



# PRINCIPAIS FIGURAS DA IMPUTAÇÃO A TÍTULO DE AUTOR EM DIREITO PENAL INTERNACIONAL: EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA, COAUTORIA PELO DOMÍNIO FUNCIONAL E COAUTORIA MEDIATA<sup>1</sup>

**Alicia Gil Gil**

*Professora Titular de Direito penal. Universidade Nacional de Educação à Distância (Espanha)*

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Direito Penal Internacional virou realidade. Desde os anos 90, assistimos a uma reativação e desenvolvimento, até então inimaginável, desta área do Direito internacional, impulsionada pela criação dos Tribunais penais internacionais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Ruanda. E, também presenciamos a reabertura do processo de criação de uma Corte penal internacional, que se viu completada pela assunção de diversas jurisdições internas, entre elas a espanhola, do ajuizamento de delitos internacionais, fundamentando sua competência especialmente no princípio de jurisdição universal. É preciso lembrar que, na atualidade, estão abertos, perante tribunais espanhóis e de outros países numerosos, processos por crimes internacionais.

<sup>1</sup> Este artigo foi realizado no contexto do Projeto DER2009-07236 financiado pelo Ministério de Ciência e Inovação da Espanha. Veja Gil Gil, A., Maculan E., (coords), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crimes internacionales*, no prelo.

Esta atividade, junto com a assinatura e ratificação do Estatuto de Roma, levou numerosas legislações internas a incorporar tipos penais, regras e princípios próprios do Direito Penal Internacional, os quais, em certas ocasiões, eram desconhecidos antes nas legislações internas. Entre essas regras e princípios nascidos no âmbito do Direito Penal Internacional, e que se incorporam ao direito penal interno, encontramos algumas referidas à intervenção delitiva. Não só o Estatuto de Roma introduziu, em nosso Código penal, novas formas de responsabilidade penal, como a responsabilidade do superior hierárquico, senão que também a jurisprudência dos tribunais internacionais foi forjando novas figuras ou novas interpretações de algumas já conhecidas e que influenciaram as jurisprudências nacionais, entre elas a espanhola.

Um estudo dos critérios utilizados para definir os autores e partícipes na jurisprudência, tanto internacional quanto nacional, sobre crimes internacionais, demonstra uma clara influência mútua e a transferência de novos conceitos e interpretações, de uma à outra, para fazer frente a uma forma de delinquência que se mostra especialmente complexa em matéria de intervenção delitiva. Os tribunais internacionais enriqueceram com os conceitos de dogmática penal baseados nas regulações nacionais, mas com frequência transformaram e desenvolveram para fazer frente à específica problemática que apresenta neste campo o delito internacional e aos fins em que em cada caso se formulava o tribunal. Os tribunais nacionais, com frequência, assumiram explícita, ou implicitamente, esses novos desenvolvimentos que acabam criando novas formas de imputação.

O Direito Penal Internacional é caracterizado, por um lado, por abordar crimes atrozos em cuja comissão intervém uma pluralidade de sujeitos geralmente matriculados em diferentes níveis, em organizações ou estruturas de poder complexas. Por outro lado, esta área do ordenamento internacional se caracteriza por uma complexidade normativa que surgiu historicamente de diversas e muito variadas fontes e que se encontram em constante desenvolvimento, sendo, neste, um papel muito importante, o fenômeno conhecido como fertilização cruzada de jurisprudências. Ainda que a jurisprudência não seja fonte de Direito, considera-se no geral, no Direito internacional que *as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das distintas nações, são meio auxiliar para a determinação das regras de direito*<sup>2</sup>, e apesar de que não se menciona no concreto sistema de fontes previsto no Estatuto de Roma, as decisões das jurisdições estatais constituem a prova da prática estatal, enquanto as dos tribunais internacionais consideram um argumento de autoridade na identificação do costume e dos princípios gerais do Direito<sup>3</sup>.

---

2 Art. 38.1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

3 Henckaerts e Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge: CUP, 2005), citado por Robert Cryer "Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the icrc customary law study", em [http://eprints.bham.ac.uk/165/1/ICRC\\_Study\\_-\\_R.\\_Cryer.doc](http://eprints.bham.ac.uk/165/1/ICRC_Study_-_R._Cryer.doc). Também Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, para. 289.

A soma destes dois fenômenos resultou na aparição de novas formas de imputação de crimes ou o desenvolvimento de outras já conhecidas, que se alimentam por uma parte de figuras próprias das legislações, as construções doutrinárias e as jurisprudências nacionais, mas as quais a jurisprudência e o direito internacional evoluíram para dar resposta às peculiaridades da execução de crimes internacionais, e, em particular, ao desejo de encontrar a forma de imputar aos máximos dirigentes os crimes cometidos por seus subordinados. Neste artigo, pretendemos expor os critérios de imputação de crimes internacionais por intervenção ativa a título de autor. Por isto, nos deteremos no tratamento jurisprudencial das figuras mais emblemáticas: a empresa criminal conjunta (joint criminal enterprise - JCE), a coautoria por domínio funcional, e a coautoria mediata por aparatos de poder hierarquizados. Vamos deixar de lado, por supor uma excessiva ampliação do âmbito de estudo impossível de atingir num artigo, a responsabilidade por execução, que inclui a responsabilidade do superior hierárquico. Deter-nos-emos, especialmente, na jurisprudência do Tribunal *ad hoc* para a Antiga Iugoslávia e nas decisões da Corte penal internacional.

## 2. CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO DE CRIMES INTERNACIONAIS

### 2.1 A EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA (JOINT CRIMINAL ENTERPRISE - JCE)<sup>4</sup>

#### 2.1.1 Origem

A figura da empresa criminal conjunta provém do direito anglo-saxão<sup>5</sup>, ainda que tal, e, como aqui vamos estudar, foi uma criação do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPIY)<sup>6</sup>. Na realidade, esta figura não está mencionada de maneira expressa no art. 7 do Estatuto do TPIY<sup>7</sup>. Apesar disso, o TPIY considerou que a figura encontrava-se implícita nesse artigo, como uma forma

4 Gutiérrez Rodríguez M., “La doctrina de la “empresa criminal conjunta” en las resoluciones del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia”, em Muñoz Conde coord. *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, págs. 1089-1110.

5 A figura, por exemplo, é conhecida em Inglaterra, Gales ou Austrália, sem que exista acordo em sua natureza e conteúdo nestes países: assim, por ex. discute-se se é uma forma de autoria (postura australiana e também do TPIY), uma forma de participação que seguiria as mesmas regras que aiding e abetting (postura britânica) ou algo diferente. Segundo a versão que a trata como uma forma de intervenção delitativa, deveria ser diferente, depois, entre aqueles participantes na JCE que realizaram atos executivos, que devem ser castigados como autores e os que não, considerados participantes acessórios – veja Forster, em “Tatbeteiligung in England und Wales” em Sieber e Cornils (eds) *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Teilband. 4, Duncker & Humboldt, 2010, p. 62-.

6 A figura nasce na sentença da Câmara de Apelação no caso Tadic, veja ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No.: -94-1-A, Judgment, 15 July 1999. Assim também, Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3ª. Ed. 2011, p. 160, Werle, *Tratado de Derecho penal internacional*, 2ª ed., p. 293, nota 975.

7 Artigo 7 Responsabilidade penal individual. 1. A pessoa que tenha planejado, instigado ou ordenado a realização de alguns dos crimes indicados nos artigos 2 a 5 do presente Estatuto, ou tenha cometido ou tenha ajudado em qualquer outra forma a planejá-lo, prepará-lo ou executá-lo, será individualmente responsável por esse crime.



de “realização” do crime<sup>8</sup>, argumentando que provém da jurisprudência relativa à segunda guerra mundial e que está claramente estabelecida em direito internacional consuetudinário. A doutrina, porém, rejeita majoritariamente a afirmação de que a JCE seja uma figura existente no costume internacional e alguns autores concluíram que, por tanto, esta figura infringiria o princípio de legalidade e seria contrária ao princípio de responsabilidade individual que consagra o Estatuto do TPIY<sup>9</sup>. O que ocorre é que, remetendo à jurisprudência posterior à segunda guerra mundial, o Tribunal acudiu a sistemas que tinham um critério unitário de autor<sup>10</sup>, incompatível, tanto com a concepção acolhida, como pelo moderno Direito Penal Internacional<sup>11</sup> e pela maioria dos direitos nacionais atuais<sup>12</sup>.

A própria sentença Tadic fez pensar a doutrina<sup>13</sup> que o TPIY adotou como um modelo de responsabilidade monista segundo o precedente histórico ao qual fazia referência<sup>14</sup>. Porém, o Tribunal da antiga Iugoslávia afirmou posteriormente que o Direito Penal Internacional adota um sistema dualista que distingue entre autoria e participação, e que, também, seu Estatuto o faz<sup>15</sup>, o que não ficou claro na sentença Tadic<sup>16</sup>. Esta afirmação deveria tê-lo levado a rejeitar uma jurisprudência fundamentada no princípio contrário e, portanto, resultou imprestável. Entretanto, o Tribunal nos deixou aqui um exemplo dramático da chamada fertilização cruzada<sup>17</sup>, em sua versão ou perspectiva “silvestre”<sup>18</sup>.

8 ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No.: -94-1-A, Judgment, 15 July 1999, par. 187 e ss.

9 A doutrina majoritária nega que a JCE tal, e como a define o tribunal, forme parte do costume internacional e critica a forma na qual o tribunal chega a tal conclusão, sem fazer uma análise da prática e a *opinio iuris* dos Estados. Veja, com ulteriores citações Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1103, Ambos, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, em *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, nota 79. Na verdade, o empenho em buscar precedentes nos juízos posteriores à segunda guerra mundial para justificar a suposta natureza consuetudinária da JCE tinha levado o tribunal a uma aparente concepção monista da intervenção delitiva – assim também Olásolo, “Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, em *InDret* 3/2009, pp. 4-5.

10 Ainda que a imputação como autor sobre a base do plano comum provém da jurisprudência da segunda guerra mundial, o certo é que, naquele momento, não se distinguia autoria e participação; O Estatuto de Londres não distinguia autoria de participação, como tampouco o faz a Lei n. 10 do Conselho de Controle Aliado. Em geral, ficou compreendido como um conceito unitário de autor. Os tribunais alemães, sim, pretendiam distinguir, mas chegaram a soluções semelhantes através de um conceito subjetivo de autor -. Veja com detalhe sobretudo, Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, pp. 90, 126, 254, 362 e passim. Também crítica por outros motivos o duvidoso valor dos precedentes citados pelo tribunal Ohlin, “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), pp. 75 e ss.

11 O moderno Direito Penal Internacional pretende distinguir autores de partícipes e punir cada um, segundo sua forma de intervenção. Sobre esta evolução refletida nos projetos de Código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade de 1991 e 1996 veja Ambos, AT, 2002, p. 509. Também o art. 25 do Estatuto de Roma (ER).

12 Para um estudo comparado da regulação da autoria e participação em diversos países, pode consultar Sieber e Cornils (eds.) *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Teilband. 4, Duncker & Humbold, 2010.

13 Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1092, nota 12.

14 O que serve ao TPIY para afirmar que a JCE existe no costume internacional, elegendo como prova os precedentes ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No.: -94-1-A, Judgment, 15 July 1999, par. 194 e ss.

15 The Prosecutor v Milan Milutinovic et al, Appeals Chamber Decision on Dragoljub Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction, 21 May 2003, pars. 20, 31.

16 Veja Olásolo, em *InDret* 3/2009, p. 4.

17 Veja sobre a fertilização jurisprudencial cruzada (*jurisprudential cross-fertilization*) Delmas-Marty “The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law”, em *J Int Criminal Justice* (2003) 1 (1), pp. 13-25, la misma, “Interacciones entre el derecho comparado y el derecho penal internacional” acessível em [http://portal.veracruz.gob.mx/pls/portal/docs/PAGE/COLVER/DIFUSION/REVISTA\\_CONCIENCIA/REVISTANO.8/8.-MIREILLE%20DELMAS.PDF](http://portal.veracruz.gob.mx/pls/portal/docs/PAGE/COLVER/DIFUSION/REVISTA_CONCIENCIA/REVISTANO.8/8.-MIREILLE%20DELMAS.PDF).

18 O termo foi usado por Cassese, -“La influencia de la CEDH en la actividad de los tribunales penales internacionales” em Cassese

Posteriormente, a figura foi aplicada também por outros tribunais internacionais, ainda que nos últimos anos tenham produzido algumas decisões que rejeitam algumas das formas de JCE<sup>19</sup>.

## 2.1.2 DESCRIÇÃO E ELEMENTOS

A doutrina da JCE exige uma pluralidade de pessoas que ficam de acordo para a execução de um plano comum dirigido à realização de delitos ou que, ao menos, a execução desses delitos seja o meio eleito para a consecução dos fins aos quais se dirige o plano comum<sup>20</sup>.

Através da JCE os tribunais *ad hoc* estabeleceram a responsabilidade penal em três supostos ou subcategorias<sup>21</sup>:

Variante básica: Aquela que se prove acordo de vontades (expresso ou tácito, anterior ou coetâneo), uma contribuição – de qualquer classe, mas significativa<sup>22</sup>- à consecução do plano comum e dolo direto com relação da execução do fato, forma parte da empresa criminal comum e responde, com independência da importância objetiva da contribuição, como coautor de qualquer delito cometido por outro membro dentro da empresa comum.

Variante sistêmica: a JCE inclui também os supostos em que o sujeito participa na manutenção de campos de concentração ou outros sistemas de maltrato, através dos quais se cometem os delitos, conhecendo esse sistema e com a intenção de favorecimento.

