

A Teoria do Domínio do Fato e Sua Adoção no Brasil

Rangel Bento Araruna¹

A presente monografia objetiva analisar a aplicação da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro. O Código Penal brasileiro, no texto original, adotou, por conduto do art. 25, a teoria unitária da autoria, baseada na teoria da equivalência dos antecedentes causais, de modo que quem contribuísse para o crime seria considerado autor. Reconhecendo ser uma porta para várias injustiças, pois, muitas vezes, o mero partícipe recebia a mesma pena do executor, a reforma penal de 1984 adotou a teoria objetivo-formal, segundo a qual autor é quem realiza o verbo núcleo do tipo penal, enquanto partícipe é quem, sem realizar o verbo núcleo do tipo, contribui de alguma forma para a produção do resultado, sem abandonar o conceito unitário. Contudo, defende-se que a adoção da teoria unitária acerca da autoria pelo Código Penal brasileiro, como regra, não exclui a introdução de outros critérios diferenciadores das figuras do autor e do partícipe, com isso admitindo o emprego da teoria do domínio do fato, cujos postulados se compatibilizam com os conceitos aqui adotados, notadamente em face da insuficiência da teoria objetivo-formal para resolver o problema da autoria mediata, bem como da autoria de escritório. O tema em discussão é de fundamental relevância para o direito brasileiro, considerando a modernização dos métodos criminosos, principalmente aqueles praticados através de aparatos organizados de poder. Segundo os ditames desta acepção, autor é quem realiza o verbo nuclear do tipo, quem tem o domínio organizacional da ação típica, quem participa

¹ Membro do Ministério Público do Estado do Ceará. Especialista em Direito Penal.

funcionalmente da execução do delito, mesmo sem realizar o verbo nuclear do tipo ou ainda quem exerce o domínio sobre vontade de outras pessoas, a exemplo do que ocorre na autoria mediata. Analisa-se a compreensão já adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, com especial enfoque no julgamento, pela Corte Suprema, da Ação Penal nº 470, cognominada de “Mensalão”. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, constituindo na análise de legislação, doutrina, jurisprudência, artigos científicos e sítios eletrônicos, utilizando-se, ainda, do método indutivo para formalizar o trabalho. Conclui-se que, embora não se possa adotar de forma cega a teoria do domínio do fato, da forma sistematizada originalmente por Welzel e Roxin, possui plena aplicação no ordenamento jurídico nacional.

Palavras-Chave: Concurso de pessoas; Autoria; Participação; Domínio do fato;

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO. 2 – DO CONCURSO DE PESSOAS. 3 – DA AUTORIA. 4 – DA COAUTORIA. 5 – DA PARTICIPAÇÃO. 6 – TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. 7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica tem como objeto tratar acerca da adoção da teoria do domínio do fato, no concurso de agentes, no ordenamento jurídico nacional.

Trata-se de teoria pela qual se amplia o conceito jurídico de autor, para considerar como tal, não apenas aquele que realiza o verbo núcleo do tipo penal, mas também quem domina finalisticamente a ação típica.

A teoria do domínio do fato foi criada, em sua feição originária,

em 1939, por Hans Welzel, no âmbito da teoria do finalismo penal, sendo no final da década de 60, do século passado, lapidada por Claus Roxin, a partir de críticas formuladas ao pensamento de Welzel, com o objetivo de complementar as teorias restritivas do conceito de autor, incapazes de responder indagações como, por exemplo, no caso da autoria mediata, bem como nos chamados “delitos de escrivania”.

Com efeito, várias teorias buscam explicitar o conceito de autor e do partícipe. As teorias negativistas não vislumbram qualquer diferença entre autor e partícipe, enxergando o crime como um fenômeno unitário, pelo que quem concorre para o delito, é autor dele. O Código Penal brasileiro, em sua redação original adotou a teoria unitária.

As teorias positivas ou restritivas, por seu turno, diferenciam autor de partícipe, havendo três subespécies, quais sejam, subjetiva, objetivo-formal e objetivo-material, as quais serão tratadas de forma minudente no transcorrer do vertente ensaio.

No que tange à possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato no direito penal brasileiro, linha defendida no vertente estudo, doutrina e jurisprudência divergem, sendo cediço, quanto a esta última, que os tribunais superiores já aplicaram, em casos concretos apreciados, os ditames da teoria em testilha, conforme se verá oportunamente.

Com base em tais constatações buscou-se responder aos seguintes questionamentos: em que consiste a teoria do domínio do fato? Essa teoria possui aplicação no direito penal brasileiro? Sendo aplicada a teoria em destaque, é capaz de solucionar todos os problemas acerca da autoria? Deve ser complementada a teoria em foco? A jurisprudência pátria acolhe a teoria em tela?

Frente a tais questionamentos, elaborou-se um trabalho monográfico com o objetivo geral de demonstrar que a teoria objetivo-formal, adotada majoritariamente no direito brasileiro, é insuficiente para solucionar diversos problemas da criminalidade moderna, os quais têm na teoria do domínio do fato uma forma adequada de responsa-

bilização penal, de sorte que o melhor caminho é a conjugação das duas teorias aludidas. Enfatiza-se, nessa perspectiva, os seguintes objetivos específicos: expender acerca da teoria do domínio do fato no âmbito do concurso de pessoas, discutir as controvérsias existentes sobre os fundamentos da teoria aventada, defender a possibilidade de sua aplicação prática, em conjunto com a teoria objetivo-formal.

A justificativa para a vertente pesquisa monográfica tem assento ao se vislumbrarem questões práticas que vêm sendo deduzidas na doutrina e na jurisprudência, no entanto sem a necessária pacificação do tema ora tratado.

Consubstancia-se o presente ensaio em um estudo descritivo-analítico, através de pesquisas à Constituição Federal, à legislação infra Constitucional e a livros de doutrinadores nacionais, entre outros, objetivando explicar o problema através da análise da literatura já publicada e mediante consultas a artigos científicos *online* que fundamentam posicionamentos favoráveis e contrários ao assunto ora discutido.

Quanto à utilização e abordagem dos resultados, a pesquisa é pura, porque não vislumbra a transformação da realidade, buscando apenas a obtenção de conhecimentos acerca do assunto em foco. É também qualitativa, porquanto procura observar os fenômenos sociais de maneira intensiva.

Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e exploratória, porque descreve fenômenos, investiga e busca ampliar o leque de conhecimentos existentes sobre o assunto, ajudando a dar direcionamentos para que outras pessoas possam dar continuidade a este estudo.

A presente monografia é dividida em cinco capítulos, nos quais se busca contextualizar e demonstrar a relevância prática da teoria do domínio do fato, de modo que o primeiro deles trata do concurso de pessoas, com as respectivas teorias, requisitos e classificação.

O segundo capítulo se dedica ao estudo da autoria, explorando

as suas teorias explicativas, no bojo das quais se situa a teoria do domínio do fato, além da abordagem da autoria mediata, com suas especificidades.

A coautoria é analisada no terceiro capítulo, abordando-se o seu conceito, bem como os tipos de autor à luz da teoria do domínio do fato, seguindo-se o capítulo quarto, no qual se trata da participação, explorando os seus requisitos, natureza jurídica, bem como a figura do partícipe sob o prisma do domínio final do fato.

No quinto capítulo será apresentada a teoria do domínio do fato, a partir da sua origem até a sua aplicação no âmbito dos tribunais brasileiros, com especial enfoque acerca do julgamento da Ação Penal n. 470, cognominada “Mensalão”, pelo Supremo Tribunal Federal e, por fim, as críticas doutrinárias existentes acerca de sua aplicação.

Expõem-se, após o quinto capítulo, as considerações finais, fazendo uma reflexão sobre a proficiência dos fundamentos articulados para justificar a possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato no Brasil, em conjunto com a teoria objetivo-formal, de cunho restritivo, solucionando-se, dessa forma, todos os casos de crimes de autoria coletiva, cada vez mais comuns na prática judiciária.

