o direito penal é a barreira inquebrantável da política criminal”, e aquela concepção do direito penal como o bifronte deus Jano: como ciência social por um lado, e como ciência jurídica por outro. O que pretende *Roxin*, tal como Moisés, é nos mostrar a terra prometida: o direito penal que, sem abandonar nem relativar o pensamento sistemático (“cujos frutos na clareza e segurança jurídica são irrenunciáveis”), logra misturar com a política criminal cada um dos estágios desse grande edifício secular que é a Teoria do Delito⁹, e mais, procura somatizar as finalidades político-criminais “em módulos de vigência jurídica”. Diferentemente da figura mosaica, *Roxin* não só aponta a “terra prometida”, como a habita durante 30 anos, transcorridos os quais edita seu magnífico Tratado. A política criminal (agora direcionadora do direito penal) é a consciência do poder punitivo do Estado, a qual limita esta atividade do soberano e a orienta para a teleologia de sua fundamentação: coloca mais ênfase na prevenção do que na punição, irrefutável comprovação da vigência do pensamento de *Beccaria*¹⁰. “É melhor prevenir os delitos, que puni-los”, dizia este pensador do Iluminismo em “Dos delitos e das penas”, e *Roxin* completa que: “devido à restrita eficácia da pena e, também, ao seu caráter nocivo, deve-se dedicar maior atenção à prevenção do delito através de meios de política social, policiais, legislativos e técnicos”¹¹. Tampouco se pode passar por alto a criação que *Roxin* faz de um novo elemento da teoria do delito: a responsabilidade, que supõe a culpabilidade e a necessidade de pena desde o ponto de vista preventivo geral e especial. Assim a culpabilidade é o limite da prevenção e vice-versa.

⁸ À velha maneira dos discursos inaugurais de cátedras de direito penal, como o caso de Rocco na Universidade de Sassari em 1910 e Luis Jiménez de Asúa na Espanha em 1930, Claus Roxin reproduz uma articulação na literatura dogmática penal do pós-finalismo.

⁹ “La teoría jurídica del delito es una de las grandes creaciones del pensamiento occidental. Es un edificio de una claridad conceptual y una elaboración realmente admirables. Ya quisieran los filósofos tener una construcción tan coherente, hasta el punto de que recientemente, nada menos que Jürgen Habermas, en su libro ‘Facticidad y vigencia’, habla de su respeto por las impresionantes aportaciones constructivas de la ciencia del Derecho...” *Gimbernat Ordeig*, Enrique. Conversaciones con Jesús Barquín Sanz y Miguel Olmedo Cardenete. in Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 03- c2 2001, «<http://criminet.ugr.es/recpc>».

¹⁰ “Sólo un lector extraño al mundo podría consolarse, después de oír las protestas de Beccaria, diciéndose que se trata de atrocidades de los tiempos bárbaros, que los siglos han corregido ya; los siglos han pasado, la técnica de los códigos se ha perfeccionado, pero los angustiosos problemas morales que constituyen el centro de toda esta materia de los delitos y las penas continúan en el mismo punto”, dizia Piero *Calamandrei* no Prefácio à edição italiana da obra de Beccaria em 1944.

¹¹ *Roxin*, Claus. Problemas actuales de Política Criminal, conferência traduzida por Enrique Díaz Aranda, proferida em 4 de setembro de 2000, no auditório Jaime Torres Bodet, do Museu Nacional de Antropologia e História, México.

2. A Autoria Mediata: generalidades

Uma das formas de autoria no direito penal é a mediata, que se estrutura a partir do domínio do fato e de um “autor atrás do autor” (*Täter hinter dem Täter*)¹². Segundo o Código Penal alemão, autor mediato é quem comete o fato por meio de outrem, usando-o como instrumento. A mesma fórmula usa o Código Penal espanhol desde sua reforma de 1995, no parágrafo primeiro do artigo 28. O Código boliviano a recepcionou em sua reforma do ano de 1997, realizada por *Stratenwerth*, no parágrafo segundo do artigo 20, onde diz: “é autor mediato o que dolosamente se serve de outrem como instrumento para a realização do delito”.

Por erro ou coação sobre o executor, “o homem de trás” tem o domínio do fato. Aqui é fundamental a relação entre eles, porém em forma invertida como se dá nos casos nos quais o autor realiza o ilícito por si mesmo e a pessoa de trás é somente partícipe em sentido específico. Na autoria mediata o papel fundamental o terá quem à primeira vista não aparece como o consumidor do tipo penal.

Assim como qualquer autor pode valer-se de instrumentos mecânicos para o seu agir delitivo, pode-se “utilizar”, da mesma forma, de outras pessoas. Mas não como objetos inertes¹³, senão como sujeitos atuantes. *Jakobs* assinala a característica fundamental da autoria mediata: “a responsabilidade predominante do autor mediato em virtude de seu superior domínio da decisão”, isto é, ao executor não é imputável o delito doloso que não pode evitar, e essa responsabilidade se transmite a quem ostentou o domínio do fato. Porém aqui *Jakobs* pronuncia sua primeira oposição à teoria de *Roxin*, que mais adiante explicaremos, ao afirmar que “a autoria mediata não é possível na atuação plenamente delitiva do executor”¹⁴.

Fiel à sua jusfilosofia, *Jakobs* sustenta que “a superioridade do domínio da decisão tem que determinar-se normativamente segundo seu efeito sobre a imputação do executor, porém não segundo sua intensidade motivadora no caso concreto, pois não se trata da categoria, desde o ponto de vista da dinâmica de grupos, senão da categoria normativa da intervenção”¹⁵.

O ponto de partida da autoria mediata é a amplamente aceita teoria do “domínio do fato”, que paternaliza *Welzel* em 1939, e remite a *Hegler* em 1915. De acordo com ela é autor quem domina o fato,

¹² Expressão usada por Lange.