Variante ampla: e todo membro do acordo também será responsável a título de autor de qualquer outro delito cometido por qualquer outro membro da empresa, ainda que esse outro delito não forme parte do plano (supostos de excesso com relação do plano comum), sempre que sua realização fosse uma consequência natural e previsível da execução do plano comum<sup>23</sup>. Para

---

e Delmas-Marty (Eds.), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Bogotá, 2004, p. 196 e ss.- para fazer referência ao uso defeituoso, seletivo ou interesseiro da jurisprudência alheia, contrário à “perspectiva erudita” que exigia estudos doutrinários sobre a jurisprudência e os princípios fundamentais do direito penal, assim como sobre o direito comparado e Direito Penal Internacional, em especial sobre o conteúdo real do invocado costume internacional em cada momento histórico, que sirvam de base aos tribunais para a correta utilização da jurisprudência alheia. Sobre este tema veja Gil Gil, “La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de Derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena” em *Revista de Derecho penal*, nº extraordinario, 2012, pp. 111 e ss.

19 Principalmente pelo TPIR e também em algumas decisões do Tribunal Especial para Serra Leoa. Em detalhe sobre esta jurisprudência Boas, Bishoff, Reid, *International Criminal Law Practitioner Library, vol. I: Forms of Responsibility in International Criminal Law*, 2007, p. 7 e ss.

20 Com detalhe e posteriores citações jurisprudenciais Olásolo, InDret 3/2009, pp. 6 e ss.

21 Com detalhe e posteriores citações jurisprudenciais Boas, Bishoff, Reid, *International Criminal Law Practitioner Library, vol. I: Forms of Responsibility in International Criminal Law*, 2007, p. 7 e ss Ambos, *Internacionales Strafrecht*, 3ª ed., 2011, pp. 162 e ss., Werle, *Tratado* 2ª ed., p. 295 e s., Olásolo, InDret 3/2009, pp. 6 e ss.

22 ICTY, Trial Chamber, Kvocka et al. – Judgement, 2 Nov 2001, parag. 309.

23 Sobre a evolução deste requisito, inicialmente descrito com menor exigência de probabilidade, e definido em ocasiões como previsibilidade objetiva, outras como objetiva e subjetiva, veja Boas, Bishoff, Reid, 2007, pp. 68 e ss.

poder aplicar esta variante ampla deve encontrar sempre, entre os delitos imputados, algum que, sim, forme parte do plano comum<sup>24</sup>.

O TPIY também estendeu a responsabilidade dos membros da JCE aos fatos cometidos por não membros sempre que eles sejam “usados” por um membro da JCE para a consecução do plano comum<sup>25</sup>. E, inclusive, na variante ampla, afirmou que não é necessário, para quem intervém na empresa criminal conjunta, agir com o propósito específico exigido por um determinado tipo penal (por ex. o genocídio) para responder por este delito, bastando que a realização dele fosse uma consequência previsível<sup>26</sup>.

A figura da JCE foi a preferida do TPIY para a imputação de crimes aos dirigentes, o que, na opinião da doutrina, teria permitido aos juízes obviar os obstáculos de prova formulados na busca da responsabilidade individual em casos tão complexos, onde em ocasiões nem sequer puderam identificar o executor<sup>27</sup>. O fato de que a “contribuição significativa” (elemento objetivo) não exija para o crime concreto senão para o plano comum<sup>28</sup>, definido de uma maneira muito mais ampla e difusa que os elementos dos crimes<sup>29</sup>, e que se relaxe incluso a uma simples aprovação por omissão<sup>30</sup>, não exigindo sequer a presença do acusado no lugar e momento de execução do delito, pode conduzir, se não se fundamentam com mais cuidado ulteriores requisitos, a uma responsabilidade pelo *status*. Pulando-se, no entanto, os critérios da figura a responsabilidade do superior hierárquico, ou a uma responsabilidade por associação que infrinja os princípios de responsabilidade pelo fato próprio e de culpabilidade individual, afirmados pelo Tribunal<sup>31</sup>.

24 *The Prosecutor v Moncilo Krajišnik*, Judgment, 27 Set 2006, par. 1096.

25 *Prosecutor vs. Momčilo Krajišnik Appeals Chamber Judgement*, 17 March 2009, par. 235, *Brđanin Appeal Judgement*, para. 413.

26 *Brđanin Appeal Judgement*, 19 /03/2004, marg 6. Crítica Haan, V., “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, em *International criminal law review* 5, 2005, p. 200, que afirma que isso vá contra a ideia de que a JCE é uma forma de autoria e não de participação acessória. Porém, o participante, contra do que parece sugerir esta autora, deve atuar com o elemento subjetivo exigido no tipo. Ainda que pessoalmente entendo que o genocídio não exclui o dolo eventual – veja Gil Gil, A., *Derecho penal internacional*, 1999, p. 258 e ss.

27 Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1097. Ohlin, ob. cit. 2007, p. 86, Ambos, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, em *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 159 e s. Olásolo, InDret 3/2009, p. 14, sobre os problemas de prova nos casos concretos em especial Haan, V., “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, em *International criminal law review* 5, 2005, pp. 172 e ss.

28 ICTY, Appeals Chamber, Vasiljević, Judgment, 25 Feb 2004, par. 102: “(i) The aider and abettor carries out acts specifically directed to assist, encourage or lend moral support to the perpetration of a certain specific crime (murder, extermination, rape, torture, wanton destruction of civilian property, etc.), and this support has a substantial effect upon the perpetration of the crime. By contrast, it is sufficient for a participant in a joint criminal enterprise to perform acts that in some way are directed to the furtherance of the common design”.

29 Haan, V., ob. cit., 2005, p. 174.

30 ICTY, Trial Chamber, Kvočka et al. – Judgment, 2 Nov 2001, parag. 309.

31 Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1104, com posteriores citações.

A questão fica mais complicada quando, pela ausência de critérios claros e restritivos para definir o propósito criminal da empresa<sup>32</sup>, ou a previsibilidade dos crimes, não são objeto do propósito comum<sup>33</sup>.

### 2.1.3 Crítica

A figura da JCE foi muito criticada, tanto pela doutrina continental, como pela do common law. As variantes básica<sup>34</sup> e sistêmica geram o problema de diluir os limites entre autoria e participação em detrimento desta última, pois não esqueçamos que a JCE concebe como uma forma de autoria e não de participação acessória<sup>35</sup>, mas sem distinguir sua afirmação segundo a importância objetiva da contribuição<sup>36</sup>. A variante ampla é contrária aos princípios de legalidade, culpabilidade<sup>37</sup> e responsabilidade pelo fato próprio<sup>38</sup>, como manifestou a doutrina, além de compartilhar o defeito das anteriores variantes, estende a autoria a casos nos quais não participa o elemento subjetivo, ou aspecto interno do fato<sup>39</sup>. Indicou, com razão, que, ao prescindir do acordo de vontades, rompe-se a base da imputação recíproca das contribuições de cada codelinquente, que é o fundamento da coautoria, além de o critério do previsível ser sumamente impreciso<sup>40</sup>. Esta ampliação contradiz a regulamentação da maioria dos ordenamentos internos, que não reconhecem responsabilidade pelos fatos que vão além do acordo comum<sup>41</sup>.

32 A empresa criminal se definiu de maneira cada vez mais ampla e assim o propósito comum chegou a definir-se como a intenção de expulsar os não sérvios de determinados territórios, de modo que qualquer atuação para conseguir este objetivo faria responder aos interventores de todos os crimes cometidos com o mesmo fim - Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1106-1107.

33 Com detalhe sobre os elementos objetivos e subjetivos da JCE segundo a jurisprudência internacional veja Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1095 e ss. Sobre as diversas fórmulas para descrever a previsibilidade da execução de crimes e sua indeterminação, veja Boas, Bishoff, Reid, 2007, p. 70 e ss.

34 Na opinião de Ambos, a variante poderia se equiparar com uma coautoria pelo domínio funcional do sistema continental se insistir na contribuição substancial e a intenção de cometer o delito, conforme o plano comum - JICJ 5, 2007, p. 170 e ss. - Werle, Tratado, 2ª ed. p. 297-298 considera que a JCE é transferível para o Estatuto de Roma porque a regulação da coautoria no seu artigo 25.3.a) ("Commits such a crime... jointly with another ... person") exige tanto o plano comum ("common plan, design or purpose") de cometer um dos crimes definidos no Estatuto como a contribuição objetiva essencial à realização desse plano comum, ainda que admite que esse aporte possa se realizar na fase preparatória como por ex. o planejamento e a organização do delito, o que outorga ao sujeito o co-domínio do fato. A contribuição essencial é, segundo Werle, aquela sem a qual o resto de delinquentes não poderia executar o delito. E o acordo comum não existe pela simples previsibilidade de um resultado delitivo não incluído no plano inicial. É necessário, pelo contrário, que o sujeito ao menos preveja esse resultado como consequência provável da atuação combinada no plano comum, p. 299. OTPI também descartou que a JCE sirva para integrar a definição da coautoria do ER em sua decisão da Sala de Questões Preliminares no caso Lubanga de 29 de janeiro de 2007. Sobre a mesma, veja infra.

35 Assim explica o TPIY em *The Prosecutor v Tadic, Appeal Chamber, Judgement, 15 July 1999*, para. 190 a 192, e *The Prosecutor v Milan Milutinovic et al, Appeals Chamber Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction, 21 May 2003*, par. 20 e 31.

36 Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed. 2011, p. 164, o próprio JICJ 5, 2007, p. 171. Esta crítica também é feita desde a doutrina anglo-saxônica, veja Ohlin, ob. cit., 2007, pp. 76 e ss. e 85 e ss.

37 De igual opinião Werle, *Tratado* 2ª ed. p. 297, Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed. 2001, p. 165 -166. O mesmo JICJ 5, 2007, p. 173 e ss.

38 Ohlin, ob. cit. 2007, p. 81. Ambos, JICJ 5, 2007, p. 168 afirma que esta modalidade é semelhante à responsabilidade por pertença a uma organização, manejada em Nuremberg.

39 Assim Badar, "Just Convict Everyone!" - Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again" em *International Criminal Law Review*; Apr2006, Vol. 6 Issue 2, p293-302, p. 301, Haan, V., ob. cit., 2005, Ohlin, "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p. 83.

40 Ambos, JICJ 5 (2007), p. 174.

41 Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1107.



A doutrina da JCE foi rejeitada como forma de autoria pela Corte penal internacional, como veremos, e limitada, com determinados requisitos, a uma forma residual, menos relevante, de participação acessória<sup>42</sup>.

## 2.2 AS TENTATIVAS DE INTRODUIR A COAUTORIA INDIRETA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA

A indirect coperperatration tratou de ser implantada também por alguns juizes e fiscais do TPIY em detrimento da JCE, sem sucesso. Quando falamos da autoria e coautoria indireta na jurisprudência do TPIY não podemos identificar este termo como autoria mediata da doutrina continental de origem germânica, nem também com a fusão da coautoria funcional e a autoria mediata que prosperará na jurisprudência do TPI. Pelo contrário, com “indirect coperperatration” tentou alcançar toda conduta que merece o qualificativo de autoria, mas sem que o acusado tenha realizado os atos executivos. Isto é, sob o termo “indirect coperperatration” às vezes se compreende uma coautoria direta pelo domínio funcional e outras uma verdadeira autoria ou coautoria mediata.

Em realidade, a jurisprudência do TPIY sobre coautoria indireta é bastante escassa e deficiente. Na única sentença que se castigou por coautoria indireta (logo corregida em apelação), fundamentava-se a coautoria no domínio funcional, mas sem explicar depois por que quem não realiza materialmente a contribuição essencial é autor<sup>43</sup>, é dizer, sem fazer nenhuma referência

42 Já o fiscal era desta opinião, veja *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, em 29 de janeiro de 2007, marg. 323, 334, 335.

43 Faz-se referência como precedente da coautoria indireta, identificando alguns autores como um caso de coautoria mediata dentro da jurisprudência do TPIY no caso Stakic – assim Boas, Bischoff, Reid, 2007, p. 105, Olásolo, 2011, p. 161, Olásolo, Pérez Cepeda, in ICLR, 4, 2004, pp.475 e ss.- Stakic era um prefeito que ordenou seus subordinados a fornecerem ao exército os meios necessários para o transporte e a reclusão num campo de concentração das vítimas, mas é acusado depois de todos os delitos cometidos pelos militares dentro do campo de concentração, com o argumento de que a provabilidade de sua execução tinha sido prevista por ele. O tribunal pôde argumentar que o acusado teve o domínio funcional realizando através do aparato de poder que ele dominava, a administração local, uma contribuição essencial para a consecução de um plano executado pelos coautores através da instrumentalização (pelos últimos) de outro aparato, o exército. Mas o certo é que o tribunal não argumentou a responsabilidade de Stakic em nenhum dos elementos que fundamentam a autoria mediata por aparatos de poder (em particular nenhuma análise é feita sobre os empregados da prefeitura, se eram ou não gasta ou se formavam um aparato de poder que agia à margem da lei, ou que obedeciam de forma quase automática suas ordens, etc. Não há, na sentença nenhuma referência ao deterioro do instrumento e ao domínio do aparato), só faz referência ao domínio conjunto do fato, ou seja, ao domínio funcional próprio de qualquer coautoria, remetendo-se expressamente à doutrina de Roxin a respeito – A sentença cita Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherschaft* (que traduz como Perpetration and control over the act), 6th Edition, Berlin, New York, 1994, p. 278-. É certo que em outra passagem da sentença, o tribunal utiliza a expressão co-perpetrator behind the direct perpetrators/actors - marg. 741, 744 – mas, de novo, não fundamenta tal afirmação na predisposição ao fato do executor ou em definitiva nos argumentos nos que a doutrina alemã fundamenta esta construção, parece adjudicá-la a partir da posição de liderança política do acusado. Portanto não é certo que esta sentença seja precedente da utilização da coautoria mediata, simplesmente é um precedente do uso da coautoria por domínio funcional, qualificada de indireta pelo simples fato de que Stakic não chegou a realizar materialmente nem a contribuição e nem a isenta neste ponto de ulterior e necessária fundamentação. Olásolo, 2011, p. 161, afirma, sem citar a fonte, que a autoria mediata por aparatos de poder se aplicou também em outros casos como por ex. o caso Brdanin, Krajisnik, e outros, mas o certo é que em nenhum destes casos se condenou por autoria mediata por aparatos de poder. No primeiro, certamente, o fiscal tinha tentado ampliar o âmbito da JCE, baseando-se na ideia de co-perpetration, que foi rejeitado pelo tribunal. O problema residia no fato do tribunal não provar que o acusado tivesse participado no plano comum com os executores dos crimes que lhe imputavam, nem que tivesse controle efetivo sobre eles – assim o reconhece a Trial Chamber, Judgement in the Case the Prosecutor v. Radoslav Brđjanin, 1 September 2004, ponto IV. Criminal Responsibility of the Accused. Finalmente aplicou-se a Brđjanin as figuras de aiding e abetting, que deveriam ser formas de cumplicidade, mas o Tribunal, surpreendentemente, exclui delas a necessidade de acordo com os autores principais, com a quais não reconhece como forma de participação – veja também Prosecutor v. Radoslav Brđjanin, Appeals Chamber Judgement, 3 April 2007, marg. 263, 320, 351. No processo Krajisnik castigado por JCE - Momčilo Krajišnik Appeals Chamber Judgement, 13 March 2009. Sobre as condutas de aiding y abetting Boas, Bischoff, Reid, 2007, p. 304 e ss.