2 DO CONCURSO DE PESSOAS

O instituto do qual se passa a tratar de agora em diante era denominado pelo Código Penal Brasileiro, na sua redação primitiva, como coautoria, especificando, em seu artigo 25 que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”.

Tratava, portanto, a questão do concurso de pessoas à luz da teoria da equivalência dos antecedentes causais, de modo que não distinguia as figuras do autor, do coautor e do partícipe. Nada obstante, impende observar que ao se reunirem duas ou mais pessoas para a prática de um fato delituoso, nem todos desempenham a mesma tarefa para a eclosão do resultado, afigurando-se injusta,

muitas vezes, a aplicação de uma reprimenda idêntica a agentes que desempenharam papéis totalmente diversos na empresa criminosa, alguns até condutas meramente acessórias.

Com o advento da Reforma da Parte Geral, provocada com a entrada em vigor da Lei nº 7.209/84, passou-se a utilizar a expressão concurso de pessoas, recebendo, por conduto da doutrina, também as denominações de concurso de agentes, codelinquência, concurso de delinquentes e ainda cumplicidade.

Cuida-se da associação de duas ou mais pessoas, ainda que sem prévio ajuste, consciente e voluntariamente, para a prática de um crime ou contravenção penal, independentemente do motivo que os una, ou seja, na prática de um delito de roubo, por exemplo, praticado por duas pessoas, uma pode agir com o intuito de auferir vantagem financeira e a outra com a intenção de se vingar da vítima, de quem tenha velada inveja.

Conforme leciona Bruno (2005, p.320):

O fato punível pode ser obra de um só ou de vários agentes. Seja para assegurar a realização do crime, para garantir-lhe impunidade, ou simplesmente porque interessa a mais de um o seu cometimento, reúnem-se os consórcios, repartindo entre si as tarefas em que se pode dividir a empresa criminosa, ou, então, um coopera apenas na obra do outro, sem acordo embora, mas com a consciência dessa cooperação.

Portanto, em uma prática delitativa realizada mediante o esforço conjuntivo de algumas pessoas, é natural que haja uma divisão de tarefas entre elas, umas exercendo papéis mais relevantes, outras menos, de resto que se afiguraria de todo desproporcional e injusta a punição com a mesma pena.

2.1 Espécies de crimes quanto ao concurso de pessoas

Faz-se necessário distinguir aqueles tipos de crimes que podem ser praticados por um só agente, daqueles que, para a sua consumação,

exigem o empreendimento de esforços de duas ou mais pessoas, mediante ajuste antecedente ou não, mas desde que um aceda à conduta do outro.

Cumpra, todavia, deixar claro que, ao se analisar o tema do concurso de pessoas, não se prioriza os delitos plurissubstentados, porquanto neles a coautoria é obrigatória. Interessa, pois, o estudo do concurso eventual de agentes, o qual pode ser explicitado pela coautoria ou pela participação, demandando, para a exata compreensão do tema, o domínio do conceito e das teorias que fundamentam cada uma delas.

2.1.1 Crimes monossubjetivos

Fala-se em crimes monossubjetivos ou de concurso eventual naquelas hipóteses em que o crime pode ser praticado por apenas um ou mais agentes, pertencendo a este bloco a imensa maioria dos delitos previstos no Código Penal, bem como na legislação extravagante. Nesse pensar, o delito de furto, por exemplo, pode resultar da conduta de uma só pessoa ou de várias, porquanto não há exigência típica quanto ao número de infratores.

2.1.2 Crimes plurissubjetivos

Por outro lado, plurissubjetivos ou plurilaterais ou, ainda, de concurso necessário são aqueles delitos que, para a sua consumação, a lei exige como requisito da própria adequação típica, a interveniência de duas ou mais pessoas.

Portanto, tanto nos delitos monossubjetivos como naqueles de concurso necessário se pode afirmar ser eventual a participação, ao passo que somente quanto a estes últimos a coautoria é obrigatória.

Costuma-se dividir os crimes de concurso necessário em três subespécies, a depender da maneira como a conduta dos agentes

contribui para a eclosão do resultado capaz de lesar ou expor a perigo o bem jurídico penalmente tutelado. Nessa perspectiva, surge a classificação em delitos de condutas paralelas, convergentes e contrapostas, cuja definição será adiante traçada, em passageiro comentário.

Nos crimes de condutas paralelas todos os agentes traçam um objetivo comum e empreendem esforços no sentido da obtenção do resultado, como ocorre com o delito de associação criminosa, previsto no art. 288 do Código Penal, em que se unem mais de três pessoas para a prática de crimes.

Quanto aos crimes de condutas convergentes, embora a prática do fato seja querida por todos os delinquentes, as condutas dirigem-se umas para as outras, tendendo a se encontrarem, surgindo, dessa composição, a eclosão do resultado. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime de bigamia, tratado no art. 236, do Estatuto Penal.

Por derradeiro, são de condutas contrapostas os delitos praticados pelos agentes uns contra os outros, de modo que todos os que se envolvem no fato são, a um só tempo, sujeitos ativos e passivos, devendo ocorrer a punição de todos pelo perigo reciprocamente provocado. A doutrina elenca como exemplo dessa hipótese o crime de rixa (art. 137, CPB).

2.2 Teorias sobre o concurso de pessoas

Conforme anteriormente explicitado, o concurso de pessoas consiste na concorrência de duas ou mais pessoas para a prática de uma infração penal, sendo que tal colaboração pode ocorrer a título de autoria ou de participação. O que se tem discutido na doutrina é se as condutas perpetradas pelos integrantes do consórcio criminoso constituem um ou mais crimes, havendo se apresentado três teorias para explicar a temática.

2.2.1 Teoria monista

A teoria monista é igualmente denominada de teoria monística, unitária ou igualitária da participação. Segundo essa corrente, não há qualquer distinção entre o enquadramento típico do autor e do partícipe, porque todos que concorrem para o crime são autores dele.

Com efeito, quando o legislador de 1940, por intermédio do art. 29 do Código, estabeleceu que todos que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade, filiou-se a esta teoria, a qual tem por fundamento a equivalência dos antecedentes causais, porquanto esta considera causa toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Dessa forma, quem pratica o crime, comete-o na sua totalidade, devendo por ele responder integralmente.

Porém, ao perceber que a adoção pura e simples da teoria igualitária pode causar injustiças, o mesmo legislador procurou diferenciar a punibilidade nos casos de participação. Dessa sorte, inobstante haja um mesmo crime para todos aqueles que praticam a ação reprovável, para fins de punição optou-se pelo princípio da culpabilidade, devendo, em cada caso concreto, ser individualizada a conduta de cada um, de modo que o autor não deve receber reprimenda igual aquela imposta ao partícipe, por exemplo.

A melhor interpretação do art. 29, porém, segundo a doutrina de escol, não é aquela segundo a qual todos que concorrem para o crime são autores, mas sim, que todos que praticam o crime devem suportar, em princípio, a mesma pena do autor, salvo o contrário resultar da sua culpabilidade.

Portanto, embora o Código tenha adotado como regra, a teoria monista ou igualitária, razões de política criminal e de equidade motivaram a adoção de critérios de culpabilidade, a fim de se distinguir a punibilidade do autor com relação ao partícipe, razão por que Prado (1999, p.265) afirma que o Código Penal adotou a teoria monista de forma “matizada ou temperada”.

2.2.2 Teoria dualista

Segundo a teoria dualista ou dualística, nas hipóteses de crimes perpetrados em concurso de agentes, existem dois crimes, sendo um praticado por aqueles que realizam a conduta principal, representada pelo verbo núcleo do tipo penal, chamados autores, e outro para aqueles que praticam condutas acessórias, secundárias para a consumação do evento, porquanto não se emoldura a sua conduta no verbo nuclear do tipo penal. São os chamados partícipes.