¹³ Se o instrumento não realiza uma ação humana, não há autoria mediata, senão direta. “La utilización meramente material de una persona, sin que ésta actúe como tal bajo el control de su voluntad, no tiene porqué distinguirse del empleo de otro instrumento no humano”. *Mir Puig*, Santiago. Derecho Penal Parte General, 7.ª ed., Montevideo: B de F, 2004, p. 380.

¹⁴ *Jakobs*, Günther. Derecho Penal, Parte General, 2.ª ed., Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997, p. 765.

¹⁵ *Jakobs*, G. ob. cit.

quem decide a configuração central do acontecimento¹⁶. Esta teoria determina o conceito geral de autor nos delitos dolosos de comissão e apresenta, por sua vez, três manifestações (*Roxin*): o domínio da ação (o qual possui o autor que realiza o tipo por suas próprias mãos), o domínio funcional do fato (a fundamentação da co-autoria quando se apresenta como cooperação em divisão do trabalho na fase executiva) e o domínio da vontade (que corresponde à autoria mediata e “se classifica nas formas de configuração do domínio da vontade em virtude de coação, que se ajusta ao princípio de responsabilidade, do domínio da vontade em virtude de erro, e do domínio da vontade em virtude de maquinários de poder organizados”¹⁷).

Welzel não aceitava que aquele que se encontra atrás do executor pudesse ser considerado autor, não era mais que um indutor, “e não há vontade de autor que possa convertê-lo em autor”. Por isso foi necessário completar este conceito restrito de autor, com o fim de “domínio finalista do fato”, para chegar a estes casos de ilícito próprio em mãos alheias.

A doutrina se encarrega de distinguir diversas classes de autoria mediata, devido à fórmula geral que usam os códigos penais, para mencioná-las: realizar o fato por meio de outrem, do qual se serve como instrumento. Assim, como se vêm dizendo, a doutrina clássica tem reconhecido unanimemente duas classes de autoria mediata: em virtude do erro ou da coação.

3. O domínio da organização como forma específica de autoria mediata

A autoria mediata através dos “aparatos organizados de poder” é uma categoria que propõe *Roxin*, que tem suscitado várias críticas e adesões, e fundamenta a responsabilidade dos homens de trás (*Hintermänner*) em uma organização delitiva como autores mediatos, ainda que o executor seja punido como plenamente responsável. Esta teoria foi elaborada por *Roxin* em 1963 em uma conferência em Hamburg, publicada como artigo na revista alemã “*Goltdammer’s Archiv*”, para logo ser modelada em sua monografia “*Täterschaft und Tatherrschaft*”¹⁸, trabalho de habilitação à cátedra de *Roxin* em Göttingen. Ainda que seja certo que estas teorizações surgem como consequência da barbárie nazista, e em especial com base no juízo ao qual se submeteu Eichmann no Tribunal de Jerusalém em 1961, o próprio *Roxin* renega o “mal-entendido de que o ‘domínio da vontade por meio de um aparato de poder organizado’

¹⁶ *Zaffaroni*, Eugenio Raúl; *Alagia*, Alejandro; *Slokar*, Alejandro. Derecho Penal Parte General, 2.^a ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 774.

¹⁷ *Roxin*, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 7.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 570. Veja também *Zaffaroni/Alagia/Slokar*. Manual de Derecho Penal Parte General, 2.^a ed., Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 610; e *Zaffaroni/Pierangeli*. Manual de Direito Penal Brasileiro, V. 1, 6.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 574.

¹⁸ Versão espanhola da 7.^a ed. alemã de 1999: Autoría y dominio del hecho en derecho penal, trad. de Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2000.

consista em uma construção *ad hoc* que só dificilmente possa se harmonizar com as formas tradicionais da autoria”¹⁹.

A estrutura dogmática da autoria não estava idealizada e não podia ser usada em relação ao genocídio e aos crimes contra a humanidade, era necessário adapta-lá a estas terríveis e novas formas de criminalidade. “Apesar do direito penal estar estruturado pensando em um autor individual frente a um fato determinado, a teoria jurídica se vê desafiada por novas modalidades de organização social, que envolvem em cada ato complexas relações, tanto a respeito de fatos como a intervenção dos autores, executores diretos, indiretos, indutores, partícipes, co-autores”²⁰. “Os crimes de guerra, de Estado... não podem apreender-se adequadamente apenas com as escalas do delito individual”, dizia *Roxin* em 1963, porém acrescentava que “isso não nos exime da obrigação de considerar os comportamentos dos participantes à título individual”²¹.

O Tribunal Regional de Jerusalém que condenou Eichmann, afirmou que “nestes crimes de proporções gigantescas e múltiplas ramificações, nos quais participaram muitas pessoas em diversas posições de mando (planejadores, organizadores e órgãos executores de distinto nível) não é adequado recorrer à aplicação dos conceitos comuns de indutor e de cúmplice”, isto é, “exclui-se a aplicação das categorias normais da participação”²².

Ainda que se tenha procurado solucionar os casos dos crimes nazistas com as categorias clássicas da autoria mediata, ficou exposta a sua incapacidade: os processos de Nuremberg demonstraram que não havia casos de executados por não cumprir as ordens, salvo desonra militar ou dias de arresto, não se comprovaram conseqüências que pudessem sustentar a coação. No caso do erro, não se pode dizer seriamente que a obsessão ideológica obscurecesse a consciência dos soldados, e mesmo que pudesse ter existido “o simples erro sobre a antijuridicidade formal..., [isso] não reconhecera ao sujeito de trás o domínio da vontade sobre o acontecimento”²³.