65ª CARAVANA DA ANISTIA, FAMÍLIA DE ANISTIADO, UFMG, BELO HORIZONTE/MG, 30 DE NOVEMBRO DE 2012.  
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

à doutrina de Roxin ou a outra que explicasse uma instrumentalização dos executores, com algo que se aproxime mais a uma coautoria direta do que simplesmente reconhecer o domínio do fato de quem ainda atua em fase preparatória realiza uma contribuição considerada essencial. Também podemos encontrar algumas acusações do fiscal que tentaram fundamentar uma coautoria mediata por instrumentalização dos executores<sup>44</sup>. Mas todas estas tentativas foram rejeitadas pelo tribunal que descarta o próprio conceito de coautoria indireta<sup>45</sup>, com o argumento de que não forma parte do costume internacional, embora a JCE esteja firmemente estabelecida<sup>46</sup>.

Afinal, a deficiente descrição que fez o TPIY tanto da coautoria por domínio funcional como da autoria mediata, incluindo de novo entre os delitos imputados ao acusado os desvios do plano comum por parte dos executores qualificados como previsíveis, faz com que a “indirect co-perpetrationship” se aproxime demais nesta jurisprudência à JCE III. Prova disso é que o próprio acusado passa de uma qualificação para outra sem mudar uma vírgula os fatos provados.

44 Sim, encontramos uma verdadeira fundamentação da autoria mediata, no Indictment do fiscal no caso Prlic, novembro de 2005, onde como forma de responsabilidade alternativa ou cumulativa o fiscal propôs a condenação pela execução indireta através de outras pessoas utilizadas como instrumentos mediante aparatos de poder organizados, controlados pelo acusado e nos quais ele tinha um papel chave. A proposta do fiscal, neste caso, foi rejeitada pelo tribunal por não estar recolhida no direito consuetudinário – veja Prosecutor v. Milan Milutinovic et al. Case No. IT-05-87-PT, Trial Chamber, Decision on Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Co-Perpetration Decision of: 22 March 2006.

45 Muito importante foi a decisão de março 2006 no caso Milutinovic, já mencionada, pois nela se formula a questão de que a coautoria indireta é uma forma de autoria recolhida no direito consuetudinário no momento dos fatos. Neste caso a sala estava formada por uma maioria de juizes de formação em common law. Após lembrar os elementos do costume: a prática ou repetição (elemento material) e a atuação na crença da obrigatoriedade dessa prática, ou *opinio iuris* (elemento espiritual), a Sala em primeiro lugar pôs em dúvida se usaram corretamente a construção de Roxin, e em segundo lugar, rejeita que essa postura seja uma norma consuetudinária. Veja também Stakic Appel Judgement, para 62.

46 Ambos JICJ 5 (2007), p.170, qualifica esta afirmação de “ignorância flagrante dos princípios básicos do direito penal”. No entanto, a questão não é tão clara quando definimos o domínio funcional e entramos, por exemplo, nas discussões sobre quem realiza um mero ato preparatório e não o atualiza na fase de execução tem o domínio funcional. Da mesma maneira, não existe acordo doutrinário nem jurisprudencial nem sequer no âmbito continental sobre a figura da autoria mediata por aparatos de poder.

## 2.3 A DOCTRINA ESTABELECIDADA PELA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UM CONCEITO DE AUTOR BASEADO NO DOMÍNIO DE FATO

Como já tinha adiantado, a doutrina da JCE foi rejeitada pela Sala I de Questões Preliminares do TPI no caso Lubanga Dyilo<sup>47</sup>. A Sala afirma que o Estatuto distingue entre autores (principais) e partícipes (acessórios). Mas rejeita tanto uma concepção objetivo formal de autor<sup>48</sup> quanto um critério simplesmente subjetivo de distinção<sup>49</sup>. Para isso, se afiança na definição da autoria no Estatuto, da qual destaca que inclui a execução através de outro<sup>50</sup>, em sua forma mais ampla, ou seja, inclusive quando esse outro não é um agente inocente, senão uma pessoa plenamente responsável<sup>51</sup>. Por isso, adota como base para a definição do autor a teoria do domínio do fato<sup>52</sup>, que inclui o domínio de quem diretamente executa os atos típicos (autoria imediata ou direta), o domínio da vontade dos executores (autoria mediata) e o domínio funcional (coautoria)<sup>53</sup>, seguindo assim a doutrina mais clássica e estendida sobre autoria no *civil law*. Este conceito de autor e a afirmação de que o art. 25.3.a do Estatuto engloba três possíveis formas de autoria: autoria direta, autoria através de outra pessoa ou autoria indireta (ou mediata) coautoria baseada no controle conjunto e coautoria indireta (ou mediata), que juntam na verdade, outras duas formas: a coautoria por domínio funcional (controle conjunto) e a autoria mediata (indireta, através de outras pessoas)<sup>54</sup> tem sido repetido, posteriormente, em várias decisões<sup>55</sup>. Na opinião da Sala, o conceito de autor baseado no domínio do fato tem uma ampla aceitação nos sistemas nacionais, ainda que o certo seja que só consegue citar doutrina alemã e hispano-falante a seu favor<sup>56</sup>.

47 Pre-Trial Chamber I, Lubanga Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803-Ten, 29.01.2007, para. 328 e ss.

48 Este conceito considera autor a quem realiza a ação típica ou algum de seus elementos. Em geral, se considera superado na doutrina continental por não incluir os supostos de autoria mediata. Sobre tudo isto Cerezo Mir, Curso t. III, p. 208 e ss.

49 Para. 338.

50 Para. 333.

51 Para. 339.

52 Conceito baseado na doutrina da ação finalista de Welzel, para quem o autor era quem tinha o domínio finalista do fato, isto é, quem "mediante a direção consciente do curso causal para a produção do resultado típico tem o domínio da realização do tipo" (Welzel, H. H. *Das Deutsche Strafrecht* 11<sup>a</sup> ed. Berlin, 1969, p. 99). O conceito do domínio do fato foi depois desenvolvido por Roxin, *Täterschaft und Täterschaft*, 7<sup>a</sup> ed. 2000, há tradução para o espanhol de Cuello Contreras, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, 2000.

53 Para. 332.

54 "Direct perpetration, perpetration through another person or indirect perpetration, co-perpetration based on joint control and indirect co-perpetration".

55 Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, No. ICC-02/05-01/09, 4 Marzo 2009, para. 210 e ss. Y Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of the charges in the Katanga and Ngudjolo, 30 sept 2008, ICC-01/04-01/07-717, para. 480 e ss, 514.

56 O único anglo-saxão que se menciona é Fletcher, G., em sua obra *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, p. 639, onde o autor norte-americano afirma que praticamente todos os sistemas legais reconhecem a autoria de quem comete o crime utilizando a outro como meio ou instrumento ("perpetration by means"), mas se refere exclusivamente aos casos de utilização de um inocente ou ir-responsável. Assim está regulado no Model Penal Code, §2.06(2)(a). Sobre este preceito Fletcher, ob. cit. P. 666. Sobre o reconhecimento da autoria mediata com agente inocente no Direito norte-americano também Bassiouni, Ch., *Diritto Penale degli Stati Uniti d'America*, 1985, p. 178. É duvidoso pelo tanto que esta referência sirva por si mesma para sustentar que o conceito amplo de domínio do fato manejado

## 2.4 A COAUTORIA DIRETA POR DOMÍNIO FUNCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TPI

A Corte penal internacional imputou crimes cometidos na qualidade de coautor direto por domínio funcional (controle conjunto) do fato nos casos Lubanga<sup>57</sup>, e Banda e Jerbo<sup>58</sup>.

A coautoria por domínio funcional do fato (co-perpetration based on the joint control over the crime) se fundamenta, segundo a Sala de Questões Preliminares I, e acudindo de novo à doutrina clássica continental, na divisão das tarefas essenciais entre dois ou mais pessoas com o propósito de cometer o crime<sup>59</sup>. O primeiro elemento da coautoria seria a existência de um acordo ou plano comum<sup>60</sup>. Mas, na hora de explicar em que consiste o acordo ou plano comum, a Sala<sup>61</sup> afirmou que basta que os coautores combinem realizar um plano com um propósito não criminal e só cometer o crime em certas circunstâncias. Também entende a Sala que se dá o acordo comum se os coautores são cientes do risco de que a realização do plano comum (não dirigido a um propósito criminal) resultará na execução do crime e aceitam tal resultado.

Como segundo elemento, a Sala exige a realização coordenada de uma contribuição essencial que resulte na realização dos elementos objetivos do tipo<sup>62</sup>. Só quem realiza uma contribuição essencial e pode frustrar a execução do delito não contribuindo sua contribuição tem o domínio do fato<sup>63</sup>. A continuação rejeita que só tenha tal domínio quem atua na fase executiva apesar de reconhecer que é uma opinião doutrinal estendida, com o argumento de que o Estatuto não prevê tal restrição. A restrição, sem dúvida, não provém de nenhuma redação legal senão do que se entende pelo domínio do fato e de quem atua só em fase preparatória pode considerar-se possuidor de tal domínio<sup>64</sup>, o que a Sala não estuda.

---

pela sala, que inclui a utilização de uma pessoa responsável, tenha acolhida no direito anglo-saxão.

57 Veja *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, em 29 de janeiro de 2007, assim o entendeu também a Trial Chamber, que o condenou como coautor direto, cargo que em sua opinião tinha eleito a decisão de confirmação de cargos, veja Lubanga judgment Trial Chamber I Judgment pursuant to Article 74 of the Statute In The Case Of The Prosecutor V .Thomas Lubanga Dyilo 14 March 2012 para 978.

58 *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Pre-Trial Chamber I Decision on the confirmation of charges: 7 March 2011.

59 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, de 29 de janeiro de 2007, Para. 342.

60 Para. 343. Curiosamente a Sala denomina este elemento “objetivo” quando na realidade o acordo prévio, elemento de toda a co-delinquência (tanto da coautoria como da participação) só é a construção conjunta do dolo dos codelinquentes e, portanto, um elemento subjetivo – veja Cerezo Mir, *Curso t. III*, p. 233.

61 Par. 344.

62 Par. 346.

63 Par. 347.

64 A doutrina majoritária afirmou que não, pois quem age sozinho na fase preparatória tem que deixar nas mãos de outro a decisão última sobre se o delito foi cometido ou não (Roxin, *Täterschaft*, 292 e ss, Cerezo, *Curso III*, p. 224, Gutiérrez Rodríguez, 2001, p. 369 e ss. Com posteriores citações. Contra Muñoz Conde, F., “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas

Como terceiro elemento, segundo a Sala, o coautor deve agir com o dolo e os demais elementos subjetivos exigidos pelo delito específico<sup>65</sup>. E entende que o art. 30 do Estatuto compreende todas as classes de dolo<sup>66</sup>. Este critério se corrigirá, posteriormente, no caso Bemba<sup>67</sup>, a partir do qual se rejeita o dolo eventual<sup>68</sup>.

A Sala também estabelece que os coautores devam ser conscientes e aceitar mutuamente que a realização de seu plano pode levar à realização dos elementos objetivos do tipo<sup>69</sup>.

E, por último, o sujeito deve ser consciente das circunstâncias fáticas que lhe outorgam o codomínio do fato, o que implica ser consciente de seu papel essencial e de que pode frustrar a comissão se não validar sua contribuição<sup>70</sup>.

---

deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?" em *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001, p. 512 e ss. A própria sala cita autores a favor e em contra sem explicar por quê entende preferível uma solução a outra e seu fundamento.

65 Para. 359. A Sala distingue, acertadamente, o dolo eventual da recklessness, nota 438.

66 Para. 352.

67 Com argumentos discutíveis, partindo de uma errônea equiparação entre dolo eventual e advertent recklessness que, tanto a doutrina continental quanto a anglo-saxônica rejeitaram – veja Melendo Pardos, *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte penal Internacional*, Atelier, 2008, p.86, Fletcher, G. P. *Conceptos Básicos de Derecho penal*, 1997, pp. 175 e 176, Como indica este autor na definição do Model penal Code a *recklessness* equivale a nossa imprudência consciente e na doutrina inglesa a uma imprudência grave (consciente ou inconsciente), não inclui o conceito de dolo eventual. Também como uma forma de imprudência consciente e grave a define Bassiouni, 1985, p. 225-226, e M. E., "Drawing the Boundaries of Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia" em *International Criminal Law Review* n. 6, 2006, pp. 315. A Corte acrescenta uma particular definição tanto do dolo eventual como do dolo direto de segundo grau, que parece seguir a explicação de Eser, A., "Mental Element" em Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, vol. I, 2002, p.915, que particularmente não partilho, ainda que relaxando-a pois Eser fala da certeza da produção do resultado como uma consequência inevitável, o que obviamente não chega a se exigir nas decisões do TPI. Na doutrina, admite que o art.30 pode compreender o dolo eventual por ex. Olásolo, InDret 3/2009, p.15, e eu "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte penal internacional" em Moreno Hernández, (coord.) *El Estatuto de Roma*, México, 2004, pp. 136 e ss.