Existe no crime, portanto, uma conduta principal, praticada por aquele que incide na transgressão da norma penal, pelo implemento do verbo, bem como uma conduta acessória, de todos quantos, sem realizar o núcleo do tipo, auxiliam ou instigam a sua prática.

Suponha-se, por exemplo, em um crime de furto para cuja consumação o caseiro contribui deixando a porta da chácara onde trabalha aberta para facilitar a entrada do agente, o qual furta os móveis do seu interior. Segundo a teoria dualista, o agente que efetuou a subtração dos bens, por haver preenchido o verbo do tipo, é autor do furto, ao passo que o caseiro, em virtude do auxílio prestado, sem realizar contudo o verbo “subtrair”, comete um outro delito.

Como claramente se observa, a teoria dualista não possui sustentáculo no ordenamento jurídico pátrio, porquanto não se pode punir de forma diferenciada aqueles que praticaram o mesmo fato típico, pois assim se procedendo, viola-se o princípio da legalidade, estabelecido pelo Código Penal já no seu pórtico. Por outro lado, há casos que a conduta do partícipe possui maior influência para a consumação do crime de que a do próprio autor.

2.2.3 Teoria pluralista

Para os defensores da teoria pluralística, há no concurso de pessoas um conjunto de ações perpetradas por cada um dos atores,

de forma autônoma, tratando-se, portanto, de uma pluralidade de delitos. Desse modo, cada um contribui com uma conduta própria, motivado por um elemento subjetivo autônomo com relação ao outro, havendo tantos crimes quantos forem os integrantes do grupo.

A diferença com relação à teoria dualista ocorre porque esta defende que há dois crimes, um para aquele que realiza a conduta principal, e outro para quem pratica condutas acessórias, auxiliares da primeira. Na teoria agora tratada, como cada um dos agentes da conduta típica age movido por um dolo próprio, há tantos crimes quantos forem os integrantes do grupo organizado para cometê-lo.

O Código Penal adotou, como regra, a teoria monista, mas estabeleceu exceções de forma expressa, aderindo à teoria pluralista, não ofendendo, portanto o princípio da legalidade.

Aponta-se como exceções, igualmente tratadas pelo Código Penal, o art. 124, parte final, e o art. 126, que considera crime autônomo o fato de alguém realizar aborto com o consentimento da gestante, enquanto esta responde por tipo próprio pelo consentimento dado. Insta lembrar, dentre outros, ainda os delitos de corrupção ativa e passiva, previstos nos arts. 317 e 333, do mesmo Diploma, considerando delito próprio para o agente público que solicita ou recebe vantagem indevida, com relação àquele que promete ou oferece, punido também autonomamente.

A crítica costumeiramente feita a teoria sob comento, reside na impropriedade de se considerarem delitos autônomos fatos derivados de condutas que são movidas pelo mesmo ideal, porquanto o dolo de cada um dos participantes converge para a obtenção de um resultado único.

2.3 Requisitos do concurso de pessoas

Hodiernamente, a prática de infrações penais em grupos, ou mesmo em duplas, tem tido uma incidência notável. Isto ocorre porque,

por intermédio da divisão de tarefas, aumenta consideravelmente as chances de êxito da conduta criminosa, diminuindo, de outro vértice, a probabilidade de algum imprevisto para os agentes, seja pelo aparato repressivo, seja por meio de reação por parte dos sujeitos passivos, cada vez mais comum na atualidade.

Nas organizações criminosas, a pluralidade de agentes é imprescindível, diante da enorme complexidade que adotam, demandando uma clara divisão de tarefas entre os membros, sob um comando central, muitas vezes desconhecido daqueles que se encontram distantes do vértice da pirâmide.

Para a configuração do concurso eventual de pessoas, costuma-se apontar, para além da mera união de dois ou mais agentes com o intuito de cometer um delito, a existência de requisitos de cunho objetivo e subjetivo, os quais serão abaixo explicitados.

2.3.1 Pluralidade de agentes e de condutas

Sem dúvida, o principal elemento para a configuração do concurso eventual de pessoas é a pluralidade de agentes, apesar de nem todos realizarem a mesma conduta no desenrolar do *iter criminis*, havendo umas condutas principais e outras auxiliares, perpetradas de modo consciente e voluntário, todas com vistas à eclosão do evento cogitado.

Em uma ação criminosa conjunta, enquanto alguns praticam a conduta representada pelo verbo nuclear do tipo, outros se limitam a instigar, induzir ou auxiliar na sua prática. É o que ocorre, por exemplo, em um crime de roubo praticado por três pessoas, para cujo êxito um constrange a vítima, outra lhe subtrai os bens, enquanto uma terceira aguarda no veículo para assegurar a fuga.

Por aplicação da norma de extensão prevista no art. 29, do Código Penal, todos eles respondem pelo mesmo crime, porque cada um contribuiu de forma eficaz para a sua consumação. Portanto, a

tipicidade da participação exige a concorrência do citado dispositivo legal. A *contrario sensu*, quando todos os agentes praticam cada um o verbo núcleo do tipo penal, afigura-se desnecessária a aplicação do art. 29, porquanto praticaram a conduta principal.

2.3.2 Relevância causal de cada conduta

A conduta de cada um dos participantes, seja típica ou atípica se autonomamente considerada, deve influenciar objetivamente na consumação do crime. Caso a conduta seja insignificante para o resultado, não configura participação punível. Por outro lado, ainda que dotada de relevância a conduta do agente, será igualmente irrelevante se não fez parte do desencadeamento causal determinante do resultado. É o caso do exemplo anteriormente citado, em que o caseiro deixa a porta dos fundos aberta, mas o ladrão se utiliza da porta da frente. Assim, embora tenha querido contribuir para o crime de furto, a ausência de relevância de sua conduta para aquele fato fará com que não seja responsabilizado penalmente pelo resultado.

Impende concluir que nem todo comportamento do agente caracteriza participação no crime. É necessário que a sua conduta se insira na corrente causal de realização do delito, ainda assim dotada de eficácia, seja diante da indução, do instigamento ou do auxílio para sua prática.

2.3.3 Vínculo subjetivo

É imprescindível para a configuração do concurso de agentes a existência de vínculo subjetivo comum entre todos os participantes, no sentido de que ajam de forma consciente para a consecução do resultado desejado. Inexistindo esse liame, as condutas se tornarão autônomas, configurando autoria colateral, na qual a conduta de cada um dos agentes, sem entrar na esfera de conhecimento dos demais, seria punida de forma própria.

Nesse prisma, faz-se necessário repisar o exemplo do caseiro, acima citado. Caso este haja deixado a porta aberta por esquecimento, facilitando a entrada do furtador, não responderá pelo crime, porquanto não pactuou com agente, nem aderiu à sua vontade. Pode, nesses casos, agindo com negligência, imprudência ou imperícia, responder pelo fato a título culposo. No exemplo dado, como não existe crime de furto culposo, o fato será atípico para o caseiro.

Ensina Mirabete, acerca do tema em alusão (1999, p.241):

Há necessidade, também, de um liame psicológico entre os vários autores, ou seja, a consciência de que cooperam num fato comum, não bastando atuar o agente com dolo ou culpa. Somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico) à atividade ilícita de outrem cria o vínculo de concurso de pessoas. Por isso, pode haver concurso de agentes em crime doloso, em que os agentes querem ou assumem o risco do resultado, e em crime culposo, em que atuam com imprudência, negligência ou imperícia. Mas o vínculo subjetivo deve ser homogêneo, já que não se pode falar em colaboração dolosa em crime culposo ou cooperação culposa em crime doloso.

Alvitre-se que não é necessária a ocorrência de acordo prévio entre os participantes do fato delituoso. Desse modo, alguém pode aderir consciente e voluntariamente a uma ação já em curso, seja durante os atos preparatórios, seja no desenvolvimento dos atos executórios, respondendo pelo crime. Não pode porém, ingressar depois da consumação, podendo, nessa hipótese, configurar outro delito, como favorecimento pessoal ou real, previstos nos artigos 348 e 349 do Código Penal, por exemplo.