Roxin explora um novo fundamento para revelar a autoria do homem de trás, porém frente a executores responsáveis, e não no clássico exemplo da coação ou erro do autor imediato ou material. Dissemos que nas formas clássicas de autoria mediata se usa instrumentalmente uma pessoa, forçando o agente ou utilizando-o como fator causal cego. Nesta espécie de autoria mediata o que se instrumentaliza é o aparato organizado de poder, e no lugar do defeituoso agir imediato põe-se a “funcionalidade” do aparato. Para isso se requer *a priori* três requisitos: o domínio da organização em forma verticalizada

¹⁹ *Roxin*, Claus. *Autoría y dominio...*, p. 279.

²⁰ *Bruera*, Matilde. *Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder*, in AAVV, *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Lerner, Córdoba, 2001.

²¹ *Roxin*, Claus. ob. cit., p. 270.

²² *Roxin*, Claus. ob. cit., p. 274.

²³ *Roxin*, Claus. ob. cit., p. 271.

(autores de escritório), a fungibilidade do executor, e a atuação destes em organizações à margem da legalidade. É necessário que neste caso de “autor de escritório” se demonstre a fungibilidade²⁴ (possibilidade de substituição dos que no atuar delitivo de aparatos organizados de poder executam o último ato parcial que realiza o tipo) e anonimato do executor, dado que o autor mediato não depende de um executor concreto, como no caso do indutor. Aqui o executor – desde a ótica do autor mediato – é o aparato.

O funcionamento peculiar destes aparatos de poder, que estão à disposição do homem de trás, torna necessário este tipo de teorizações, já que o aparato desenvolve “uma vida independente da identidade variável de seus membros”²⁵, isto é, funciona automaticamente. O autor mediato deve ter realizado uma “contribuição para o fato que sob o emprego de determinadas condições marco organizatórias tenha provocado procedimentos regrados que desembocaram automaticamente, por assim dizer, na realização do tipo”²⁶.

Em uma recente conferência em Sevilha, *Roxin* apresenta o “estado atual” de seu raciocínio, e amplia a quatro as condições para o domínio da organização como forma de autoria mediata. Requer-se um poder de mando, a desvinculação do aparato de poder do ordenamento jurídico, a fungibilidade do executor imediato e a disposição consideravelmente elevada do executor para o fato²⁷.

Em primeiro lugar se requer que o suposto autor mediato dentro da organização rigidamente estruturada tenha autoridade para dar ordens, e que exerça dita autoridade para causar realizações do tipo. Deve – ademais – ter o conhecimento e a vontade do resultado típico como obra própria, em virtude das condições marco organizatórias e da regularidade que elas produzem.

Aqui se estabelece a discussão sobre o lugar preponderante no seio da organização que deve ter o autor mediato, tema que foi alegado pela defesa de Eichmann. Além de preconizar uma moral kantiana – como já foi dito –, o defensor de Eichmann disse que a negativa de seu defendido em obedecer as ordens não teria representado nenhuma melhora para as vítimas, já que o maquinário emissor de ordens seguiria funcionando, e esclareceu que os crimes não eram obra do indivíduo, senão do Estado. Esta autonomia do aparato e a independência do mesmo sobre o indivíduo executor, é o que coloca o sujeito que está por

²⁴ Segundo Meini a fungibilidade não é possível de atribuir a um ser humano e nada tem a ver com a possibilidade de substituir o executor. (*Meini*, I. Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003).

²⁵ *Roxin*, Claus. ob. cit., p. 272.

²⁶ *Ambos*, Kai; *Grammer*, Christoph. Dominio del hecho por organización, la responsabilidad de la conducta militar argentina por la muerte de Elizabeth Käsemann, parecer do Max Planck Institut, p. 12. Tradução em português da versão alemã atualizada in *Ambos*, Kai. Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos, traduzida por Pablo Alflen da Silva, Porto Alegre: Fabris Editor, 2006.

²⁷ Cfe. *Roxin*, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, Conferência proferida em 23 de março de 2006 no encerramento do curso de doutorado da Universidade Pablo de Olavide, Sevilha.

trás, o verdadeiro motorizador do ilícito, no centro do cenário. Em face disso, a indução ficava à metade do caminho, e haveria que reformular o conceito de homem de trás, já que aqui não falamos mais do executor como um instrumento coagido ou induzido em erro, senão plenamente culpável, porém fungível e anônimo, em virtude das condições marco organizatórias do aparato.

Roxin percebeu que Eichmann se encontrava na dupla qualidade de autor mediato e executor nos diversos crimes que lhe eram imputados. Em alguns simplesmente era o autor direto (plenamente culpável), e em outros respondia por seu domínio da situação fática como autor de escritório. O que supõe que podem existir redes de mando, de distintos níveis de hierarquia, de autores mediatos que dão ordens no seio da organização²⁸. Quem no seio da organização, não emite ordens nem tem cooperado na execução material, porém “tem promovido conscientemente os delitos mediante quaisquer ações”²⁹, somente pode ser punido por cumplicidade. *Roxin* já o havia dito em sua obra no anos sessenta: “qualquer atividade que não impulse autonomamente o movimento do maquinário somente pode fundamentar a participação”³⁰.

O particular maquinário de poder faz com que se invertam os sentidos lógicos de domínio da ação. “Normalmente quando um sujeito se encontra mais afastado da vítima e da conduta homicida, mais se afasta do domínio do fato, porém nestes casos se produz uma inversão da colocação, pois quanto mais afastado está o executor das vítimas, mais próximo se encontra dos órgãos executivos de poder, o que o projeta ao centro dos acontecimentos”³¹.