Ainda que alguns autores espanhóis e alemães certamente identificam o dolo direto de segundo grau ou dolo de consequências necessárias como aquele cujo resultado se prevê como seguro ou praticamente seguro, muitos outros autores rejeitamos que o dolo direto de segundo grau corresponda com a previsão de um determinado grau de certeza ou de provabilidade do resultado. Veja Gil Gil, Lacruz, Melendo Núñez, 2010, pp. 235 e ss., Cerezo Mir, *Curso*, t. II, p. 146 e ss., Stratenwerth, *Derecho penal Parte general*, I, 2005, p.164, marg. 108, Jakobs, AT, p.268, marg. 18, PG, p.324, marg.18. Quando a realização do tipo, ou a produção do resultado não é o fim que persegue o sujeito ao agir, mas é uma consequência de que o sujeito prevê como *necessariamente unida* à consecução de seu fim, esse tipo ou esse resultado tem sido compreendido com dolo direto de segundo grau. Pelo tanto, se o sujeito estima que, para conseguir seu fim, é necessário realizar o resultado típico, o implicará com dolo direto de segundo grau, por poucas possibilidades que assinala tanto à consecução de seu fim, como consequentemente também à produção do resultado necessariamente unido aquele. Ainda, representações de uma provabilidade mais ampla continuaríamos sendo casos de dolo eventual se o resultado não é o fim nem se vê como necessariamente unido à consecução do fim, senão como uma consequência provável com cuja provabilidade se conta, enquanto que se o sujeito confia que seu domínio do curso causal conseguirá evitar tal resultado, estaremos ante uma imprudência consciente.

Esta exclusão do dolo eventual implicou também uma mudança na qualificação jurídica de Bemba que passa de ser inicialmente acusado como co-autor a ser acusado sob a figura da responsabilidade do superior hierárquico. Veja Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009.

68 Veja no mesmo sentido The Prosecutor vs. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012 para. 411.

69 Para. 361 e ss.

70 Para. 367.

## 2.5 A COAUTORIA MEDIATA ATRAVÉS DE APARATOS DO PODER HIERARQUIZADO NA DOUTRINA DO TPI

### 2.5.1 Fundamentação da eleição desta figura

Ainda que algum autor tenha querido ver uma aplicação da autoria mediata por aparatos de poder em múltiplas decisões dos tribunais internacionais<sup>71</sup>, o certo é que, até o momento, só encontramos três decisões de confirmação de cargos nas quais verdadeiramente se aplica a teoria do domínio por aparatos de poder. São as da Sala de Questões Preliminares I no caso Katanga e Ngudjolo<sup>72</sup> em 30 de setembro de 2008 e da Sala de Questões Preliminares II no caso contra William Samoei Ruto<sup>73</sup> e no caso Francis Kirimi Muthaura e Uhuru Muigai Kenyatta<sup>74</sup>, ambas de 23 de janeiro de 2012. Nestas três decisões, as Salas de Questões Preliminares I e II elegeram, como veremos a seguir, alguns dos critérios nos quais Roxin fundamenta o domínio de fato por domínio da organização e analisaram sua possível concorrência no caso concreto.

O certo é que há outros casos que poderiam ter agido do mesmo modo e não agiram, optando, em troca, por uma coautoria direta por domínio funcional, sem que ficasse claro por que se elegeu uma ou outra teoria.

A doutrina que defende a coautoria por domínio funcional do dirigente e afirma que contribuições como a planificação, organização e direção na fase preparatória podem proporcionar tal domínio<sup>75</sup>, é oposta à teoria da autoria mediata por aparatos de poder<sup>76</sup>. É precisamente essa oposição que

71 Olásolo, H., *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, 2011, pp. 159 e ss.

72 *The Prosecution vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, em 30 de setembro de 2008.

73 Pre-Trial Chamber II In The Case Of The Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012.

74 Pre-Trial Chamber II The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012.

75 Muñoz Conde, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?” em *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 518, contra a opinião da maioria, e a favor da interpretação mais ampla que estão fazendo os tribunais, considera que, em determinados casos de delinquência organizada, pode se considerar autor o dirigente organizador que age exclusivamente na fase preparatória. Desta opinião, são também outros autores espanhóis que defendem igualmente que quem age só na fase preparatória pode ter o codomínio de fato, como Ferré Olivé “Blanqueo de capitales y criminalidad organizada” em *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, p.96-97 ou Marín de Espinosa *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002 pp. 140-141. Ainda que pode-se dizer que esta opinião é minoritária, em nossa doutrina. Assim constata Fernández Ibáñez, *La autoria mediata en aparatos organizados de poder*, 2006 p. 283.

76 Na Espanha, alguns dos autores que rejeitam a formulação de Roxin da autoria mediata por aparatos de poder organizados propõem castigar o homem que está por trás como coautor. Por ex. Conde Pumpido, *Código penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, 1997, p. 21 Ferré Olivé, 1999, pp. 96-97, Marín de Espinosa, 2002, p.134, 137 e ss. e Muñoz Conde, “Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada”, em *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999. p.155 e ss., Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal Parte General*, 6ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p.456 para as organizações criminais

costuma ampliar a coautoria, afirmando o domínio de quem atua em fase preparatória<sup>77</sup>. Em troca, a Corte admite ambas as formas de domínio que, de fato, ampliam a autoria notavelmente além do conceito objetivo formal, da autoria mediata tradicional, limitada ao instrumento irresponsável, e inclusive à coautoria funcional majoritariamente aceita, limitada a quem, sem realizar atos executivos, ao menos age, ou atualiza, sua contribuição na fase executiva<sup>78</sup>. Admitindo as duas possibilidades, a opção por uma ou outra deveria radicar em se o superior age *junto com* seus subordinados ou, pelo contrário, atua *através de* seus subordinados<sup>79</sup>. A Corte não analisa este caso para eleger uma ou outra forma de intervenção. Parece que a eleição é mais bem oportunista, segundo como tenha definido os cargos o fiscal ou, quando o fiscal apresentou as duas possibilidades a Corte vê incluso a coautoria mediata como uma possibilidade subsidiária da coautoria direta, que entende prevalente<sup>80</sup>.

Na opinião da Corte penal internacional à respeito da autoria mediata (indirect perpetration): O líder deve utilizar seu controle sobre o aparato para executar os delitos, o que significa que o líder, como autor por trás do autor, mobiliza sua autoridade e poder dentro da organização para assegurar o cumprimento de suas ordens. O cumprimento deve incluir a realização de

---

não estatais nem para-estatais. Para as estaduais e para-estaduais aceita a autoria mediata por aparatos de Roxin, veja Muñoz Conde / García Arán, 2004, p. 454.

77 A jurisprudência espanhola nunca condenou alguém na aplicação da teoria da autoria mediata por aparatos de poder, pelo contrário, imperou a tese da coautoria para imputar aos dirigentes os delitos cometidos pelos subordinados. Às vezes, exigindo a atualização da direção na fase executiva, outras pressupondo que o dirigente organizador tem o domínio de fato ainda quando só atue na fase preparatória, e outras muitas pela via de considerar verdadeiros autores aos indutores e os cooperadores necessários. Veja Gil Gil, em Ambos, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, 2008, p. 89 e ss. Sobre a tendência de nossa jurisprudência em considerar aos indutores e cooperadores necessários como verdadeiros autores e suas causas veja Bacigalupo, "La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Diario La Ley*, N° 6962, Sección Doctrina, 6 Jun. 2008, Año XXIX (La Ley 20145/2008) pp. 3 e ss.

78 A maioria da doutrina espanhola defensora de um conceito de autor baseado na ideia do domínio de fato exige que o coautor atue na fase executiva com uma contribuição que, embora não seja típica, considere essencial segundo o plano comum para a realização do delito. A doutrina também costuma entender que não basta para considerar como essencial uma contribuição com afirmar a capacidade do codelinquente de impedir a realização do delito, mesmo que o TS interpretou a essencialidade neste sentido em alguma ocasião, senão que se trate da possibilidade de evitar o fato mediante a não prestação de sua contribuição de perspectiva *ex ante*. veja Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, pp. 392 e ss. com abundantes citações doutrinárias Cerezo Mir, "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española" em *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, p. 176-177, Gómez Benitez, "El dominio del hecho en la autoria (validez y límites)", em *Estudios penales*, 2000 pp. 120, 135-136.

79 Uma parte da doutrina vê outra diferença na ausência, na opinião de acordo mútuo entre o dirigente e o executor material nestes casos, rejeitando por isso a solução da coautoria e optando autoria mediata por aparatos de poder. Entre outros, sustentam este argumento contra a solução da coautoria Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoria mediata con aparatos organizados de poder* 2004, p. 129, Fernández Ibáñez, *La autoria mediata en aparatos organizados de poder*, 2006, p. 260, Cerezo Mir, *Curso*, t. III, 2001, p. 218, nota 52, Gutiérrez Rodríguez, 2001, p. 375, Pérez Cepeda, "Criminalidad de empresa: problemas de autoria y participación", *RP La Ley*, n° 9, 2002, p. 117. Porém, é preciso dizer que o TS espanhol interpretou o elemento do mútuo acordo de maneira muito ampla, aceita o acordo tácito e coetâneo à realização dos fatos, mas também basta ao TS, em ocasiões, o simples conhecimento ou, inclusive, a não oposição para imputar em coautoria. O TS aprecia o acordo de vontades, portanto sem necessidade de contato entre todos os coautores, bastando que a informação tenha chegado a todos eles através dos estamentos intermediários. Poderia, portanto afirmar que o TS aceita que o cumprimento de uma ordem ou encargo é unir a um acordo de forma tácita, como é, também, aprovar ou consentir a operação desenhada por uns subordinados para ser executada por outros que aceitam a missão. Sobre a aceitação do acordo tácito e coetâneo na doutrina espanhola veja Gutiérrez Rodríguez, 2001, p. 160 e s. com posteriores citações na nota 135, e p. 164 e s. com citações da doutrina e jurisprudência do TS em nota 142 e García del Blanco, V., *La coautoria en Derecho penal*, 2006, p.557, que destaca a escassa prova que exige o TS para afirmar a existência de um acordo coetâneo e tácito, bastando estar presente e não se opor, ou deduzindo da ação conjunta realizada, etc.

80 Veja, por ex. The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges: 7 March 2011. A Sala confirma os cargos por coautoria direta, aqui também a Sala especifica que a coautoria é entre os superiores e subordinados. O fiscal tinha acusado como coautores ou coautores mediatos alternativamente (para 124). A Sala opta pela coautoria direta, e previamente decidira que só se não encontrasse fundamento à coautoria direta, examinaria a mediata (para 125), como se essa fosse uma forma de responsabilidade subsidiária.

algum dos crimes sob a jurisdição deste Tribunal. E, em relação à coautoria mediata (indirect co-perpetration), ela é aplicável quando todos ou alguns dos coautores realizam suas respectivas contribuições essenciais ao plano comum através de outra pessoa.

Na decisão de confirmação de cargos no caso contra Katanga e Ngudjolo a Sala explica com detalhe a teoria da autoria mediata por domínio da organização seguindo a Roxin, e estabelece que seja autor o homem por trás que controla a vontade do executor<sup>81</sup>. A Sala lembra que, apesar das críticas da doutrina a esta formulação, o certo é que os redatores do Estatuto decidiram introduzir a figura do autor que utiliza um instrumento responsável<sup>82</sup>. Na opinião da Sala, seguindo alguns comentaristas do Estatuto<sup>83</sup>, essa referência conduz diretamente à teoria da autoria mediata pelo domínio da organização<sup>84</sup>. Mas a verdade é que isso não supõe automaticamente que a fundamentação dessa forma de autoria, certamente imposta pelo legislador, seja a teoria de Roxin, e não por exemplo a de Schroeder ou outras, a quem também remetem os comentaristas citados pela Sala. Porém, também é certo que, dentro da ampla oposição doutrinal que recebeu a ideia do autor mediato com instrumento responsável, a doutrina aparentemente mais seguida nas poucas decisões judiciais que no direito comparado tem aplicado esta figura, foi a de Roxin (aparatos de poder), ou ela complementada pela teoria de Schroeder (disposição ao fato). A respeito, há que assinalar que a Sala afirma que são muitas as jurisdições nacionais que a aplicam<sup>85</sup>, mas, na realidade, só pode citar cinco<sup>86</sup>, entre os 120 países que fazem parte no Estatuto<sup>87</sup>. A Sala cita, de forma errônea, sentenças nacionais, que, contra ao que ela afirma,

81 Par. 486: “has control over the will of those who carry out the objective elements of the offence (commission of the crime through another person)” e marg. 497.

82 Para. 499.

83 Cita por ex. Ambos, K., “Article 25: Individual Criminal Responsibility”, en Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., 2008, n. 10-13; Ambos, K., *Internationales Strafrecht*, 2006, 7/27; Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J. (Ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court A Commentary*, Vol.1, 2002, p.794 (que faz referência exclusiva à doutrina de Roxin para integrar esta figura, senão também à de Schroeder, nota 108, e outras possíveis situações de superioridade do homem por trás, apesar de que o executor é penalmente responsável); Kreß, C., “Organisationsherrschaft und Völkerstrafrecht”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 307-308; Satzger, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2005, § 14 n. 43; Vogel, J., “Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zu den Regelungsmodellen der Beteiligung”, 114 *ZStW*, 2002, p. 421; Werle, G., *Völkerstrafrecht*, 2003, p. 159, marg. 408, (Veja também a segunda edição, *Tratado*, 2ª ed. p. 301, marg. 483 e 484).