Por fim, oportuno enfatizar que o mero conhecimento de alguém acerca da prática da infração penal ou mesmo a concordância psicológica, quando não se tenha o dever jurídico de agir, não caracterizam participação punível em nosso ordenamento jurídico, implicando, quando muito, conivência ou participação negativa, de resto impunível.

2.3.4 Identidade de infração penal

Em face da adoção, como regra, pelo Código Penal Pátrio, da teoria unitária ou monista, aqueles que empreendem esforços para a consecução de um fato delituoso, respondem por ele, havendo a mesma infração penal para todos. A adoção do princípio da culpabilidade, previsto no art. 29, § 2º, refere-se a pena a ser aplicada, em conformidade com a participação de cada um, na proporção da reprovabilidade de seu comportamento.

Não se pode deixar de mencionar, contudo, que, excepcionalmente, adotou-se a teoria pluralística, mediante a qual se cindem as condutas, com a consequente adoção de tipos penais distintos para aqueles que buscam um mesmo resultado, como se dá nos casos de corrupção ativa e passiva, precedentemente citados.

3 DA AUTORIA

Conforme dito anteriormente, o Código Penal não tratou de distinguir as figuras do autor, coautor e partícipe, ficando tal tarefa a cargo da doutrina, surgindo a partir daí umas definições mais restritivas, outras ampliativas, mescladas com algumas tidas por intermediárias ou conciliatórias.

As chamadas teorias negativistas, ou seja, extensiva, unitária e a teoria do acordo prévio negam que haja diferenciação entre autor e partícipe, ao passo que o grupo representado pelas teorias positivas ou restritivas estabelecem diferença entre as figuras do autor e do partícipe.

Há dentre as teorias positivas, subgrupos de teorias, umas objetivas, outras subjetivas, tendo em comum o fato de diferenciarem o autor do partícipe, contudo apresentando peculiaridades que as diferenciam entre si, a despeito de seu núcleo comum.

Por fim, entremostra-se a teoria do domínio do fato na qual se

distingue o autor, do executor material e do partícipe, de forma bastante clara. Para esta corrente, autor é aquele que possui o controle finalístico sobre a produção do resultado. Esta, por constituir o objeto do presente ensaio será tratada em tópico apartado.

3.1 Teorias

Conforme precedentemente salientado, várias teorias tentam explicitar o conceito de autor em matéria penal, bem como estabelecer clara diferenciação com a figura do partícipe, havendo divergentes posicionamentos a esse respeito. Diante disso, faz-se necessária uma abordagem específica acerca de cada teoria, o que se adotará nos tópicos que se seguem.

3.1.1 Teorias negativas

As teorias negativistas, conforme aventado acima, não vislumbram qualquer distinção entre autores e partícipes do delito. Sendo assim, todos que concorrem para o crime são autores. Nesse pensar, quem emprega qualquer esforço para a consecução do resultado delituoso é considerado responsável para totalidade dele, na perspectiva de que as outras forças que com a do agente colaboraram entraram no âmbito de sua concorrência de vontade, ou seja, no seu dolo. Dentre as teorias negativistas, destacam-se três, das quais se cogitará de agora em diante.

3.1.1.1 Teoria extensiva

A teoria extensiva possui fundamento na teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da *conditio sine qua non*, não estabelecendo qualquer distinção entre autor e partícipe. Todos os concorrentes para o sucesso do delito são seus autores. Para os defensores

dessa teoria, tanto é autor, por exemplo, aquele que dispara em direção à vítima, quanto quem lhe emprestou a arma para tanto, e até mesmo quem instigou o agente a atirar é igualmente autor do fato.

Embora não faça diferença entre autor e partícipe, a teoria extensiva admite a existência de causas de diminuição de pena, com o objetivo de estabelecer diferentes graus de autor, surgindo a figura do cúmplice que, apesar de ser autor, contribui de modo menos decisivo para o implemento do resultado final.

A crítica correntemente feita à presente teoria é justamente em decorrência da falta de distinção entre autor e partícipe, não se podendo, em face do direito penal moderno, tratar todos que concorrem para o delito de forma igualitária, independentemente da eficácia de sua contribuição, sob pena de responsabilização objetiva.

3.1.1.2 Teoria unitária

A teoria unitária de autor, teoria de autor único ou ainda teoria da associação criminal afirma que o crime é um fenômeno indissociável, sendo autores todos que concorrem para a sua consumação. Da mesma forma que a anterior, pela presente corrente se ignora a diferença entre autor e partícipe.

A diferença quanto à anterior, a despeito de ambas se fundamentarem na teoria da equivalência dos antecedentes causais, não distinguindo autor de partícipe, reside no fato de que esta é mais dura, não admitindo, como aquela, causas de diminuição de pena para estabelecer diversos graus de autor, não havendo também a figura do cúmplice.

Com efeito, se por um lado a teoria em discussão facilita a aplicação da pena, porquanto não distingue autor de partícipe, devendo ser apenados de forma idêntica, já que o crime é um fenômeno unitário, por outro, é provocadora de graves injustiças, diante do fato de, a partir dela, ser possível se impingir uma pena a pessoas que tiveram

papel de somenos importância na concretização do fato no mesmo *quantum* daqueles que realizaram o verbo nuclear do tipo.

3.1.1.3 Teoria do acordo prévio

Segundo essa teoria, a qual também não distingue as figuras do autor e do partícipe, já que faz parte do grupo das teorias negativistas, não é necessário se distinguir a contribuição de cada um dos agentes na empreitada delituosa, porquanto o pacto efetivado entre todos para a sua prática é o quanto basta para a aplicação da reprimenda a todos, de forma igualitária.

Conforme se verifica, o maior equívoco apresentado pela presente teoria é o nivelamento da conduta de todos quantos concorrem para a prática do delito fazendo com que agentes que tiveram participação absolutamente irrelevante para o crime sejam considerados autores. Por exemplo, por essa teoria, quem induzir testemunha a mentir em juízo responde por falso testemunho, mesmo sendo este delito de mão própria.

A teoria *sub oculi*, bem como a teoria unitária e a teoria extensiva acima tratadas devem ser refutadas, não possuindo aplicação no direito brasileiro que, por meio do seu art. 29, tratou de diferenciar claramente as figuras do autor e do partícipe do crime, devendo ser aplicada a pena de acordo com a culpabilidade de cada um. Despontam como mais adequadas ao direito penal brasileiro as teorias restritivas, as quais distinguem entre autoria e participação, sendo cediço que há subespécies dentro desse grupo, as quais serão a seguir comentadas.

3.1.2 Teorias positivas ou restritivas

As teorias positivas ou restritivas fazem diferença entre os conceitos de autor e de partícipe. Fundamentam-se na tipicidade, consi-

derando autor aquele que realiza ainda que parcialmente a conduta típica, ou seja, quem realiza o verbo descrito no tipo penal.

Ao contrário das negativistas, que elasteciam sobremaneira o conceito de autor, considerando como tal quem realizasse qualquer conduta para a eclosão do resultado, por mínima que fosse, ou até mesmo quem assentisse com o crime, ainda que dele não participasse diretamente, as teorias positivas restringem tais conceitos, tendo por autor somente quem realiza o núcleo da figura típica, ao lado do partícipe, que será responsabilizado pela instigação, induzimento ou auxílio àquela conduta.

Além da distinção acima citada, observa-se que as teorias negativistas tinham por base a teoria da *conditio sine qua non*, decorrendo a autoria, portanto, da mera causação do resultado, ao passo que as teorias positivas ou restritivas possuem foco na tipicidade sendo autor quem realiza a conduta descrita no verbo nuclear do tipo.

Todavia, o conceito restritivo de autor não se presta a, com a clareza necessária, traçar os limites precisos entre o que seja a conduta do autor e a do partícipe, sendo imperioso o auxílio de outras teorias para estabelecer tal diferenciação, de singular importância, principalmente para a aplicação da pena, evitando-se assim a ocorrência de injustiças. No esforço para delimitar a proposta distinção, destacam-se as teorias abaixo epigrafadas.