Estes “aparatos organizados de poder”, com uma clara formação hierárquica vertical, que impede a retro-alimentação das ordens impostas pelo superior, somente pode dar-se à margem da legalidade: nas organizações clandestinas de tipo mafiosas, ou em organizações estatais onde se vulnera o Estado de Direito. *Stratenwerth* indica que no caso da criminalidade organizada, a organização “deve ter à sua disposição uma reserva suficientemente grande de pessoas das quais possa se utilizar; de outra forma o agente individual não seria substituível”³². A respeito, *Fernández Ibáñez* destaca que desta forma se prova

²⁸ A respeito disse Sergio *Politoff*. “Como SERVATIUS – o advogado de EICHMANN – fizera presente no julgamento, seu cliente não se achava nem no cume, nem no final da cadeia de autores, senão no meio dessa cadeia (‘nunca estive atrás das cercas dos campos de extermínio, nem tive nada a ver com as operações de gás’, argüiu então o acusado, mostrando-se como um burocrata que não fazia nada senão receber ordens e repeti-las, por sua vez, àqueles que lhe estavam subordinados). Isso não impede que se o caracterize, adequadamente, como autor atrás do autor”. *Politoff Lifschitz*, Sergio. “Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata” in *Zapatero*, Arroyo; *Torre*, Berdugo Gómez de la (Orgs.) Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In *Memorian*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha, 2001, vol. I, p. 1272.

²⁹ *Roxin*, Claus. Conferencia en Sevilla, ob. cit.

³⁰ *Roxin*, Claus. Autoría y dominio..., p. 276.

³¹ *Zaffaroni*; *Alagia*; *Slokar*. ob. cit. p. 780.

³² *Stratenwerth*, Günther. Derecho Penal Parte General, Madrid, 1982, p. 243. Ver também sobre este ponto *Aldunate Esquivel*, Enrique. El autor detrás del autor. Reflexiones sobre el dominio de la voluntad

que a “fungibilidade” não é um requisito essencial nesta teoria. Ainda que da possibilidade de substituição do executor “não se pudesse reconhecer tal tipo de autoria se o aparato que este ‘autor de mesa de escritório’ tinha à sua disposição estivesse conformado por um número muito limitado de pessoas, e baseado em relações eminentemente familiares ou a estruturação fosse horizontal”³³.

Roxin enuncia como requisito *sine qua non* a existência desta “organização” fora do Estado de Direito. Porém *Kai Ambos*³⁴ acredita ser desnecessária e prescindível esta característica, já que o único que configuraria a autoria mediata nos aparatos organizados de poder é uma organização estruturada de modo hierárquico e um domínio do fato do homem de trás sobre executores fungíveis³⁵. Isso seria o que predominou no Supremo Tribunal Alemão (BGH) no caso dos “guardas do muro”, que aplicou a teoria roxiniana, em que se deixou claro o elemento de que o aparato atuara à margem da legalidade, já que a lei de fronteiras era direito positivo, e os franco-atiradores estavam protegidos por uma causa de justificação do regime. *Muñoz Conde* afirma que *Roxin*³⁶ mudou seu ponto de vista originário, ao contestar a crítica de *Ambos*, e disse que “a desvinculação da organização do direito não deve ser total, bastando tão somente que o fato concreto seja realizado à margem do direito”. *Roxin* ressaltou no ano passado que a desvinculação do direito deve ser tão só no marco dos tipos penais realizados pelo aparato, e que esta desvinculação do direito não depende já da maneira como o julga o sistema político sob cujo amparo funcionou o aparato, senão da atual valoração jurídica.

Como dissemos, o aparato deve funcionar fora da ordem jurídica. Supõe-se que ali onde este impera, “uma instrução antijurídica não pode pôr a organização em movimento; se é obedecida, não se trata de uma ação do maquinário de poder, senão de uma iniciativa particular”³⁷. Quem quer dar ordens ilegais em um Estado de Direito já não pode confiar que o aparato as cumpra, senão que tem que recrutar o executor

em virtude de aparatos organizados de poder, *in* Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología *Iuspenalismo*, «www.iuspenalismo.com.ar».

³³ *Fernández Ibáñez*, Eva. ¿Constituye la fungibilidad del ejecutor inmediato un presupuesto estructural imprescindible de la autoría mediata en aparatos organizados de poder? *in* Revista de Derecho Penal, Autoría y Participación I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 339. Recomenda-se especialmente a tese doutoral da autora: *Fernández Ibáñez*, Eva. La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Comares, 2006.

³⁴ *Ambos*, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, tradução de Manuel Cancio Meliá, *Cuadernos de conferencias y artículos* n° 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998. Há tradução para o português da versão alemã atualizada *in*: *Ambos*, Kai. Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos, traduzida por Pablo Alflen da Silva, Porto Alegre: Fabris Editor, 2006, p. 47.

³⁵ “Se o aparato não está fora do ordenamento, senão é em si mesmo o ordenamento jurídico ou parte dele, o domínio do fato dos homens de trás é maior que no caso do aparato desvinculado do direito”, segundo afirma *Kai Ambos*, *ob. cit.* p. 51.

³⁶ Conferência de Claus Roxin em 1998 em Huelva (Espanha) sobre autoria e domínio do fato.

³⁷ *Roxin*, Claus. *ob. cit.* p. 277.

material para o fato concreto, o que o converte em indutor³⁸. Como recorda *Villamor*: já não se atua com o aparato, senão contra ele³⁹.

*Lascano*⁴⁰ estabelece a indagação se se pode abarcar com este critério os delitos empresariais, e responde citando a *Baigún e Bergel*⁴¹, que é válido para os delitos bancários, onde a fungibilidade se substitui pelo anonimato do executor, e a *José Daniel Cesano*, que crê factível a transposição da teoria do mestre de Munique à estrutura societária⁴². *García Vitor* afirma que esta teoria seria o instrumento para a imputação penal das pessoas jurídicas⁴³.