84 Par. 501.

85 Par. 504.

86 Nota 666. A Corte cita jurisprudência alemã, peruana, chilena, argentina e espanhola. Existem mais sentenças que as citadas pela Corte que aplicaram – não sempre corretamente – a teoria do domínio de fato por domínio da organização. Veja Maculán, E., em Gil Gil, A. y Maculan, E., (coords.), “Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales”, no prelo.

87 Um estudo sobre a responsabilidade de dirigentes de organizações em diversos países pode ser visto em Sieber e Cornils (eds) *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Teilband. 4*, Duncker & Humbold, 2010. O certo é que há muitos países com diferentes conceitos de autor, não baseados no domínio de fato, que não reconhecem a autoria mediata, ou que punem o organizador ou diretor de diversas maneiras. Por ex. qualifica-o diretamente como autor o código penal chinês (p. 7), recolhe um conceito objetivo-formal de autor o CP francês (p. 77), onde o autor mediato pune como indutor (p. 79). Existem legislações em que se admite só a autoria mediata com instrumento irresponsável como a legislação de Costa de Marfim, (p. 35 e 362), ou o Model Penal Code dos Estados Unidos. Também admitem a autoria mediata com agente inocente Inglaterra e Gales (p. 55), onde em troca se conhece também a figura da Joint criminal enterprise. Extrair princípios comuns do direito comparado é uma tarefa complexa, por não dizer, impossível.

não aplicaram a teoria da autoria mediata por aparatos de poder de Roxin<sup>88</sup>, junto com outras que aplicaram uma mescla dessa teoria e da disposição ao fato de Schröder<sup>89</sup>, sem que a Corte, no entanto, pareça ter acolhido este “complemento”, sentenças que tenham aplicado erroneamente segundo a doutrina e outras que foram cassadas pelos tribunais superiores que “aparentemente” rejeitavam a figura<sup>90</sup>.

88 É falso por ex. que a STS espanhol de 02/07/1994 aplicasse a autoria mediata por aparatos de poder organizados. A decisão foi criticada pela doutrina espanhola de maneira quase unânime, pois não responde a nenhuma das categorias de autoria mediata admitidas, senão que parece considerar o prefeito como autor mediato por sua posição institucional. Veja Vives Antón, *Comentarios al Código penal de 1995*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 281, Olmedo Cardenete, *Artigos 27, 28, 29*, em Cobo del Rosal, (dir) *Comentarios al Código penal*, tomo III, Ederesa, Madrid, 2000, p. 207 e ss. ou mesmo 1999, p. 650 e ss. Hernández Plasencia, *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, Comares, 1996, p. 150. Como a doutrina manifestou não seria um caso de autoria mediata mas de participação psíquica (necessária ou não) - Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 85- ou de provocação do art. 18 - Olmedo, *La inducción como forma de participación*, Madrid, Edersa, 1999, p. 652-, ou do 510 Cp - Hernández Plasencia, 1996, p. 150 -. A favor da sentença, pelo contrário, López Barja De Quiroga, *Derecho penal Parte General*, III, Madrid, Ed. Leynfor Siglo XXI, 2001, p. 329-330. Da teoria dos delitos consistentes na infração de um dever, tenta defender a decisão do TS Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “La responsabilidad de las autoridades ante desórdenes públicos racistas (um comentário tardio, mas atual, para a S.T.S. de 2 de julho de 1994)” em *Cuadernos de política criminal*, N° 70, 2000, pp. 245 e ss. E a outra resolução espanhola citada pela Sala é o Auto de 29 de março de 2006 do juizado central de instrução n. 5 da Audiência Nacional (juiz Grande Marlaska) decretando prisão contra o dirigente de Batasuna Arnaldo Otegi, mas o juiz não desenvolve o conceito de autoria mediata na qual se fundamenta, ao mencionar como possível título de imputação sem chegar a decidir-se por ele ou pelo da indução ou execução por omissão. p. 98. Sobre todas estas resoluções veja Gil Gil, em Ambos, *Imputación* [...] pp. 87 e ss. Em Espanha a doutrina da autoria mediata por aparatos de poder nunca se aplicou em uma sentença condenatória, porém cita em várias resoluções como possibilidade teórica, por ex. na STS 17/07/2008 caso 11-M- ou no Auto de 28/04/2008 da AN de denegação da extradição de Isabelita Perón, onde o tribunal mantém o requisito, questionado por uma parte da doutrina, de que a organização deve atuar à margem da lei.

89 O caso provavelmente mais relevante foi a condenação do ex-presidente peruano Alberto Fujimori - sentença da Corte Suprema de Justiça da República do Peru, Sala Penal Especial, em 7 de abril de 2009, e sentença confirmatória da Primeira Sala Transitória, em 30 de dezembro de 2009-, que não mantém uma versão pura da teoria, mas combina os requisitos tradicionais da formulação de Roxin com outros próprios da doutrina do autor detrás do autor de Schroeder, resumindo nos seguintes cinco outros a fundamentação da responsabilidade como autor mediato do dirigente da organização: 1 - A existência de uma organização hierárquica, com assinação de funções para seus membros, que permita um funcionamento automático 2 - O poder de ordem do autor mediato 3 - A desvinculação ou afastamento da organização do Direito 4 - o gasto do executor 5 - a predisposição do autor direto à realização de fato ilícito. Este último ponto, próprio da elaboração de Schroeder, veja *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin, 1965, foi admitido por Roxin em ZStrR, 125, 2007, pp. 1 e ss., e dali adota a sentença, que reconhece também sua aplicação por exemplo por Tribunal Supremo Federal Alemão, na sentença emitida contra os integrantes do Conselho de Defesa Nacional da República Democrática Alemã, ou pela própria Sala Penal Nacional Peruana na sentença do caso Guzmán Reynoso - fundamento jurídico décimo terceiro da sentença emitida pela Sala Penal Nacional de treze de outubro de dois mil e seis [Expediente acumulado 560 - 2003]. En Internet: [www.gacetajuridica.com.pe](http://www.gacetajuridica.com.pe) -. A sentença, assumindo uma postura que denomina “integradora”, afirma que os critérios do gasto e da disposição ao fato não são incompatíveis - Marg. 739.4-, como recentemente tinha reconhecido Roxin, mas contra a opinião de Schroeder, que vê o segundo como fundamento único da responsabilidade a título de autor do superior. Schroeder, “Disposición al hecho versus fungibilidad” em Ambos e Meini, *La autoría mediata*, 2010, ob. cit. Pp. 117 e ss. opina que o único elemento que fundamenta o domínio do homem por trás, também em aparatos de poder, é a disposição ao executor, enquanto que o gasto só é um meio, que oferece instrumentos dispostos ao fato. E mais, na opinião tanto do Tribunal Supremo alemão contra os dirigentes da DDR, ou contra os membros do Escritório político da SED, como a decisão da Sala penal Nacional peruana no caso Guzmán Reynoso teriam fundamentado mais na teoria do aproveitamento da disposição incondicional ao fato do executor, em troca não fica claro o fundamento real da sentença Fujimori pela escassa subsunção do caso concreto na teoria dogmática desenvolvida pelo tribunal. Recentemente, Roxin afirmou que esse requisito da predisposição do autor não é um requisito independente nem é o fundamento do domínio do homem por trás. Em uma “renovada reflexão” e à raiz precisamente desta sentença, Roxin afirmou, no entanto que o critério da “elevada disposição ao fato do executor”, ainda que empregado na fundamentação da autoria mediata no âmbito de um aparato de poder organizado, não constitui um pressuposto autônomo, senão que é derivado de outros elementos do domínio por organização. Trata-se, em sua opinião, de um fenômeno que consegue com três colunas do domínio por organização: o poder de mando, o afastamento do direito, e o gasto, e que fortalece a fundamentação para a afirmação do domínio do fato, do homem de trás, que definitivamente depende da segurança com as quais eles podem cumprir sua ordem. Veja Roxin, “Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú”, em Ambos e Meini, *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010, pp. 100 e 101.

90 A respeito da jurisprudência argentina, a Sala cita expressamente a sentença da Câmara Nacional de Apelações em 9 de dezembro de 1985, que condenou como autores mediatos os Comandantes e rejeita expressamente, pelo contrário, a da Corte Suprema de Justiça Argentina, em 30 de dezembro de 1986, que aparentemente rejeitou essa qualificação trocando-a pela de cooperadores necessários - Katinga e Ngudjolo, Decision on the confirmation of charges, ob. cit., margs. 504 e 505-. Sobre estas decisões Faraldo P., 2004, pp. 32 e ss. O certo é que três magistrados votaram a favor da autoria mediata e dois contra com o argumento de que a teoria do domínio de fato, por domínio da organização, não tinha alcançado reconhecimento geral na doutrina e na jurisprudência. Veja sobre esta aparente disparidade entre a parte dispositiva e os votos e os motivos dela, Sancinetti, M., *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, 1988, p. 243. A solução da autoria mediata por aparatos de poder não ganhou adeptos na doutrina argentina, que defende múltiplas soluções como as da coautoría ou a indução - veja sobre isto com detalhe Malarino, em Ambos, (coord.), *Imputación de crimes de los subordinados al dirigente*, 2008, ob. cit., p. 68 e ss. Apesar disso, a figura foi retomada na jurisprudência argentina posterior e é amplamente aceita para o castigo dos crimes cometidos pela ditadura - veja a jurisprudência citada por Malarino, em Ambos, *Imputación*... ob. cit., 2010, p. 68, nota 10, combinando-a com outras soluções como a da participação necessária - ob. cit., pp. 63 e ss. Como indica Malarino - p. 68 -, a jurisprudência posterior parece ter relaxado perigosamente a exigência da prova de alguns dos requisitos da autoria mediata por aparatos de poder hierarquizados, em particular, “a prova do controle da organização e da dação das ordens limita-se em muitos casos exclusivamente a uma prova do cargo ou posição do superior na estrutura militar ou policial (*prova do status*)”.

Mas, apesar de seus infrutíferos esforços em argumentar o reconhecimento nacional<sup>91</sup> e internacional<sup>92</sup> desta figura, a Sala tem razão ao afirmar que a oposição à figura do domínio de fato por domínio da vontade é fundamentada na rejeição da autoria mediata com instrumento responsável<sup>93</sup>, e que sim o Estatuto impõe o reconhecimento desta figura deve buscar o melhor fundamento, e desde já Roxin tem hoje mais apoio que outros. Porém, não seria demais que a Sala indicasse por que prefere este critério e não o da predisposição ao fato, proposto por uma parte da doutrina para fundamentar a responsabilidade como autor do homem por trás e utilizado pela maioria das sentenças citadas como complemento à teoria do aparato de poder.

Por outro lado, a Sala argumenta, numa afirmação que não tem relação com o domínio de fato, que a maior posição na hierarquia corresponde a uma maior responsabilidade<sup>94</sup>, o que parece nos aproximar rapidamente a um critério de autor diferente, baseado, quiçá, na infração de deveres, e não necessariamente no domínio de fato, ao menos não acompanhada da prova no caso concreto do domínio da organização.

## 2.5.2 Descrição e requisitos

Na decisão de confirmação de cargos no caso contra Katanga e Ngudjolo, a Sala explica como funciona o domínio de fato mediante o domínio da organização<sup>95</sup>. Assina a necessidade de tratar de uma estrutura baseada em relações hierárquicas, que o acusado exerça autoridade e controle sobre a organização de maneira que os subordinados cumpram suas ordens e esse cumprimento,

91 Da mesma opinião, Werle e Burghardt, “Coautoria mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?” em *Revista penal*, n. 28, julho, 2011, pp. 200 e 201.

92 Cita também a Sala – par. 506 – a sentença de primeira instância contra Stakic, que como comentamos anteriormente, foi cassada pela Sala de apelações do TPIY, que rejeitou a coautoria indireta. Tampouco pode dizer que, em primeira instância, aplica-se a teoria do domínio de fato por domínio da organização, já que não analisou nenhum dos requisitos. E o caso Bemba, ser ante o próprio TPI, na qual tampouco a qualificação como autor mediato prosperou, sendo substituída pela de responsabilidade do superior hierárquico. Como assinado anteriormente - veja supra nota 69 – também as ordens de apreensão fundamentavam a qualificação de autor mediato, por que não podia saber em que teoria se apoiava. Como afirma Werle y Burghardt, “Coautoria mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?” em *Revista penal*, n. 28, julho, 2011, p. 200 e 201, o certo é que antes de entrar em vigor o Estatuto de Roma a autoria mediata não estava regulamentada no Direito Penal Internacional nem tinha sido aplicada pela jurisprudência internacional. Nesse sentido Jessberger, F, e Geneuss, “On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. German Doctrine at The Hague?” em *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008, p. 868, indicam que a autoria mediata nunca aplicou ou recopilou a nenhum texto de Direito Penal Internacional antes, só pode afirmar que a autoria mediata com agente inocente forma parte de muitos sistemas legais nacionais, mas é excepcional a aceitação do domínio da organização.

93 A respeito, assinalam Jessberger, F, e Geneuss, J., ob. cit., 2008, p. 857, que: a inclusão do instrument responsible aparece pela primeira vez na redação do Art. 25(3)(a) no texto apresentado pelo presidente do Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties em 19 de fevereiro de 1997; veja Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties, Chairman’s Text (A/AC.249/1997/WG.2/CRP.2/ Add.2). Inicialmente a autoria mediata tinha limitado expressamente ao uso de um instrumento inocente, veja Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Informal Group on General Principles of Criminal Law, Proposal of 26 August 1996 (A/AC.249/CRP.13), Art. B Proposal: ‘[A] person shall be deemed to be a principal where that person commits the crime through an innocent agent who is not aware of the criminal nature of the act committed such as a minor, a person of defective mental capacity or a person acting under mistake of fact or otherwise acting without mens rea.’