3.1.2.1 Teoria subjetiva

A primeira teoria a ser tratada dentre as que se ocupam de distinguir autor de partícipe, é a subjetiva, a qual se baseia na vontade do agente. Assim, a autoria pressupõe a contribuição causal realizada de acordo com a vontade do autor, de sorte que aquele movido pelo *animus auctoris* será autor, ao passo que quem age com *animus socii* é partícipe, independentemente de realizar ou não o verbo núcleo do tipo.

Se, por exemplo, um caseiro combina com um terceiro para furtar os bens da casa, agindo este último movido pelo dolo de participar do crime planejado pelo primeiro, inobstante pratique o verbo subtrair, como agiu com *animus socci* é partícipe, sendo o caseiro autor, embora nem no local do crime estivesse.

Ainda a título de exemplo, nos crimes de mão própria ou de atuação pessoal, admitida essa teoria, aquele que comete o delito, e somente ele pode cometê-lo, pode responder na qualidade de partícipe, embora realize a conduta típica, ao passo que um terceiro, que quis o fato como próprio, responde como autor. É o caso, *verbi gratia*, do falso testemunho.

Diante dos apresentados absurdos que pode gerar, evidentemente essa teoria não possui qualquer aplicação no âmbito do direito penal brasileiro, pelo que impende a análise das teorias objetivas, que melhores subsídios fornecem para a compreensão do tema, conforme abaixo se verá.

3.1.2.2 Teoria objetivo-formal

Para esta teoria, autor é aquele que realiza a ação descrita no verbo núcleo do tipo penal (ex. matar), enquanto partícipe é quem, sem realizar a conduta descrita no preceito primário da norma penal incriminadora, pratica outras condutas que auxiliam na consumação do delito, como por exemplo, emprestar a arma para alguém matar um inimigo.

Dessa forma, autores e coautores exercem pessoalmente atos de execução do crime, enquanto o partícipe presta auxílio para a obtenção do resultado típico, somente sendo penalmente alcançável em face do disposto no art. 29, do Código Penal.

Com efeito, a teoria sob comento desponta de relevante prestígio no âmbito da doutrina nacional, a qual considera, em sua maioria, haver sido a teoria adotada para distinguir autor de partícipe, a partir da reforma penal implementada em 1984.

Consoante a doutrina de Gomes (2015, p.302), “A clássica doutrina pátria (assim como a jurisprudência) adota, em geral, a teoria objetivo formal e, dessa forma, afirma que autor é quem realiza o verbo núcleo do tipo, sendo partícipe quem concorre para o delito de outra maneira.”

Contudo, a teoria objetivo-formal ou formal-objetiva sofre críticas irresponsáveis, diante das quais se entremostra insuficiente para resolver satisfatoriamente o problema da distinção entre autor e partícipe do delito. A primeira delas se refere à autoria intelectual, ou seja, a conduta de quem planeja mentalmente o crime, sem realizar qualquer ato de execução. Para esses casos, adotando-se a teoria em destaque, o autor intelectual será punido na qualidade de partícipe, eis que não executa o verbo nuclear do tipo, ao mesmo tempo em que o executor material será autor.

Por outro lado, a teoria objetivo-formal não explica de modo conclusivo a autoria mediata, a qual ocorre quando o sujeito, pretendendo cometer o crime, domina a vontade alheia, valendo-se de outra pessoa que atua como mero instrumento. Nesse caso, mesmo havendo planejado o fato em sua integralidade e exercendo domínio sobre quem age sem culpabilidade, por exemplo, seria mero partícipe.

E mais, se o agente atua sobre alguém que age sem dolo e, faltando este elemento não há crime, pode-se imaginar a hipótese de o autor mediato ser partícipe de um crime que não ocorreu, porquanto quem praticou o verbo núcleo do delito não cometeu crime algum, visto agir desprovido de dolo.

É de se ponderar, portanto, que, malgrado tenha a teoria objetivo-formal sido adotada no nosso Código Penal, ela se revela insuficiente para solucionar com precisão o problema da autoria em matéria penal, razão por que deve ser complementada pela teoria do domínio do fato.

3.1.2.3 Teoria objetivo-material

No afã de solucionar as apontadas deficiências na teoria objetivo-formal, formulou-se a presente teoria, que busca distinguir autor de partícipe através da análise de quem executou a conduta mais importante para o resultado típico, revelando, com isso, maior perigosidade em relação ao partícipe. Então, quem realiza a conduta mais importante é autor, enquanto quem executa as tarefas menos importantes é partícipe.

Percebe-se que, apesar de a teoria aventada haver procedido a distinção entre autor e partícipe, por isso se encontra no rol das teorias restritivas, não levou em conta os elementos subjetivos, nem conseguiu explicar o que se pode entender por contribuição objetiva mais ou menos importante.

Ademais, da mesma forma que ocorre com a teoria objetivo-formal, esta não consegue explicar a autoria mediata, bem como os casos de criminalidade organizada, em que muitas vezes uma pessoa planeja toda uma operação, sem sequer se fazer presente ao local do delito, sem praticar o verbo nuclear do tipo, nem qualquer outro tipo de contribuição. Pelas teorias objetivas responderá como mero partícipe, mesmo tendo total controle de toda a atividade ilícita realizada.

3.1.2.4 Teoria do domínio do fato

A teoria do domínio do fato é objeto do presente estudo, razão pela qual será tratada em capítulo próprio. Impende antecipar, por enquanto, que ela reúne os critérios objetivos e subjetivos, razão por que se pode denominá-la de teoria objetivo-subjetiva. Para esta teoria, autor é quem detém o controle final do fato típico e de suas circunstâncias.

3.2 Autoria mediata

Trata-se da modalidade de autoria em que o agente, chamado de “homem de trás”, vale-se de um terceiro, que age como mero instrumento, para a prática do crime. Ou seja, o plano criminoso existe apenas na cabeça do “homem de trás”, o qual atua dolosamente sobre outrem, com total domínio finalístico de sua ação, e este, como se fosse uma *longa manus* daquele realiza a conduta desejada.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2002, p.672), o autor mediato é aquele que se utiliza um terceiro que age sem dolo, atipicamente ou justificadamente para praticar a conduta típica e, portanto, não comete injusto algum. Por isso mesmo, na autoria mediata não há se cogitar da ocorrência de concurso de agentes, pois, como visto, para a sua ocorrência, demanda a existência de liame subjetivo entre os participantes do evento típico, o que não ocorre na espécie, a despeito da existência de pluralidade de agentes.

Por outro lado, o terceiro que integra a pluralidade para a realização típica é utilizado como instrumento pelo autor mediato. Desse modo, o executor material não atua dolosamente com relação à eclosão do resultado, ainda que saiba o que está fazendo, não sabe que da sua conduta resultará um delito, porque desconhece as circunstâncias fáticas. É o caso, no exemplo citado por Gomes (2015, p. 307), da enfermeira que ministra uma dose do que pensa ser remédio ao paciente, quando na verdade se trata de veneno prescrito pelo médico, com a intenção homicida. Embora a enfermeira tenha ciência do que está fazendo, não atua dolosamente com relação ao resultado.

Observa-se que o autor mediato tem o domínio final do fato, ou seja, exerce o total controle sobre a vontade alheia, da forma como o crime será cometido, bem como as demais circunstâncias que o cercam, dispondo, inclusive, de meios para fazer cessar a conduta criminosa instrumentalizada na outra pessoa. É perfeitamente aplicável à hipótese a teoria do domínio do fato, diante desse controle

finalístico exercido, sendo certo que pelas teorias objetivas o autor mediato responderia como mero partícipe, porquanto não realiza qualquer ato executório.