O Supremo Tribunal alemão, na sentença dos atiradores do muro, afirma que o problema da responsabilidade no funcionamento das empresas pode solucionar-se por esta construção roxiniana⁴⁴. Isso

³⁸ Sobre o caso de aplicação desta teoria a hipóteses estatais de plena vigência do Estado de Direito, está o exemplo argentino. Em 20 de dezembro de 2001 as autoridades constitucionais argentinas foram obrigadas a renunciar por atos selvagens de vandalismo urbano, que estavam planejados para desestabilizar a paz social e tomar o governo. Embora muitas das manifestações contra o governo fossem espontâneas e pacíficas, a soma de ambos fatores potencializou a crise de representatividade e de segurança pública. A polícia federal sob ordens do Presidente De la Rúa, de manter a tranqüilidade pública, cometeu excessos que tem sido julgados por tribunais, produzindo mortes e vários feridos. Pretendeu-se processar as autoridades constitucionais pelos crimes cometidos por infiltrados, fundamentando-se no ‘domínio funcional do fato’ que converteria em co-autores as autoridades (co-autoria funcional). Conforme outros, o Presidente da Nação responde como autor mediato (por conduzir ‘o aparato de poder’) frente aos excessos da polícia, que de acordo com o curso se pretendia ver cair o mesmo Presidente.

³⁹ *Villamor Lucía*, Fernando. Derecho Penal Boliviano, Tomo I, Edição do autor, 2.^a ed., La Paz, 2007, p. 272. Como ampliação da nota de rodapé anterior, o caso boliviano também apresenta caracteres similares à situação argentina de 2001. Diz *Villamor*: “Recentemente em nosso país em razão de trágicos sucessos na democracia (fevereiro e outubro de 2003), para sustentar a responsabilidade, a teoria de Roxin resulta aplicável com a salvaguarda de que em um Estado Social Democrático e de Direito, quando uma autoridade determina a seus subordinados cometer delitos ou quando nas Forças Armadas um comando emite ordens antijurídicas isso tem de valorar-se sempre, salvo que tenha que afirmar a autoria mediata por outras razões, somente como indução...”. (*Villamor*, ob. cit. p. 272.)

⁴⁰ *Lascano* (h), Carlos Julio. Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales, in AAVV, Nuevas formulaciones... ob. cit.

⁴¹ *Baigún*, David; *Bergel*, Salvador Darío in ‘El fraude en la administración societaria’, Buenos Aires: Depalma.

⁴² *Cesano*, José Daniel; *López Mesa*, Marcelo. Abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, Buenos Aires: Depalma.

⁴³ AAVV, “De las penas” Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti, organizado por David *Baigún*, Eugenio R. *Zaffaroni*, Antonio García *Pablos* e José *Pierangeli*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

⁴⁴ “Considero que isso vai muito longe e que o Supremo Tribunal Federal alemão (BGH), em seu esforço por estabelecer uma responsabilidade estrita seja como for, perdeu de vista os princípios dogmáticos. Um domínio do fato melhor refletido através do uso de um aparato organizado de poder se pode fundamentar frente ao autor que atua por si mesmo (autoria imediata ou direta) somente em regimes ilícitos ou quem sabe em organizações mafiosas, porém não assim em uma empresa econômica legal, onde a ordem de cometer um delito não compromete juridicamente e não pode ser imposta. Ademais, a imputação direta do atuar dos órgãos subordinados da empresa à direção da empresa como atuar próprio é uma desintegração absoluta do conceito penal de ação, que em definitivo lesiona inclusive o princípio da certeza.” *Schünemann*, Bernd. “Las prescripciones sobre la autoría en la ley boliviana sobre la base de las modificaciones al código penal del 10 de marzo de 1997 y sus

Roxin nega terminantemente: “das quatro condições do domínio da organização faltam, geralmente, pelo menos três: as empresas em regra não trabalham desvinculadas do Direito, na medida em que não se propõem desde o princípio atividades criminosas... falta também a possibilidade de mudança dos que estão dispostos a cometer ações criminosas... e tampouco se pode falar de uma disposição consideravelmente elevada dos membros da empresa ao fato...”. Porém *Roxin* indica que a criminalidade de empresas pode ser alcançada recorrendo a sua própria teorização dos delitos consistente na infração de um dever e, através dela, fundamentar uma autoria dos cargos diretivos na medida em que se atribua a estes uma posição de garante para a salvaguarda da legalidade da empresa⁴⁵.

Como nota característica desta terceira classe de autoria mediata, dá-se o caso de que o executor é plenamente responsável, já que não é induzido em erro nem coagido. Não fica isento de responsabilidade tão só pelo fato de ser uma engrenagem substituível do maquinário delitivo. Aqui, como vimos *ut supra*, encontra-se a primeira divergência com as idéias de *Jakobs*, já que este autor considera inadequado postular a autoria mediata no caso de executores plenamente responsáveis. A solução de *Jakobs* é a co-autoria.

Porém *Roxin* agora pensa que o critério do poder de mando, a desvinculação do direito, e a fungibilidade não podem por si só descrever exaustivamente as circunstâncias sobre as quais se apóia o domínio do fato dos homens de trás, a elas há que agregar a “disposição consideravelmente elevada do executor material ao fato”. O Supremo Tribunal alemão, seguindo a *Schroeder*, mencionou esta predisposição que demonstra o autor imediato em realizar o tipo, e que *Roxin* atribui a um conglomerado de fatores que aparecem mesclados, como as influências específicas da organização, que tornam o executor mais preparado para o fato, e incrementam a probabilidade de êxito da ordem do autor mediato. Aqui entram em jogo, apesar da obnubilação ideológica, todas as circunstâncias fronteiriças à coação que não se qualificariam como tais: medo de perder uma situação de privilégio, e certeza de sua completa impunidade.

Roxin esclarece que estes fatores que incidem sobre o executor, não excluem a culpabilidade nem a responsabilidade, ainda que possam diminuir ou aumentar suas medidas em algumas manifestações, e certamente “conduzem à uma disposição dos membros ao fato, condicionada à organização que, conjugada à possibilidade de sua substituição, para os homens de trás é um elemento essencial da segurança, com o qual podem confiar na execução de sua ordens”⁴⁶. “A sujeição a um posto de

consecuencias para la responsabilidad de los órganos de las empresas. ¿Un modelo para Latinoamérica?”, *in* Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, Nº 15, Buenos Aires: Ad Hoc, 2003. p. 85.