94 Para. 503.

95 Para 511 e ss.

deve incluir a realização de crimes de competência da Corte. O aparato também deve atuar de maneira quase automática, o que permite ao líder ter certeza do cumprimento. Isso se atinge mediante a fungibilidade do executor que garanta que a negativa de um subordinado não frustrará os planos do dirigente.

Quando não estão presentes, os requisitos que fundamentam o domínio de fato do superior que dá a ordem, ele responderá (como partícipe do art. 25.3 b) e não como autor<sup>96</sup>.

Porém, nesta decisão, que se dá no caso que tem que ver com o uso de meninos soldados, a Sala acrescenta outro fundamento ao domínio de fato por domínio da organização, que não aparece em outros casos. Em sua opinião, não só a fungibilidade garante o automatismo da organização no cumprimento das ordens, mas também outros métodos como regímenes violentos, estritos e intensos de treinamento como, por exemplo, quando os subordinados foram sequestrados e treinados de forma dura desde crianças<sup>97</sup>. A sala não apoia em nenhuma doutrina ou jurisprudência esta ampliação da fundamentação do domínio de fato, mas poderia quiçá pensar que com esta apreciação nos aproxima da doutrina da disposição ao fato do executor, ou simplesmente, como indica Ambos<sup>98</sup>, que se manifesta em certos fatores “fracos” uma estrutura hierárquica com defeito de uma hierarquização mais formal, própria dos aparatos estatais, mas geralmente ausente nos não estatais.

A Sala não menciona o requisito da desvinculação ou afastamento da organização do Direito, requisito discutido por uma parte da doutrina<sup>99</sup>, mas que foi mantido por algumas das sentenças nacionais mais relevantes que aplicou a formulação de Roxin<sup>100</sup>.

96 Para. 517.

97 Para. 518.

98 Ambos, K., en InDret 3/2011, p. 9 e ss. , não renuncia a exigir também nos aparatos não estatais um certo grau de hierarquização vertical, com uma linha de mando clara, mas parece que em sua opinião este requisito poderia flexibilizar-se algo e completar-se com outros sistemas de controle, de maneira que o controle dos executores fundamentaria não *primeiramente* na formalidade de um hierarquia (ou de outras formalidades), senão em certos fatores “fracos”, como o citado ou a afiliação de origem assim como nos vínculos sócio-familiares ou fáticos. Tomados em seu conjunto, estes fatores criam um tipo de autoridade “pessoal” em volta do líder das milícias, o que garante o controle da organização e de seus integrantes, p. 16. Em todo caso, reitera que a organização tem que estar estruturada hierarquicamente e deve ser grande, de tal maneira que a influência repressiva para a atuação que parte do vértice da organização possa ser transmitida de maneira anônima a todos os membros (tanto os conhecidos pessoalmente como os que não são) com a firmeza suficiente.

99 A favor de prescindir do requisito da desvinculação ao Direito na doutrina espanhola, cfr. Bolea Bardón, C., *Autoria mediata en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 337 e ss.; Núñez Castaño, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 18 2 e ss.; Marín de Espinosa, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, 2002, p. 89; Fernández Ibáñez, *La autoria mediata en aparatos organizados de poder*, 2006, p. 235. A favor de manter o requisito da desvinculação ao Direito em seu sentido originário, Faraldo Cabana, 2004, p. 100.

100 Assim por ex. sentença da Corte Suprema de Justiça da República do Peru, Sala Penal Especial, em 7 de abril de 2009, e a sentença confirmatória da Primeira Sala Transitória, em 30 de dezembro de 2009. Também a favor do requisito a Audiência Nacional espanhola: Id Cendoj: 28079220022008200024, Audiência Nacional. Sala do Penal, Seção: 2 N° de Recurso: 12/2007 AUTO n° 8/2008, de 28/04/2008, FJ 7°: “A aplicação da teoria da autoria mediata construída pela dogmática alemã exige que a organização funcione como uma totalidade à margem do Ordenamento jurídico, já que se atua ligada aos princípios próprios de um Estado de Direito, submetido à lei, “a ordem de executar ações punitivas não serve para fundamentar o domínio porque as leis têm o nível maior e, por norma, excluem a execução de ordens antijurídicas e, assim, o poder da vontade do inspirador”.

A Sala também resume como pode cometer o delito em coautoria mediata: quando cada um dos acusados realiza uma parte do delito, divide as tarefas de comum acordo, e cada um realiza sua parte (que pode ser executiva ou não) através de outro ou outros<sup>101</sup>. Esta formulação permite que a Sala atribua a um acusado os crimes cometidos por sujeitos que não são seus subordinados nem obedecem às suas ordens com o argumento da mútua atribuição dos aportes de cada coautor<sup>102</sup>.

Segundo a doutrina propulsora da aplicação feita pelos tribunais internacionais da coautoria mediata, a coautoria baseada no domínio funcional compartiria com a JCE a definição do autor do plano comum e uma contribuição para esse plano, mesmo quando ela própria não consista na realização de atos executivos, mas a diferença dela acrescentaria como elemento essencial à importância da contribuição exercida pelo sujeito, que não sendo executiva, lhe proporcionaria o domínio funcional de fato<sup>103</sup>. Por outro lado, se à compreensão ampla do domínio funcional somamos a teoria do domínio de fato através do domínio de um aparato de poder organizado temos, na opinião de Olásolo<sup>104</sup>, várias possíveis formas de coautoria mediata:

- (i) quando vários superiores que têm um controle partilhado sobre uma determinada organização e o utilizam de maneira coordenada para assegurar a execução do delito; (variante denominada autoria mediata em coautoria)<sup>105</sup> e
- (ii) quando vários superiores, que dirigem diferentes organizações (ou partes delas), as utilizam para executar de maneira coordenada um plano comum, esta variante se denomina coautoria mediata<sup>106</sup> ou coautoria entre autores mediatos<sup>107</sup>.

Porém, ainda seria possível uma terceira modalidade de combinar coautoria e autoria mediata: quando um dos coautores é simplesmente por aportar uma contribuição essencial, ou seja, por domínio funcional, enquanto que os outros exercem sua parte através de uma organização sob

---

101 Para. 519 e ss.

102 Assim destaca também Ambos, K., "Sobre la "organización" no domínio da organização"; em InDret 3/2011, p. 12: "Não obstante, a Sala de Assuntos Preliminares do TPI imputou aos processados – mediante uma curiosa combinação de autoria mediata (domínio da organização) e coautoria como *coautoria mediata* [*"mittelbare Mittäterschaft"*] ("*indirect co-perpetration*")<sup>58</sup> – não só os fatos dos próprios subalternos, mas também os de cada um dos outros, já que tinham intervindo em virtude de um plano comum, sempre tinham efetuado uma contribuição fundamental e tinham controlado conjuntamente a totalidade do assalto" em relação ao caso Katanga e Ngudjolo Chui.

103 Segundo Olásolo e Pérez Cepeda a coautoria baseada no domínio funcional comparte com a JCE o começo para definir o autor do plano comum e uma contribuição ao plano, ainda mais ela não consiste na realização de atos executivos, mas a diferença dela acrescenta como elemento essencial a importância da contribuição exercida pelo sujeito, que ainda sem ser executiva, proporcionaria o domínio funcional de fato – Olásolo y Pérez Cepeda, *The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Staki'c Case*1 em *International Criminal Law Review* 4: 2004, p.477.

104 Olásolo, 2011, p. 162.

105 Werle y Burghardt, "Coautoria mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?" em *Revista penal*, n. 28, julho, 2011, p. 205.

106 Werle y Burghardt, 2011, p. 204.

107 Sancinetti, M., *Derechos humanos en la Argentina posdictatorial*, 1988, p. 31.

seu controle. Dessa maneira, o primeiro é coautor direto de um coautor mediato. Aceitar esta modalidade facilitaria a imputação como autor em casos como Ruto, na qual o acusado realiza uma importante tarefa de organização, coordenação ou contribuição de meios essenciais, mas não fica claro seu poder de comando, e nem a existência de uma organização hierárquica na rede de pequenas organizações dirigidas por diversos líderes que se unem aparentemente só em torno de um objetivo comum. Esta poderia ter sido, também, a fundamentação do caso Stakic, perante o TPIY, pois se argumenta sua contribuição essencial ao fato, ao facilitar meios

## É de se esperar que as ordens de prisão careçam de uma análise detalhada dos requisitos do domínio de fato somente por sua finalidade e carácter preliminar, e que esses déficits sejam corrigidos depois nas Decisões de confirmação de cargos [...].

essenciais para a realização do delito, mas sem explicar sua participação através de outros, segundo alguma das teorias do domínio de fato. Se as tarefas de direção e organização ou o aporte de certos meios são definidas pela Corte como aportes essenciais de própria mão que conferem o domínio funcional de fato – o que, pessoalmente, não considero convincente<sup>108</sup>–, não é necessário já forçar uma argumentação do domínio de uma organização que, muitas vezes, não corresponderá com a realidade.

As ordens de apreensão, pelo contrário, são de pouca ajuda para apreciar a decisão da Corte na matéria, em primeiro lugar porque costumam conter uma série de títulos de imputação de

forma alternativa, sem decidir ainda por algum, e sem fundamentá-lo. Veja, por exemplo, as de Jean Pierre Bemba Gombo<sup>109</sup>. Nas duas, se qualifica provisionalmente Bemba como coautor ou autor mediato (“through other persons”), recolhidos no art. 25.3<sup>a</sup> do ER. Olásolo afirma que nesta decisão a Sala aplica a autoria mediata por aparatos de poder organizados<sup>110</sup>. Porém, não há dados suficientes nas decisões citadas que permitam afirmar que seja essa a doutrina aplicada. Nada se argumenta nelas sobre a existência de um aparato de poder organizado que atue à margem da lei, a fungibilidade de seus integrantes, o domínio de Bemba sobre essa organização e quer tenha utilizado ou controlado para cometer o delito. Mas, quando as ordens de apreensão optam claramente por uma qualificação de coautoria indireta<sup>111</sup>, o certo é que

<sup>108</sup> Como explicaremos, formula-se o problema de como definir a contribuição “essencial” e pelo tanto outorgadora do domínio funcional de fato, e da distinção do coautor assim configurado do cooperador necessário.

<sup>109</sup> Pre-Trial Chamber III, Warrant of Arrest for Jean Pierre Bemba Gombo, 23.05.2008 y Warrant of arrest replacing the one issued on 23 May 2008, 10 June 2008.

<sup>110</sup> Ensayos, p. 168.

<sup>111</sup> Assim por ex. Sala de Questões Preliminares I, Ordem de detenção de Saif Al-Islam Qadhafi, 27 de junho de 2011.

também carecem de fundamento suficiente, pois não analisam os elementos que, segundo a teoria de Roxin, fundamentam esta figura. Também a Ordem de apreensão contra Al Bashir foi apoiada na qualificação exclusiva como coautor mediato, e a doutrina se apressou a explicar que se fundamentou na teoria do domínio de fato por domínio da organização<sup>112</sup>. A Sala afirma que Omar Al Bashir e os outros altos dirigentes políticos e militares de Sudão dirigiram as áreas do “aparato” do Estado de Sudão, que se levou, de maneira coordenada, com o fim de executar de forma conjunta o plano comum<sup>113</sup>. O plano descreve previamente como compreensivo da intenção de lançar um ataque ilícito contra a população civil que incluía deslocamentos forçados de população, assassinatos e outros crimes<sup>114</sup>.

Porém, a Sala não diz nada dos elementos que fundamentam o domínio de fato por aparatos de poder hierarquizados. Nada se argumenta sobre a localização do aparato fora da lei, nem da fungibilidade dos executores, por exemplo. Ou seja, o único que nos relaciona com tal teoria é o fato de que a Sala a define como autoria mediata por domínio de fato e menciona a realização de crimes através de um aparato estadual<sup>115</sup>. A partir daí, a fundamentação do domínio poderia ser tanto a não mencionada fungibilidade do executor, quanto poderia ser a disponibilidade ao fato, uma combinação das duas, como argumentou no caso Fujimori, ou qualquer outra teoria<sup>116</sup>.

É de se esperar que as ordens de prisão careçam de uma análise detalhada dos requisitos do domínio de fato somente por sua finalidade e carácter preliminar, e que esses déficits sejam corrigidos depois nas Decisões de confirmação de cargos, como vimos nas analisadas anteriormente.

### 2.5.3 CRÍTICAS

A construção da coautoria mediata utilizada pelo TPI combina duas teorias expansivas do domínio de fato muito discutidas. Por um lado, o domínio funcional mediante um aporte na fase não executiva e por outro lado, o domínio pela utilização de um aparato de poder hierarquizado.

112 Jessberger, F, e Geneuss, J., “On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. German Doctrine at The Hague?”, em *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008, pp. 853 e ss.

113 Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, No.: ICC-02/05-01/09, 4 Março 2009, para. 216: “Omar Al Bashir and the other high-ranking Sudanese political and military leaders directed the branches of the “apparatus” of the State of Sudan that they led, in a coordinated manner, in order to jointly implement the common plan”.

114 Para. 215.

115 Mais dados para fundamentar a aplicabilidade da teoria do domínio de fato por domínio da organização parece haver no escrito do fiscal. Veja Prosecutor’s Application for Warrant of Arrest under 58 Against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 14 July 2008. E sobre ela, também Jessberger, F, e Geneuss, J., ob. cit., 2008, p. 853 e ss.

116 Veja as múltiplas e variadas teorias elaboradas para fundamentar a responsabilidade do dirigente da organização compiladas por Ambos, “La parte general del Derecho penal internacional” 2005, pp. 228 e 229.