Portanto, a característica marcante da autoria mediata é a utilização pelo autor mediato, também chamado “homem de trás”, de um terceiro que age como instrumento de sua vontade, finalisticamente orientada, de modo que não há autoria mediata quando o agente-instrumento, percebendo a trama criminoso, adere aos desígnios do primeiro.

Não há se cogitar de autoria mediata, igualmente, quando o autor se utiliza de animais para a prática do crime, como no caso de se utilizar de cão treinado para realizar furtos. Neste caso ocorre autoria imediata indireta, porquanto para se configurar a autoria mediata demanda a existência de pluralidade de pessoas.

Não se amolda à autoria mediata na coação física irresistível, como na situação em que o sujeito bate com a cabeça de outro para quebrar uma porta de vidro. Nesse caso, não houve conduta por parte do instrumento, o qual foi utilizado como objeto e não como pessoa, de modo que somente o autor será responsabilizado.

Por fim, nos crimes de mão própria ou de atuação pessoal, ou seja, naqueles que somente o autor pode praticar pessoalmente, a exemplo do falso testemunho, bem como nos delitos culposos, em virtude de não existir vontade direcionada de modo finalístico.

3.2.1 Hipóteses de ocorrência

Com efeito, na autoria mediata a importância de cada interveniente no contexto fático não se resume à realização dos atos preparatórios ou executórios, abrangendo outros aspectos igualmente relevantes, como o planejamento, a determinação e a organização, de modo a ocorrer algumas consequências que se traduzem em hipóteses de ocorrência prática de autoria mediata, tais como:

a) ausência de dolo do ser humano instrumentalizado: nesses casos, não se pode imputar responsabilidade alguma ao executor material do fato, porquanto atua sem possuir qualquer consciência da realidade. Embora aja conscientemente, atua sem dolo quanto ao resultado querido pelo homem de trás, seja porque incide em erro ou ignorância quanto à situação fática. É o caso, por exemplo, do médico que se utiliza da enfermeira para executar um paciente, seu desafeto, ministrando-lhe injeção letal. Esta, embora consciente de que vai aplicar a injeção, não atua com dolo quanto ao resultado morte. Não pode responder por homicídio, pelo qual responde somente o médico, já que, segundo o Código Penal, no art. 20, § 2º, quem determina o erro por ele responde.

b) ausência de capacidade penal do agente instrumento: quando o autor mediato se vale de alguém que não possui capacidade para se comportar de acordo com a norma, seja em decorrência de menoridade penal, embriaguez completa ou doença mental, evidencia-se que estes foram utilizados como uma *longa manus* daquele agente, pois não entendem o caráter ilícito de sua ação. É de se supor a ocorrência de autoria mediata quando alguém se utiliza de uma criança para subtrair coisa alheia móvel, somente respondendo pelo fato o agente instrumentalizador.

c) o agente instrumento atua sob coação moral: É o caso de um bando armado que sequestra a família de um gerente de banco, obrigando-o a subtrair o dinheiro e entregar a quadrilha, por exemplo. Na hipótese cogitada, não pode o gerente responder pelo fato, pois age sem culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, no moldes preconizados pelo art. 22, do Estatuto Penal, o qual diz que se o fato é cometido sob coação irresistível, somente punível o autor da coação.

d) o agente instrumento atua de acordo com o direito: nessa hipótese, o autor mediato manipula o agente executor, induzindo-o a erro quanto à ilicitude do fato. É o caso de alguém, no exemplo

citado por Gomes (2007, p.306), indicar para a polícia como autor de um crime pessoa inocente. A pessoa indicada vem a ser presa em flagrante. A polícia atua de acordo com o Direito, pois dentro do estrito cumprimento do dever legal.

Portanto, a autoria mediata é uma clara hipótese que a teoria objetivo-formal não consegue solucionar, sem que provoque injustiças gritantes no caso concreto, já que o autor mediato não realiza o verbo descrito no núcleo do tipo, sendo, portanto partícipe. Para esses casos, a teoria do domínio do fato é plenamente aplicável, respondendo o homem de trás como autor do crime, porquanto durante todo o desenrolar da ação exercia sobre ela total controle finalístico.

4 DA COAUTORIA

A coautoria é a divisão de tarefas para a prática de uma infração penal. Em regra, os crimes podem ser praticados por uma só pessoa, o que se dá com os crimes monossubjetivos. Portanto, tanto nestes como naqueles de concurso necessário se pode afirmar ser eventual a participação, ao passo que somente quanto a estes últimos a coautoria é obrigatória.

No entanto, está cada vez mais frequente a associação de pessoas para a prática criminosa, em face das vantagens que ocasiona para o êxito do delito. Por exemplo, em um crime de roubo em que um agente fica encarregado de subtrair os bens, outro toma conta da vigilância do local e outro aguarda ali próximo com um veículo, responsabilizando-se pelo transporte do grupo, tem muito mais chances de dar certo, em relação àquele em que um agente sozinho e a pé busca realizar.

Nesse passo, existem duas modalidades de coautoria: a necessária e a eventual. A primeira ocorre quando a própria lei exige a pluralidade de agentes para a configuração do crime, como ocorre com o delito de rixa, previsto no art. 137 do Código Penal, enquanto

a eventual, inobstante possa o delito ser praticado por uma única pessoa, é cometido em associação.

Para a configuração da coautoria não é necessário que todos os agentes pratiquem as mesmas condutas, nem que todos realizem o núcleo do verbo contido no tipo penal, mas todos devem agir animados pelo mesmo vínculo subjetivo. Se isso não ocorrer pode ser o caso de autoria colateral, mas não de coautoria. De igual modo, não é imprescindível a existência de acordo prévio entre os agentes, bastando que um adira à conduta dos demais para que configure a hipótese de coautoria.

Há, portanto, na coautoria uma divisão de trabalho para o êxito criminoso, não necessitando que todos realizem o verbo núcleo do tipo, porquanto há agentes que, sem sequer estarem no local do crime, possuem total domínio acerca das suas circunstâncias. Nessa toada, o coautor pode ser:

i) coautor intelectual: é aquele que possui o domínio acerca de toda a dinâmica criminosa, através da organização, planejamento e direção da atividade exercida pelos demais membros do grupo, pelo que se denomina de coautor de escritório ou coautor de escrivania.

ii) coautor executor: também chamado de coautor direto, é quem realiza o verbo núcleo do tipo, ou seja, quem mata, subtrai, etc. Para este, sem qualquer dificuldade sua ação se encaixa no conceito de coautoria porque sua ação se amolda ao quadro típico.

iii) coautor funcional: participa do crime, sem necessariamente realizar o verbo nuclear do tipo penal. A sua função não é de partícipe porque realiza tarefas relevantes para o êxito do crime, mas, de outra forma, também não é executor, pois não realiza o verbo do tipo.

Em conclusão, sob o enfoque da teoria do domínio do fato, autor é tanto aquele que realiza o verbo núcleo do tipo, como quem, sem se fazer presente ao palco do crime, organiza e dirige a ação em sua globalidade, bem como o agente que, sem realizar nem uma nem outra conduta, desenvolve papel relevante para a consumação do delito.

5 DA PARTICIPAÇÃO

A participação ocorre quando um agente, sem possuir o domínio final do fato nem haver realizado o verbo componente do núcleo do tipo penal, colabora de alguma maneira para a consumação do delito. É, portanto uma conduta acessória daqueles encarregados da prática da infração penal.

Como se relatou alhures, a participação foi inserida no ordenamento jurídico nacional através da reforma de 1984, a fim de evitar inúmeras injustiças, porquanto, segundo o art. 25 do Código Penal, todos que contribuísem para o delito seriam autores dele, claramente adotando a teoria unitária.

Acerca do partícipe, leciona Greco (2012, p.436):

Já afirmamos ser o autor protagonista da infração penal. É ele quem exerce o papel principal. Contudo, não raras vezes, o protagonista pode receber o auxílio daqueles que, embora não desenvolvendo atividades principais, exercem papéis secundários, mas que influenciam na prática da infração penal. Estes, que atuam como coadjuvantes na história do crime são conhecidos como partícipes.