⁴⁵ *Roxin*, Claus. conferencia en Sevilla, ob. cit.

⁴⁶ *Roxin*, Claus. Conferencia en Sevilla, ob. cit.

subordinação diminui a liberdade dos subordinados, o seu poder de formar sua vontade autonomamente e de impô-la contra resistência”, diz *Donna*⁴⁷.

A compatibilidade do domínio da vontade em virtude de maquinários de poder organizados com o contexto normativo argentino está incluída no art. 45 *in fine* do Código Penal, dentro do instituto do “determinador”; nas palavras de *Donna*, o art. 45 é o “suporte dogmático da autoria mediata”. *Zaffaroni* afirma que a teoria roxiniana é uma construção complicada, já que o “o domínio do fato é uma questão de fato que deve precisar-se concretamente em cada caso”, e também que “a fungibilidade dos executores não indica que sua contribuição não tenha sido necessária, e inclusive se adverte sobre os riscos de desvalorizar a intervenção dos executores diretos e facilitar soluções política pouco desejáveis”⁴⁸. O mesmo *Zaffaroni* assinala a diferença que caberia de distinguir o homem de trás como autor mediato ou mero instigador: no primeiro caso haveria tentativa desde que começasse a dar a ordem (condutas como firmar um documento ou uma chamada telefônica podem considerar-se como ações que realizam homicídios), e no segundo caso somente quando o executor começasse a realizar a conduta⁴⁹.

O domínio da organização como forma independente de autoria mediata teve uma favorecida acolhida jurisprudencial. Em 1994 o Supremo Tribunal Federal alemão a aplicou no famoso “caso dos atiradores do muro”⁵⁰, os quais foram condenados por homicídio doloso, ao mesmo tempo em que se condenou os membros do Conselho de Segurança Nacional do Governo comunista como autores mediatos de homicídios dolosos, pela utilização instrumental do “aparato”.

Porém, antes desta recepção, a inédita situação histórica de uma débil democracia julgando os responsáveis do terror durante a ditadura militar argentina (1976-1983), implicou no uso destas idéias. O Ministério Público a cargo de Julio César Strassera introduziu a teoria roxiniana fundamentada no art. 45

⁴⁷ *Donna*, Edgardo Alberto El concepto de autoría y la teoría de los aparatos organizados de poder, in AAVV “Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales”, Libro Homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001.

⁴⁸ *Zaffaroni*, *Alagia*, *Slokar*. ob. cit. p. 780.

⁴⁹ “Agora, se se postula – como se verá – que o autor mediato dá início já ao fato punível, mediante sua própria ação, que põe em movimento ao outro interveniente que atua como instrumento, sua conduta não seria já acessória do fato que se chegue a cometer pelo executor instrumento (autor *strictu sensu*). Entre outros efeitos, isso traria consigo, segundo um setor da doutrina, uma antecipação da fase de início da execução, que é, por assim dizer, própria para o autor mediato e, por fim, um próprio começo da tentativa. Um ponto de vista controvertido por outros escritores (os partidários da chamada “solução global”) que afirmam que, também em relação ao autor fica estabelecido o início da execução e, com este, o momento inicial da tentativa, somente com o começo do ato executório por parte daquele que faz as vezes de instrumento. O que é decisivo para o conceito de execução do delito, a conduta do que está atrás ou a do instrumento?”. *Politoff Lifschitz*, Sergio. ob. cit. p. 1237.

⁵⁰ O caso dos guardas do muro, consiste no julgamento que se realizou na Alemanha, dos soldados que fiscalizavam o muro de Berlim, fuzilando aqueles que cruzavam da parte oriental para a ocidental da então dividida Nação alemã. A autoria mediata está latente pelo mesmo caso de fungibilidade dos executores. Ver a Anotação à decisão do Supremo Tribunal Supremo Alemão (26/7/1994) à cargo de Gustavo Aboso: “Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder y el principio de responsabilidad en las sentencias del Tribunal Supremo Alemán” La Ley t. 1999 – F, pág. 561.

do Código Penal Argentino, que em sua última parte estendeu a pena prevista para o autor, a quem determinou diretamente o mesmo, e também no art. 514 do Código de Justiça Militar de nosso país, que reza: “quando se tiver cometido delito pela execução de uma ordem de serviço, o superior que a tiver dado será o único responsável, somente será considerado cúmplice o inferior, quando este tiver se excedido no cumprimento de dita ordem”⁵¹.

66 A Câmara Federal reconheceu a existência de autoria mediata através de aparatos de poder organizados em forma militar. Apesar de tudo, a Corte Suprema de Justiça da Nação revogou a adesão da Câmara Federal à teoria de *Roxin*, e condenou os comandantes como partícipes primários e não como autores mediatos, pois extrair a “autoria mediata” do art. 45 implicava (para nosso Tribunal Supremo) “uma dilatação do conceito de instigador... uma ilegal extensão da autoria”.

Ambos e *Grammer* assinalaram que a teoria do domínio por organização é mais apta para o caso argentino. Indicaram que os três membros da Junta Militar (Jorge Rafael Videla, Eduardo Massera, e Ramón Agosti) possuíam domínio direto sobre o planejamento e a preparação do terrorismo de Estado (sistemática e organizada eliminação de seres humanos mediante desaparecimento forçado, torturas e execuções sumárias), e em muitos casos, ademais, está provado o domínio sobre a execução e o controle destes delitos de lesa humanidade. “É inimaginável que uma repressão tão vasta pudesse ser executada por partes descontroladas das Forças Armadas”⁵², afirmam *Ambos* e *Grammer*. No caso particular de Videla, por sua condição de comandante-chefe, por suas declarações periodísticas onde se vangloriava por ter eliminado os “elementos subversivos”⁵³, e por documentos firmados por ele onde planejava o Golpe de

⁵¹ Strassera, ademais, pediu o que denominou “responsabilidade por Juntas”, que as Três Forças Armadas que eram submetidas a processo (Exército, Aeronáutica e Marinha) responderam coletivamente pelos delitos cometidos por todas elas em seu conjunto. A Câmara somente recepcionou a responsabilidade individual de cada força armada. Para interiorizar-se sobre o julgamento das Juntas Militares argentinas, veja *Nino*, Carlos: “Radical evil on trial”, Yale University Press, 1996 (há tradução castelhana de Böhmer em Emecé, 1997). Sobre a obediência devida no âmbito militar veja *García*, Prudencio. Máximos factores generadores de violación de derechos humanos en el ámbito de moral militar actual in ‘Fuerzas Armadas y Derechos Humanos’, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2000, p. 158.