O optar por posturas tão minoritárias na doutrina tivesse merecido uma argumentação maior por parte da Corte que parece ter-se limitado a eleger uma teoria que permita a punição, sem explicar por que se desvia em aspectos essenciais da construção tal e como a formularam seus criadores.

O primeiro que há que advertir é sobre o perigo da tendência a relaxar a exigência ou a prova dos elementos que fundamentam o domínio da organização. É preciso prevenir contra a tentação de afirmar os elementos sem fazer uma análise exaustiva deles. Pois isso levaria a Corte a construir uma nova categoria de autoria mediata por utilização de um aparato de poder, na qual o domínio de fato deixa de ser um dado fático referido à direção do curso causal para se converter em uma etiqueta que qualifica como autor e que se *atribui* (se fosse um dado fático de prova). Corre-se o risco de imputar o domínio a partir da prova da posição hierárquica e do poder e exercício de mando na organização, prescindindo do elemento “fungibilidade do executor”, verdadeira essência da teoria de ROXIN, ou inclusive atribuindo um poder efetivo a partir do *status* formal. Tais elaborações nos aproximam mais das versões normatizadas da teoria, como a de Ambos, para quem “o critério da fungibilidade se mostra inidôneo do ponto de vista empírico para explicar convincentemente o domínio por organização e deve ser complementado por uma consideração normativa, que transporta a estrutura dos delitos de dever à teoria do domínio de fato”<sup>117</sup>. Essa formulação de Ambos limita a figura do autor mediato aos vértices da organização estadual, que ao dar a ordem antijurídica infringiria os especiais deveres do Estado com seus cidadãos<sup>118</sup>. A postura de Ambos conduz a uma qualificação pelo *status*. Em suas palavras: “Considerações normativas fazem autor a quem ordena” “a responsabilidade pelo fato individual cresce na organização [...] com a localização elevada do nível de mando”<sup>119</sup>. Também mantém uma elaboração normativa por exemplo Jakobs<sup>120</sup>, que entende que existem duas vias para considerar autor o dirigente, por sua co-organização do delito (delitos de organização, ou de domínio) e pela lesão de seus deveres positivos (delitos de infração de dever)<sup>121</sup>.

117 Ambos, 2005, p. 225-226, pretende não abandonar a teoria do domínio de fato ao somar o fundamento normativo, mas o certo é que essa afirmação resulta questionável, pois o domínio de fato é um dado fático, não normativo. Lembremos que se trata do domínio do curso causal ao resultado. Se, como reconhece Ambos, o dado fático da fungibilidade do executor não é suficiente para explicar o domínio nem o é em si mesmo o dado normativo, não vejo como uma soma de dois critérios insatisfatórios possa dar uma explicação convincente do domínio de fato. Ambos simplesmente decidiu que quem dirige a organização é algo mais que um indutor e por isso *lhe atribui* o domínio de fato. Mas na realidade não demonstrou que tenha realmente em sentido fático tal domínio da execução de delito. Todo critério normativo supõe uma atribuição, que é o contrário à prova de um dado fático.

118 Ambos, “Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori” em Ambos y Meini, ob. cit. 2010, pp 84 e ss. Ambos, *La parte general del Derecho penal internacional*, 2005, pp.221 e ss. Não fica claro que título de imputação se deve aplicar ao dirigente de uma organização não estadual.

119 Ambos, *La parte general del Derecho penal internacional*, 2005, p. 228.

120 Jakobs, “Sobre la autoria del acusado Alberto Fujimori Fujimori” em Ambos y Meini, *La autoria mediata. El caso Fujimori*, 2010, pp. 110 e ss.

121 Também da defesa de um conceito normativista segundo o qual garante sempre é autor, entende que a referência ao atuar por meio de outra pessoa penalmente responsável incluída no art. 25 ER tipifica expressamente uma forma de (co)autoria que não tem a ver com a ideia de domínio de fato Sánchez-Vera Gómez –Trelles, “En los límites de la inducción” em InDret, 2/2012, p. 13.

O conceito de autor baseado na doutrina dos delitos de infração de um dever<sup>122</sup> não é majoritário nem na doutrina, nem na jurisprudência nacionais dos países de *civil law*.

De entrada, esta formulação cria o problema de não distinguir autor de partícipe, segundo contribuição ou a omissão de cada um<sup>123</sup>, ao considerar a todos como autores, o que contradiz a letra e o espírito do Estatuto<sup>124</sup>.

Por outro lado, quando o texto legal define de forma tão pormenorizada as formas de intervenção punível no delito, como faz o Estatuto de Roma em seus art. 25 e 28, obviar ditas definições (“faça o crime sozinho, com outro ou por conduto de outro”, etc.) para optar por um conceito de autor baseado na infração de deveres, além nestes casos inclusive da responsabilidade prevista no art. 28, supõe uma infração do princípio de legalidade<sup>125</sup>.

Além das teses expostas, baseadas na ideia da infração de um dever, formulam o problema de que não são aplicáveis aos dirigentes de organizações não estaduais, dos quais não é predicável nenhum dever jurídico de fomento dos bens jurídicos das vítimas, como podem ser os chefes de milícias, grupos rebeldes, etc. Mas, onde, sim, podem se encontrar essas instituições o sujeito parece ter que responder de todo o que suceda, com independência da qual foi seu aporte objetivo ao fato, somente por ostentar um determinado *status*<sup>126</sup>.

122 Conceito também criado por Roxin, *Autoria y dominio del hecho en Derecho penal*, 1998 pp. 383 e ss., mais depois amplamente desenvolvido por Jakobs, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, Cancio Meliá (trad.), Bogotá, 2001, pp. 11 e ss. e pelos discípulos de Jakobs, por ex. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002. Sobre esta evolução, veja Abanto Vásquez, M. A., “Autoria y participación y la teoría de los delitos de ‘infracción del deber’” em *Revista penal*, N° 14, 2004, p. 3 e ss.

123 Uma linha doutrinal que abre caminho considera que nem toda omissão de um sujeito pode considerar-se a conduta típica do tipo de autor delito de comissão e omissão e também o Tribunal Supremo espanhol admite a participação por omissão do sujeito que garante a ação. – veja Gil Gil, Lacruz, Melendo, Núñez, *Curso de Derecho penal. Parte general*, p. 308, 359-360, 385, também admitem a participação por omissão Robles Planas, *La participación en el delito: Fundamento y límites*, 2003, p. 300, para “quem assume o compromisso de evitar ou de não interpor condições que possam ser aproveitadas por outro para cometer um delito é, dada a presença desse ‘outro’, sempre partícipe. E Dopico Gómez-Aller, J. *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp.757 e s. Com razão, assinala este autor, “identificar o autor omissivo como aquele que contra dever não retira condições causais de um resultado [...] sem diferenciar, é tanto como considerar autor ativo a quem contra dever realiza qualquer contribuição causal (inclusive as que unanimemente se consideram aportes do cúmplice)”.

124 Esta é opinião dominante e a interpretação feita pela própria Corte, ao contrário do que mantém Sánchez-Vera Gómez –Trelles, “En los límites de la inducción” em *InDret*, 2/2012, p. 13. Veja por todos Werle y Burghardt, “Coautoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?” Em *Revista penal*, n. 28, julho, 2011, pp.198 e ss, que explicam que a sistematização em quatro partes das formas de intervenção puníveis, no art. 25 ER não teria sentido se não admite que o Estatuto optou por um sistema de intervenção diferenciado, segundo os graus de responsabilidade estabelecidos conforme à aportação de cada um.

125 Esta é a principal crítica feita à doutrina dos delitos de infração de um dever: que se esta teoria considera autor sempre o codelinquente que infringe um dever especial, ainda que não tenha realizado a ação típica, ela supõe uma infração do princípio de legalidade naqueles delitos que exigem a realização de uma conduta. Veja a respeito desta crítica com abundante citações de doutrina que sustenta, Abanto Vásquez, M. A., “Autoria y participación y la teoría de los delitos de ‘infracción del deber’” em *Revista penal*, N° 14, 2004, p. 11 e nota 32. Igual se pode aplicar à execução por omissão. A execução por omissão pode ser subsumida diretamente nos verbos típicos, isso é assim sempre que se respeite o requisito da equivalência entre ação e omissão, do que esta doutrina prescinde. No entanto, segundo a posição aqui defendida, sem esse requisito só poderemos examinar a possibilidade de que a omissão origine uma responsabilidade como partícipe.

126 Robles Planas, R., 2003, p. 233.

Por isso, a Corte deve fundamentar quando o dirigente que dá a ordem deixa de ser indutor para virar autor através de outro, o que não pode fazer como temos visto apelando simplesmente a seu cargo ou aos deveres inerentes ao mesmo, sob pena de abandonar o critério do domínio de fato e adotar um conceito de autor que não é compatível com a regulação do Estatuto.

Especialmente problemática a respeito, é a situação no Quênia, e os casos aos que apresentam semelhança<sup>127</sup>. Já, na análise da admissão dessa situação<sup>128</sup> tem havido discordância entre os juízes sobre se deviam considerar que se cometeram crimes internacionais, precisamente em torno à análise do elemento “organização” que integra a definição do crime contra a humanidade no art. 7(2)(a) do Estatuto. Na opinião do juiz Kaul, a execução de crimes no Quênia não pode ser vista, após as eleições, como o resultado da política de uma organização, mas como episódios diversos de violência protagonizados por vários grupos, uns mais organizados do que outros, e devidos a múltiplas causas e fins<sup>129</sup>. Se não pode afirmar-se que a execução seja fruto da política de uma organização, dificilmente poderá sustentar que seja imputável a quem, mediante seu poder de mando e controle, utiliza essa organização para executar sua vontade. A maioria da Sala repete um a um os critérios de Roxin: o suspeito deve ter o controle da organização, a organização deve ser um aparato de poder organizado e hierárquico, a execução dos crimes deve estar assegurada pelo cumprimento quase automático das ordens do suspeito, os autores materiais eram completamente substituíveis e, como tal, que a execução dos delitos não dependia de sua vontade, senão que foi assegurada pela utilização de uma preexistente estrutura hierárquica e organizada<sup>130</sup>, mas é duvidoso que concorram, realmente, dado o relato fático. Duvidosa é a compatibilidade da ideia de “rede”<sup>131</sup>, cuja criação se atribui ao acusado Ruto, e que teria sido

127 The Prosecutor vs. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012. Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012.

128 Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010.

129 Veja o voto particular de Hans Peter Kaul à Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, para. 148 e ss. Pessoalmente coincido com a visão deste juiz que os crimes internacionais devem ser cometidos seja pelo Estado seja por organizações que exerçam de fato um poder político similar ao Estado. Veja Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp.122-123. No mesmo sentido, a Sentença da Audiência Nacional espanhola de 19 de abril de 2005 e a Sentença do Tribunal Supremo espanhol de 1 de outubro de 2007 FJ 6<sup>o</sup>, assinala que essa participação do poder político de jure ou de fato marcam a diferença entre um crime internacional e um delito comum.

130 Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012 Para 407. The last three objective elements of indirect co-perpetration are that: (i) the suspect must have control over the organization; (ii) the organization must consist of an organized and hierarchal apparatus of power; and (iii) the execution of the crimes must be secured by almost automatic compliance with the orders issued by the suspect. E para 409: “the direct perpetrators were entirely replaceable and, as such, that the commission of the crimes was not dependent upon their will but was secured by the utilization of a pre-existing hierarchical and organized structure by Mr. Muthaura and Mr. Kenyatta. This is in line with the underlying rationale of the model of indirect co-perpetration, according to which the suspect must have “control over the crime committed”, in the sense that he controls or masterminds its commission because he decides whether and how the offence will be committed by direct perpetrators who are merely anonymous and interchangeable figures.” Y Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, Para 292.

131 Assim o expressou a defesa de Ruto, veja Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, para 31.

formada por diversos grupos com diferentes líderes locais com organização hierárquica<sup>132</sup>, como duvidosa é também a equiparação ou substituição que realiza a Sala dos requisitos de hierarquia e poder de mando pelos mecanismos utilizados por Ruto para garantir o cumprimento de suas ordens: um sistema de recompensas (pagamentos em dinheiro para motivar ou premiar) e castigos (quem rejeitava aderir ao bando de Ruto era considerado um traidor e podia ser ajustiçado)<sup>133</sup>, e decididamente incompatível com a ideia de domínio é a simples previsibilidade (ainda que seja com alta probabilidade) de que um terceiro adote livremente a vontade de cometer um delito que não se tenha podido provar que foi ordenado nem executado, ou esteja implicitamente ordenado, tema que será desenvolvido na próxima parte.

À respeito das Salas da Corte, também não se detiveram a explicar a imputação que realizam da execução em autoria mediata de delitos de própria mão. Tem-se imputado delitos de estupro em autoria mediata nos casos Katanga<sup>134</sup> e Muthaura, e Kenyatta<sup>135</sup>. O estupro é, segundo a opinião majoritária, um delito de própria mão<sup>136</sup>, pois como exemplo em quase todos os manuais de direito penal como delito que não pode cometer-se em autoria mediata. Por suposto, há vozes discrepantes<sup>137</sup>, ainda que minoritárias, que defendem que os chamados “delitos de própria mão”, ou, ao menos, alguns deles que não consistem precisamente na infração de deveres pessoais, como o estupro, sim, poderiam cometer-se em autoria mediata. Mas, inclusive, estes autores assinalam como limite a redação legal dos preceitos, que terá de ser modificada se quiser incluir esta possibilidade<sup>138</sup>. Dada a definição do estupro, os Elementos dos Crimes como a penetração do corpo da vítima com uma parte *do corpo*

132 Veja o voto particular de Hans Peter Kaul à Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, para. 150 e também seu voto particular a Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, em especial marg. 12, que define a “rede” como uma aliança amorfa e temporal baseada em afiliações étnico-políticas, em lugar de como uma organização hierárquica.

133 Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, Para. 317 e ss.