Em conformidade com o supratranscrito, a autoria é sempre uma atividade principal, ao mesmo tempo em que a participação é sempre acessória, porque não há pelo partícipe a realização do verbo, nem tampouco domina finalisticamente o fato, mas para ele contribui, quer induzindo, instigando ou auxiliando na sua prática.

Induzir é fazer brotar na mente do agente a vontade de cometer o crime, para o qual ele nada havia deliberado. É o caso do usuário de drogas que, sem dinheiro para comprá-la, recebe conselho do agente, afirmando que deve furtar o celular da vizinha para adquirir o entorpecente, despertando nele o intuito criminoso até então inexistente.

Na instigação a ideia criminoso já preexiste na mente do agente. A tarefa do partícipe é reforçar essa vontade, estimulando-a. Supo-

nha-se que, no mesmo exemplo, o usuário já estivesse com a ideia de furtar o celular da vizinha, quando o terceiro alimenta a ideia, dizendo que é o único meio de satisfazer seu vício, sendo ademais coisa insignificante para a vítima, que não sofrerá tanto prejuízo.

É importante enfatizar que o induzimento e a instigação devem ser direcionados à prática de uma infração determinada, contra vítima igualmente certa, ou seja, furtar o celular da vizinha, conforme o exemplo. Caso o agente incite o terceiro ao cometimento de crimes, poderá ser responsabilizado pelo delito de incitação ao crime, previsto no art. 286, do Código Penal.

O auxílio consiste na colaboração para o êxito criminoso sem, no entanto, realizar atos de execução. É o caso do agente que empresta a arma para que o usuário de drogas realize o crime de roubo para conseguir o dinheiro da droga.

A participação pode ser moral ou material. Na primeira citada, o agente se limita a induzir ou instigar o terceiro para a prática do crime, enquanto a participação material consiste no auxílio prestado por aquele durante os atos preparatórios ou executórios do delito para facilitar a sua consumação, já que não existe participação posterior ao momento consumativo.

Por fim, no concurso de pessoas não há tipificação da conduta do partícipe, cuja responsabilização penal somente é possível em face da norma de extensão espacial e pessoal prevista no art. 29, do Código Penal, segundo o qual ainda pode haver diminuição de pena, no caso de a participação não ter tido relevância para o desfecho criminoso.

5.1 Requisitos da participação

Como se afirmou alhures, anteriormente a reforma penal era adotada a teoria unitária, de modo que todos que participassem do delito eram considerados autores, gerando, quanto à responsabilização, graves injustiças, porque o partícipe, sem haver tomado parte

na execução material, recebia a mesma pena dos executores.

No entanto, para se verificar se uma determinada conduta praticada no bojo dos atos preparatórios ou executórios, uma vez que impossível ocorrer posteriormente à consumação, caracteriza o instituto da participação punível, impende a presença de determinados requisitos, acerca dos quais se traçarão breves comentários a seguir.

5.1.1 Pluralidade de condutas

Em uma ação criminosa conjunta, enquanto alguns praticam a conduta representada pelo verbo nuclear do tipo, outros se limitam a instigar, induzir ou auxiliar na sua prática. É o que ocorre, por exemplo, em um crime de roubo praticado por três pessoas, para cujo êxito um constringe a vítima, outro lhe subtrai os bens, enquanto um terceiro aguarda no veículo para assegurar a fuga.

A participação demanda, portanto, a pluralidade de condutas, mas, conforme consabido não é necessário o acordo prévio entre todos os participantes, bastando a adesão subjetiva do partícipe, para que incida a sua responsabilização, nos moldes preconizados pelo art. 29, do Código Penal.

5.1.2 Relevância causal de cada conduta

Consoante expendido quando se tratou dos requisitos para o concurso de pessoas, se a conduta do agente não dispõe de relevância causal, não poder ser punida a título de participação. Ou seja, a ação do partícipe deve ter importância para a consumação do fato típico, ilícito e culpável.

Impende concluir que nem todo comportamento do agente caracteriza participação no crime. É necessário que a sua conduta se insira na corrente causal de realização do delito, ainda assim dotada de eficácia, seja diante da indução, da instigação ou do auxílio para sua prática.

5.1.3 Vínculo subjetivo

Mais uma vez repisando o quanto afirmado quando da abordagem do concurso de agentes, é imprescindível para a participação a existência de vínculo subjetivo comum entre todos os participantes, no sentido de que ajam de forma consciente para a consecução do resultado desejado.

Faz-se necessário aduzir ser indispensável para a ocorrência de participação a homogeneidade subjetiva dos agentes. Ou seja, os partícipes devem agir animados pelo mesmo elemento subjetivo dos autores e coautores do crime, de sorte tal que não existe participação culposa em crime doloso, nem se cabe falar de participação dolosa em crime culposos.

5.2 Natureza jurídica da participação

Quando se discute a natureza jurídica da participação, pretende-se responder ao questionamento se ela se comporta autonomamente ou acessoriamente em relação ao crime. Nesse passo, desde a teoria causal até a atualidade se busca a solução jurídica acerca da sua natureza, a fim de responsabilizar com justiça o partícipe.

Para a teoria causal, tudo aquilo que concorre para o crime será considerado causa dele, sendo esta a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, ou pelo menos não teria ocorrido da forma que ocorreu. Assim, não há diferença entre autor e partícipe, porquanto todos deram causa ao resultado são autores. Como se disse, a teoria em referência provoca injustiças no tocante à responsabilização penal, uma vez que iguala os executores materiais com aqueles que tiveram participação inferior na lesão ao bem jurídico.

Diante da insuficiência da teoria causal para tratar com justiça o problema da participação, surgem as teorias da acessoriedade, segundo as quais a participação depende sempre de uma conduta

principal, porquanto é acessória. São quatro as teorias da acessoriedade, conforme a seguir elencadas:

a) acessoriedade mínima: pela presente teoria, para se punir o partícipe basta que o autor pratique um fato típico, não sendo necessário que seja antijurídico nem culpável. Essa teoria, por ser severamente injusta com o partícipe, passível de punição quando o autor, ou seja, executor material da conduta, agiu acobertado por uma excludente de ilicitude, não merece ser aplicada no ordenamento brasileiro.

b) acessoriedade limitada: segundo essa teoria, para a punição do partícipe se exige que o comportamento principal seja típico e ilícito, constituindo a culpabilidade pressuposto de aplicação de pena. Exemplo dessa teoria seria o caso em que A incute na cabeça de B, o qual teve sua filha estuprada, a licitude da conduta de matar C, o estuprador de sua filha. B, acreditando agir de acordo com direito, mata C. B não responde, em face do erro de proibição, porém A responde na qualidade de partícipe.

c) acessoriedade máxima ou extrema: defende-se que para a punição do partícipe o autor principal deve praticar um fato típico e ilícito e, além disso, ser culpável. Imagine-se o caso em que “A” contrata “B”, imputável, para dar cabo à vida de “C”, o que vem a ser finalmente concretizado. “B” é autor do crime de homicídio e “A” é partícipe. O exemplo é de autoria de Masson (2010, p.501).

d) hiperacessoriedade: segundo os ditames desta teoria, para a punição do partícipe é necessário que o autor pratique um fato típico, antijurídico e seja culpável. Além disso, exige-se que sejam coincidentes entre autor e partícipe as circunstâncias agravantes e atenuantes.

A divergência doutrinária que se observa é quanto a saber se o direito brasileiro acolheu a teoria da acessoriedade limitada ou extremada. A diferença reside apenas na culpabilidade, pois para a primeira basta que a conduta seja típica e ilícita, enquanto para a segunda, além disso, deve ser culpável o autor para que o partícipe seja punido.