⁵² *Ambos/Grammer*, ob. cit. p. 19.

⁵³ “Erradicar la subversion” foi um dos objetivos do Processo de Reorganização Nacional, tal como se deu em chamar o Governo Militar resultante do Golpe de Estado de 1976 na Argentina, entre os proclamados objetivos de “restituir los valores esenciales de moralidad, idoneidad y eficiencia”, “vigencia de los valores de la moral cristiana, de la tradición nacional y de la dignidad del ser argentino” e “vigencia de la seguridad nacional, erradicando la subversión y las causas que favorecen su existencia”. (Acta de propósito y objetivos del Proceso de Reorganización Nacional, Boletín Oficial 31-3-76, citado em *Ageitos*, Stella Maris. “Historia de la Impunidad”, p. 39). O uso contínuo de nomenclatura militar e da imagem denegrida dos opositores políticos como terroristas e como não pessoas, recorda um pouco a atual discussão sobre o direito penal do inimigo e a fúria punitivista contra o chamado terrorismo global. Contemporâneo de Videla, o igualmente nefasto José Toribio Merino Castro (comandante-chefe da Armada Chilena e membro da Junta Militar que assolou o Chile desde 1973 até 1990) se referia aos comunistas como ‘humanóides’. Sobre a atualidade do discurso punitivista das ditaduras dos anos oitenta veja *Guzmán Dalbora*, José Luis: “Una especial versión del Autoritarismo penal en sus rasgos

Estado e a luta contra o terrorismo, está absolutamente fora de dúvida que “devia ter modificado o aparato de segurança existente naquele momento, influenciado e utilizado para que integrantes desse aparato na luta contra a subversão seqüestrassem e, caso necessário, eliminassem pessoas. Para isso realizou uma contribuição para o fato, a qual sob a utilização das condições marco descritas produziu concretamente a eliminação de elementos subversivos. Jorge Videla conhecia a forma de funcionamento do aparato repressivo e quis os crimes executados por seus integrantes como o produto de seu próprio comportamento”⁵⁴.

4. A solução da co-autoria e da instigação

Diz *Jakobs* que a construção de *Roxin* surge como efeito dos crimes nacionais-socialistas, e que “não há dúvida, tendo em vista a dinâmico de grupos, quanto à situação de superioridade daqueles que ordenaram a morte de judeus... [porém] apreciar autoria mediata é, no entanto, tão supérfluo como nocivo...”. E explica a nocividade no caso concreto dos nazis, que “encobre a vinculação organizatória de todos os intervenientes”⁵⁵. Termina inclinando-se *Jakobs* pela solução da co-autoria e da indução em casos especiais.

Roxin contesta a *Jakobs* em Huelva em 1998, o fato de que a co-autoria exige a resolução e execução conjunta de ilícitos, algo que nestes casos não existe, já que a instrução de uma ordem e sua observância não são uma determinação comum. Na autoria mediata por aparatos organizados de poder, o executor e o autor de escritório “não decidem nada conjuntamente nem tampouco se sentem situados no mesmo nível”. “O que atua, executa uma ordem, isto é, precisamente o contrário a uma resolução conjunta. *Jakobs* não o reconhece, senão pretende desentender-se totalmente do critério da decisão de realizar conjuntamente o fato,... com isso a co-autoria perde seus contornos”, dizia *Roxin* naquela ocasião. A consideração puramente normativizante de “*Jakobs* não nega a fungibilidade do executor direto e a ‘automaticidade’ da execução da ordem dela derivada, porém a seu juízo se trata de um “dato naturalístico” sem maior transcendência”⁵⁶.

Ademais, a co-autoria está estruturada horizontalmente (como atividade paralela, simultânea, e fundamentadora de comunidade), enquanto que a autoria mediata está estruturada verticalmente⁵⁷.

fundamentales: la 'doctrina' de la seguridad ciudadana”, in Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología *Iuspenalismo*, «www.iuspenalismo.com.ar», e *Bailone*, Matías. Antiterrorismo y Derechos Humanos, in *Bailone*, Anticriminología, Ed. Cathedra Jurídica, Bs As, 2007, no prelo.

⁵⁴ *Ambos/Grammer*. ob. cit. p. 22. Veja o comentário de Pablo Alflen da Silva sobre o tema, in *Ambos*, Kai. Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos, ob. cit., p. 113.

⁵⁵ *Jakobs*, G. ob. cit. p. 763.

⁵⁶ *Roxin*, Claus. Autoría y dominio.... p. 726.

⁵⁷ Cfe. *Roxin*, idem.

Michael Köhler pensa que um sujeito responsável (o executor plenamente imputável) bloqueia a autoria de qualquer pessoa que se situe atrás dele⁵⁸, e se inclina pela indução. *Roxin* refuta esta teoria assinalando os cuidados que deve tomar o indutor frente ao fato que realizará o executor (preparação, convencer ao autor, vencer sua resistência, etc.), e a ausência destes cuidados no autor de escritório que “usa” uma estrutura que facilita e lhe garante a prática delitiva. O indutor permanece fora do acontecimento e deposita no autor imediato a decisão final de executar o fato e como executá-lo.