134 Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of the charges in the Katanga and Ngudjolo, 30 set. 2008, Marg. 550 e 567 e 569.

135 The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, par. 415.

136 Sobre a incompatibilidade dos delitos de própria mão com a autoria mediata veja por todos Gimbernat Ordeig, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, págs. 247 e ss. Sobre as origens deste conceito, criado por Binding, e sua grande aceitação na doutrina contemporânea um século depois, assim como a ideia dominante de que os delitos de própria mão não podem ser cometidos em autoria mediata veja, com abundantes citações doutrinárias e jurisprudência, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004, pp. 31 e ss. O estupro tem sido sempre o delito prototípico – veja Muñoz Conde, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2004, p. 218 e a doutrina citada por Sánchez-Vera Gómez-Trelles, p. 40.

137 Por ex. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004 (quem por outra parte mantém um conceito normativo de autor muito desapegado tanto de dados fáticos como de descrições legais) y Gómez Rivero, C., “¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?”, em Revista penal, N° 18, 2006, ps. 102-123, quem não renuncia à categoria, mas rejeita que exclua a autoria mediata e a execução por omissão – p. 119.

138 Neste sentido, a respeito da antiga definição do estupro no Cp espanhol Día y García Conlledo, La Ley, 2, 1996, p. 1290, nota 20 e Jakobs, AT, 21/20, 21/23. Contra da antiga definição de estupro, a atual redação dos arts. 179 e 182 realizada pela reforma do Código penal espanhol realizada pela LO 15/2003, em 25 de novembro, fala da introdução de “membros corporais”, o que na opinião de Gómez Rivero, ob. cit., 2006, p. 115, permitiria acabar com a interpretação jurisprudencial deste delito como de própria mão e não susceptível de autoria mediata. Contra a limitação e a favor da autoria mediata em estupro (ainda que para ele não é mediata senão imediata) Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2004, p. 109 e 167 e s. 174 e ss., que pretende não dar relevância à particularidade descrita na lei ao tratar de um dado fático e portanto transmissível.



do autor, a afirmação que responde como autor quem não tenha introduzido uma parte de *seu corpo* mereceria ao menos uma explicação da Sala<sup>139</sup>. Em minha opinião, tanto pela falta de dolo e de domínio de fato – como se explicará infra – como pela redação literal do preceito que define o estupro, só poderia imputar-se esse delito não ordenado através da responsabilidade do superior hierárquico.

O exemplo da situação no Quênia nos leva a outros dois problemas que são comuns às jurisprudências dos distintos tribunais e às diversas formas de imputação: a utilização de critérios ambíguos e manipuláveis por não estarem suficientemente definidos (aporte essencial) e a imputação dos excessos do executor facilitada por uma incorreta definição tanto do acordo ou plano comum como do dolo.

### 3. CONCLUSÕES

Na punição a título de autor pelos Tribunais internacionais, e as diferentes figuras criadas para isso ou sua concreta aplicação, encontramos uma tendência à expansão do castigo por autoria em detrimento de outras formas de participação acessória, quiçá, mais de acordo. Esta expansão se deve, fundamentalmente, à eleição das elaborações doutrinárias mais expansivas da autoria, ainda que com frequência sejam minoritárias, a uma tendência em definir de maneira errônea os elementos da mesma, como por exemplo o acordo ou plano comum, que não se limita como deveria à execução do delito imputado, senão que se define de maneira muito mais ampla, com o que logo o aporte objetivo ao plano comum tampouco se exigiu para o delito concreto<sup>140</sup>. Se a isto unimos uma incorreta definição do dolo que obvia o requisito da vontade de atuar<sup>141</sup>, temos servida a tendência a imputar os excessos do coautor e os do executor na coautoria mediata, o que contradiz de forma palmaria a ideia de domínio de fato da qual o TPI diz partir, para se aproximar de novo a uma JCE tipo III. Também se percebe uma perigosa tendência em relaxar a prova dos elementos das figuras eleitas (por exemplo, a autoria mediata por aparatos de poder) e sua substituição não argumentada por outros que não são equivalentes para a fundamentação do domínio de fato. Este relaxar dos requisitos pode conduzir a uma responsabilidade pelo *status*, que não é a compilada no art. 25 do Estatuto de Roma.

139 Desde logo, a conduta descrita na decisão da Sala não caberia, por infringir o teor literal do preceito, na parte que define o estupro como a penetração do corpo da vítima por uma parte do corpo do autor, pois aqui o “autor” não utilizou uma parte de seu corpo. Só poderíamos formular, quiçá, se for possível entendê-la subsumível na definição do estupro como a introdução de objetos (veja Elementos dos crimes art. Artigo 7 1) g)-1) mas quiçá seria uma interpretação analógica contra o réu, pois quando o preceito exige que no caso de uso de uma parte do corpo tem que tratar do corpo do autor, estamos evidentemente pulando a redação legal. Uma definição tão precisa como essa pode ser criticável mas desde já impede a imputação em autoria mediata sob pena de infringir o princípio de legalidade.

140 Sobre estes problemas, com maior detalhe, veja Gil Gil, “Imputación de crimes internacionales ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución” em Gil Gil, A., Maculan E., (coords), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crimes internacionales*, no prelo.

141 Sobre esta questão em detalhe Gil Gil, “Imputación de crimes internacionales ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución”, em Gil Gil, A., Maculan E., (coords), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional*: ob. cit, no prelo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABANTO VÁSQUEZ, M. A., *Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber"*, em *Revista penal*, Nº 14, 2004.

AMBOS, K., *Article 25: Individual Criminal Responsibility*, em Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., 2008.

\_\_\_\_\_, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002.

\_\_\_\_\_, *Internationales Strafrecht*, 2006.

\_\_\_\_\_, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed. 2001.

\_\_\_\_\_, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, em *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, 2007.

\_\_\_\_\_, *La parte general del Derecho penal internacional*, 2005.

\_\_\_\_\_, *Sobre la "organización" en el dominio de la organización*, em *InDret* 3/2011.

\_\_\_\_\_, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori*, em Ambos y Meini, *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010.

BACIGALUPO, E., *La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *Diario La Ley*, Nº 6962, Sección Doctrina, 6 Jun. 2008, Año XXIX (La Ley 20145/2008).

BADAR, M. E., *"Just Convict Everyone!" – Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again*" em *International Criminal Law Review*; Apr2006, Vol. 6 Issue 2, p. 293-302.

BOAS, G., BISHOFF, J. L., REID, N. L., *International Criminal Law Practitioner Library, vol. I: Forms of Responsibility in International Criminal Law*, 2007.

BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

CASSESE, A., *La influencia de la CEDH en la actividad de los tribunales penales internacionales* en Cassese y Delmas-Marty, (Eds.) em *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Bogotá, 2004.



CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J. (Ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court A Commentary*, Vol.1, 2002.

CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español*, t. III, 2001.

\_\_\_\_\_, *Curso de Derecho penal español*, t. II, 2001.

\_\_\_\_\_, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española en Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982.

CONDE PUMPIDO, C., *Código penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, 1997.

DELMAS-MARTY, M., *Interacciones entre el derecho comparado y el derecho penal internacional* accesível em [http://portal.veracruz.gob.mx/pls/portal/docs/PAGE/ COLVER/DIFUSION/REVISTA\\_CONCIENCIA/REVISTANO.8/8.MIREILLE%20DELMAS.PDF](http://portal.veracruz.gob.mx/pls/portal/docs/PAGE/ COLVER/DIFUSION/REVISTA_CONCIENCIA/REVISTANO.8/8.MIREILLE%20DELMAS.PDF).

\_\_\_\_\_, *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law*, en *J Int Criminal Justice* (2003) 1 (1).

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría y participación," en *La Ley*, 2, 1996.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006.

ESER, A., *Mental Element*, en Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, vol. I, 2002.

FARALDO CABANA, P. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, 2004.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, 2006.

FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Blanqueo de capitales y criminalidad organizada em Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

FLETCHER, G. P. *Conceptos Básicos de Derecho penal*, 1997.

\_\_\_\_\_, *Rethinking Criminal Law*, Oxford Univesity Press, 2000.

FORSTER, S., "Tatbeteiligung in England und Wales"; em Sieber y Cornils (eds) *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Teilband. 4, Duncker & Humbold, 2010.

GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en Derecho penal*, 2006.

GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, 1999.

\_\_\_\_\_, "Imputación de crímenes internacionales ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución" em GIL GIL, A. e MACULAN, E., (coords.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, no prelo.

GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal. Parte general*. 2011.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)", em *Estudios penales*, 2000.

GÓMEZ RIVERO, C., "¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?", em *Revista penal*, Nº 18, 2006.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "La doctrina de la "empresa criminal conjunta" en las resoluciones del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia", em Muñoz Conde coord. *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008.

\_\_\_\_\_, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001.

HAAN, V., "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", em *International criminal law review* 5, 2005.

HENCKAERTS, J. M., e DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge: CUP, 2005), citado por Robert Cryer *Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the icrc customary law study*, en [http://eprints.bham.ac.uk/165/1/ICRC\\_Study\\_-\\_R.\\_Cryer.doc](http://eprints.bham.ac.uk/165/1/ICRC_Study_-_R._Cryer.doc).

HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, Comares, 1996.



JAKOBS, G., "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori" em Ambos y Meini, *La autoría mediata . El caso Fujimori*, 2010.

JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. German Doctrine at The Hague?" en *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho penal Parte General*, III, 2001.

MACULÁN, E., "La fertilización cruzada jurisprudencial y los modelos de responsabilidad. Acordes y desacuerdos en la jurisprudencia latinoamericana" em GIL GIL, A. e MACULAN, E., (coords.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crimes internacionales*, no prelo.

MARÍN DE ESPINOSA, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

MELENDO PARDOS, M., *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Tribunal Penal Internacional*, Atelier, 2008.

MUÑOZ CONDE, F. *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

\_\_\_\_\_, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2004.

\_\_\_\_\_, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?" em *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001.

MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal Parte General*, 6ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

OHLIN, J. D., "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise," en *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007).

OLÁSULO, H., *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, 2011.

\_\_\_\_\_, "Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional", em *InDret* 3/2009.

OLÁSULO, H., PÉREZ CEPEDA, A., I., "The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Staki'c Case1" en *International Criminal Law Review* 4: 2004.

OLMEDO CARDENETE, M., "Artículos 27, 28, 29", en Cobo del Rosal, (dir) *Comentarios al Código penal*, tomo III, Ederesa, Madrid, 2000.

\_\_\_\_\_, *La inducción como forma de participación*, Madrid, Edersa, 1999.

PÉREZ CEPEDA, A. I., *Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación*, RP La Ley, nº 9, 2002.

ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: Fundamento y límites*, 2003.

ROXIN, C., "Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú", em Ambos y Meini, *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010.

\_\_\_\_\_, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 1998.

\_\_\_\_\_, *Täterschaft und Tatherschaft*, 6. ed., 1994.

\_\_\_\_\_, *Täterschaft und Tatherschaft*, 7. ed. 2000.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ –TRELLES, J., "En los límites de la inducción" em *InDret*, 2/2012.

\_\_\_\_\_, *El denominado "delito de propia mano"*, 2004.

\_\_\_\_\_, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002

\_\_\_\_\_, "La responsabilidad de las autoridades ante desórdenes públicos racistas (un comentario tardío, pero actual, a la S.T.S. de 2 de julio de 1994)" em *Cuadernos de política criminal*, Nº 70, 2000.

SANCINETTI, M., *Derechos humanos en la Argentina posdictatorial*, 1988.

SATZGER, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2005.



SCHROEDER, G., “Disposición al hecho versus fungibilidad” em Ambos y Meini, *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010.

SIEBER, U., e CORNILS, K., (eds), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Teilband. 4*, 2010.

STRATENWERTH, G., *Derecho penal Parte general*, t. I, 2005.

VIVES ANTÓN, T., *Comentarios al Código penal de 1995, tomo I*, 1996.

VOGEL, J., “Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zu den Regelungsmodellen der Beteiligung”, en 114 ZStW, 2002.

WELZEL, H. H. *Das Deutsche Strafrecht*, 11<sup>a</sup> ed. Berlin, 1969.

WERLE, G., *Völkerstrafrecht*, 2003.

\_\_\_\_\_, *Tratado de Derecho penal internacional*, 2<sup>a</sup> ed.

WERLE, G., BURGHARDT, B., *Coautoria mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?*, em Revista penal, n. 28, julio, 2011.

## PRINCIPAIS FIGURAS DA IMPUTAÇÃO A TÍTULO DE AUTOR EM DIREITO PENAL INTERNACIONAL: EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA, COAUTORIA PELO DOMÍNIO FUNCIONAL E COAUTORIA MEDIATA

### ALICIA GIL GIL

Profesora Titular de Direito Penal pela *Universidad Nacional de Educación a Distancia* (Madrid), Habilitada para o Corpo de Catedráticos, Membro do Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Subdirectora do *Instituto Universitario Gutiérrez Mellado de Estudios sobre Paz, Seguridad y Defensa*. É coautora do *Curso de Derecho Penal Parte general* (2011). Autora de numerosas monografias sobre teoría jurídica del delito y sobre derecho penal internacional - *La Justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica* (2009), *El delito imprudente* (2007), *Bases para la persecución nacional de crímenes internacionales en España*, (2006), *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, (2002), *Derecho penal internacional* (1999) - e mais de meia centena de artigos em livros e revistas espanholas e estrangeiras.



SULLA

TRIBUNAL RUSSELL  
SORDE LA ESPRESSION  
EN AMERICA LATINA



TRIBUNALE RUSSELL II  
REPRESSIONE IN AMERICA LATINA  
ROMA 10-17 GENNAIO 1976

1 ITALIANO  
2 FRANCAIS  
3 ENGLISH  
4 ESPANOL  
5 SPERKER

TRIBUNALE RUSSELL II.  
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.