68

Felipe Villavicencio intui que a figura da autoria mediata não pode usar-se sem limites nestes casos, “pois quando o intermediário atua dolosa e plenamente responsável, o domínio do fato lhe pertence e se exclui a possibilidade de uma autoria mediata”⁵⁹.

A *Gimbernat* tampouco convence a solução da autoria mediata, argumentando que se trata de uma construção dogmática catártica da culpabilidade nacional alemã, e o soluciona assim: Hitler e alguns mais são indutores de todos os delitos, os executores são autores, e os personagens que se encontram entre ambos, os que transmitem a ordem de aniquilamento, são cúmplices⁶⁰. A mesma solução é compartilhada por *Hernández Plasencia*, que diz que “a fungibilidade é um argumento que se volta contra a construção da autoria mediata... se se aceita que o executor concreto pode se negar a cumprir a ordem, e isso em virtude de uma resolução livre de sua vontade, então é que a influência que está recebendo através dessa ordem é constitutiva unicamente de indução”⁶¹. Para *Cerezo Mir* tampouco a fungibilidade pode fundamentar domínio do fato⁶². Nestas críticas fundamentalmente não se tem em conta que o que se instrumentaliza não é o executor concreto, senão o aparato. “O instrumento que possibilita ao homem de trás a execução de suas ordens não é só e nem sequer majoritariamente aquele que com suas próprias mãos ocasiona a morte da vítima... o verdadeiro instrumento é antes o aparato como tal”⁶³.

O certo é que as vozes discordantes com esta teoria chegam à solução da autoria ou da indução não tanto por via de convencimento, senão como recurso residual frente à negação da autoria mediata. Diz *Roxin* que não pode deduzir-se a autoria e o domínio do fato a partir dos déficits do instrumento, que por certo existem no domínio mediante coação e erro, senão que “há que fundamentá-las positivamente a partir da posição do autor em todo o acontecimento... o domínio do fato do homem de trás se baseia em

⁵⁸ Cfe. *Lascano* (h), ob. cit.

⁵⁹ *Villavicencio Terreros*, Felipe. *Derecho Penal Parte General*, Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2006, p. 480.

⁶⁰ *Gimbernat Ordeig*, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, Fc. de Derecho, 1966.

⁶¹ *Hernández Pasencia*, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*, Comares, Granada, 1996. p. 274.

⁶² *Cerezo Mir*, José. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I de suas obras completas, Ara, Lima, 2006, p. 1088.

⁶³ *Roxin*, Claus. conferencia en Sevilla, ob. cit.

que através do aparato que está a sua disposição pode produzir o resultado com maior segurança do que, inclusive, no caso de domínio mediante coação e erro”⁶⁴.

5. Conclusão

Para finalizar, creio que todos coincidimos na necessidade de que o sistema de direito penal alcance a estes terríveis crimes e violações de direitos humanos da chamada primeira geração, ainda que preconizemos uma teoria agnóstica da pena. Já assinalai em outro lugar, seguindo a linha de *Zaffaroni*, que o direito penal é o saber dos juristas que limita e contém o poder punitivo⁶⁵.

Nossa obrigação a partir das ciências penais é instalar um cerco de racionalidade e um dique de contenção às forças punitivas, que não são mais que emanações do estado autoritário, porém esse dique deixa passar o poder punitivo que não é excessivamente irracional, e que no fundo não pode conter. Isto se passa concretamente com os crimes contra a humanidade onde, sem recorrer à nenhuma teoria legitimante da pena, dizemos que aqui o poder punitivo não pode conter-se, devido à qualidade do injusto⁶⁶, e que se se impedisse o poder punitivo neste ponto, se produziria uma regressão civilizatória. *Zaffaroni* diz que nestes casos há que evitar “Dongo”⁶⁷, e para isso a única opção é Nuremberg e Tóquio.

Repugnaria a nossa consciência jurídica e no mínimo o sentido de humanitarismo que estes graves delitos, que foram cometidos ao amparo do próprio poder punitivo, sejam agora não puníveis por questões dogmáticas. *Gimbernat* concorda com que “...a normatização sobre a autoria e a cumplicidade não está pensada para um delito como o genocídio”⁶⁸. *Roxin* advertiu que sua teoria do domínio do aparato como autoria mediata ia produzir muita resistência em muitos setores da dogmática, da qual disse que era “propensa a servir-se de categorias tradicionais como de um arsenal fechado de conceitos”⁶⁹. Por isso intui que se necessitava um conceito aberto de domínio do fato.

⁶⁴ *Roxin*, C. idem.

⁶⁵ Cfe. *Bailone*, Matías. El liberalismo penal (1º parte: cómo procurarse buenos precursores), in *Bailone* Anticriminología, Cathedra Jurídica, Bs As, 2007 (no prelo), pode ver-se este capítulo em «www.matiashailone.com.ar», e na Revista del Instituto Peruano de Investigaciones Criminológicas: «www.ipic.org.pe».

⁶⁶ Sobre este ponto se recomenda ter em conta a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade de *Zaffaroni*. Cfe. *Zaffaroni*, Eugenio Raúl. Lectio doctoralis en la Universidad de Macerata, 2002, in «<http://www.homenajeazaffaroni.com.ar/zaffamacerata.htm>», assim como seu Derecho Penal Parte General, Buenos Aires: Ediar, 2002.

⁶⁷ Sobre a morte de Benito Mussolini em Dongo, veja *Bianchi*, Gianfranco. Per qualli ragioni fu soppresso Benito Mussolini”, in *Bianchi* “La seconda guerra mondiale, Como: Pietro Cairoli, 1977, p. 447.

⁶⁸ *Gimbernat Ordeig*, Enrique. ob. cit.

⁶⁹ *Roxin*, C. Autoría y..., p. 280.