Jesus (2012, p.458) e Gomes (2015, p.322), por exemplo, adotam a teoria da acessoriedade limitada, enquanto Capez (2008, p.343) e Barros (2006, p.420) perfilham a corrente da acessoriedade extremada, já que, segundo estes, a teoria da acessoriedade limitada não explica o problema da autoria mediata. São palavras deste último autor citado (2006, p. 420):

Sua dificuldade é a compatibilização com a autoria mediata. Realmente, são incompatíveis. Na autoria mediata, a execução do crime é feita por pessoa que atua sem culpabilidade. Aquele que induziu, instigou ou auxiliou não é partícipe, e, sim, autor mediato. A teoria da acessoriedade limitada só tem cabimento entre os que repudiam a autoria mediata, considerando-a uma modalidade de participação.

Conclui-se que a participação possui natureza acessória. Qualquer das teorias adotadas conduz à mesma conclusão. De tal arte, a conduta do partícipe, consistente em instigar, induzir ou auxiliar, somente será punível com a utilização da norma de extensão pessoal e especial prevista no art. 29, do Código Penal. Contudo, por melhor enquadramento encontrar na teoria do domínio do fato, mais adequada ao interesse deste estudo é a teoria da acessoriedade extremada.

5.3 A figura do partícipe à luz da teoria do domínio do fato

Conforme já aludido anteriormente, partícipe é aquele que, sem realizar a conduta prevista no verbo nuclear do tipo penal, contribui de algum modo para a produção do fato lesivo ao bem jurídico socialmente relevante, seja induzindo, instigando ou auxiliando a conduta principal.

Esse conceito, privilegiado por relevante doutrina nacional, não leva em consideração a teoria do domínio do fato, razão por que não se afigura completo e suficiente para a solução de todos os casos de participação em matéria penal.

A teoria do domínio do fato somente se aplica ao conceito de autoria, pois só o autor tem a capacidade de dominar finalisticamente a situação de fato, sendo o partícipe um colaborador da atuação do primeiro. No entanto, de acordo com a teoria ora discutida, para haver participação não é suficiente que haja contribuição por parte de alguém para o delito de outrem, sem realizar atos de execução, devendo ser complementada com a ausência de domínio final do fato.

Essa complementação é necessária, porque há hipóteses em que o agente, mesmo sem realizar a conduta descrita no verbo nuclear do tipo penal, deve ser considerado autor da ação típica, quando tenha o domínio final do fato, sobrepondo sua vontade sobre aqueles que realizam de fato os atos executórios. É o que ocorre, por exemplo, com o autor mediato e com o intelectual, os quais, mesmo sem realizar o tipo penal, são considerados autores.

Portanto, interpretando-se o art. 29 do Código Penal, à luz da teoria do domínio do fato, conclui-se que o partícipe é aquele que contribui de qualquer forma para a produção do resultado, sem realizar o verbo descrito no núcleo do tipo penal e sem exercer domínio sobre a vontade alheia.

Adotando essa conceituação, sob o prisma do domínio do fato, Teles (2004, p. 219) afirma que a participação:

É a conduta acessória, daquele que não possui domínio final da ação, do que não tem qualquer poder de decidir sobre a consumação, interrupção, ou modificação do procedimento típico. Apenas quer, conscientemente e com vontade, contribuir para a realização de um fato típico dominado por outra pessoa.

Adotando a teoria em testilha, em conjunto com a teoria objetivo-formal, soluciona-se com vantagem os casos de autoria mediata e intelectual, nos quais o agente não realiza o verbo do tipo, mas é considerado autor, porque possui o domínio da ação típica, de sorte que ninguém será partícipe quando possui o domínio final do fato.

6 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

6.1 Introdução

O termo “domínio do fato” foi usado pela primeira vez por Hegler, em 1915. Todavia, o significado atribuído à expressão é totalmente diferente daquele empregado posteriormente por Welzel e por Roxin, bem ainda difere da sua compreensão atual. Segundo o autor em referência, o termo “domínio do fato” se referia aos fundamentos ou pressupostos da culpabilidade, e não como critério de distinção entre autor e partícipe.

Já em 1932, Bruns utilizou a expressão “domínio do fato” com o objetivo de distinguir autoria de participação, ao afirmar que a autoria, seja do delito doloso ou culposo, pressupõe, ao menos, a possibilidade de domínio do fato.

Entrementes, circunscreveu seu conceito de autor àquele que domina o resultado final, ou se utiliza de um terceiro, incapaz ou induzido a erro. Nesse contexto, afirma-se que Bruns não conseguiu diferenciar autoria de participação com base no domínio do fato, utilizando-se para tal de concepções causais.

No ano seguinte, Adolf Lobe formulou, de forma pioneira, um conceito de domínio do fato considerando critérios objetivos e subjetivos e, portanto, aproximando-se significativamente da concepção que viria a ser adotada por Roxin anos mais tarde. A crítica usualmente feita ao trabalho de Lobe é no sentido de que este apresentou um conceito meramente formal e reducionista para a autoria mediata, considerando a sua ocorrência somente quando o agente imediato não pode ser tido como autor.

6.1.1 A concepção de WELZEL

Nada obstante a ocorrência de outras referências, na década de 1930, à ideia de domínio do fato, a exemplo de Eberhard Schmidt,

em 1936, apenas com Welzel, em 1939, procurou-se organizar uma teoria dotada de critérios para formular uma distinção entre autor e partícipe.

Para Welzel, que baseou sua concepção teórica no conceito de ação final, a ideia de autoria se encontra assentada em dois pilares principais, a saber: primeiro, o injusto não se confunde com a culpabilidade, sendo certo que o dolo não se encontra nesta inserido, pois constitui elemento do próprio tipo penal. Por outro lado, a distinção entre crimes dolosos e culposos se dá já na análise do tipo.

Neste ponto, diferentemente das concepções anteriores, as quais afirmavam que todos os tipos são baseados em um princípio único, buscando, portanto, um conceito único de autor, Welzel rechaça esta ideia, ressaltando que a autoria deve ser investigada nos delitos dolosos e culposos, tendo a teoria do domínio do fato aplicação apenas ao primeiro grupo.

Tendo em vista as balizas acima citadas, Welzel afirma que o fato objetivo é essencial para a definição da autoria, isto é, o fato que tenha sido obra do autor. Alude, porém, que o fato objetivo depende de um momento subjetivo, que é o domínio final do fato, ou seja, o autor realiza a conduta de forma conscientemente final.

Nesse sentido, leciona Alflen (2014, p. 89) que:

Para Welzel, possui o domínio do fato quem “é o senhor sobre sua decisão e execução e com isso o senhor sobre ‘seu’ ato, o qual ele realiza de forma conscientemente final em sua essência e existência”. No entanto, considera que o “domínio final do fato” (*“finale tatherrschaft”*) não é o único critério necessário para determinar a autoria e concluir que a autoria em seu “conteúdo socialmente relevante” depende, ainda, de outros “momentos pessoais do autor”, a saber, os pressupostos objetivos e o momento subjetivo da autoria como, por exemplo, a intenção de se apropriar ou tendências obscenas.

Portanto, a autoria possui pressupostos pessoais e fáticos. Os primeiros decorrem da estrutura do tipo, e podem ser objetivos,

tais como as posições e características pessoais do autor (médico, funcionário público) ou subjetivos, representados pelas intenções e ânimos especiais do autor, ou seja, o elemento subjetivo do tipo. Já o pressuposto fático é o domínio final do fato, representado pela autonomia do autor acerca da decisão e execução de sua vontade final.

Assim, de acordo com a concepção formulada por Welzel, a autoria consiste “na realização direta, voluntária e conscientemente final do fato por quem, tendo preenchido os pressupostos pessoais e subjetivos exigidos pelo tipo, possui o domínio pleno sobre sua decisão e execução” (Alflen, 2014, p. 91).

Segundo Welzel (1997, p.120):

El [o conceito final de autor] surge das determinaciones fundamentales de concepto final de acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que establecer el centro personal de acción del hecho antijurídico. Es por eso que a la autoría (de un delito doloso) pertenece en general el dominio final sobre el hecho (como elemento genérico personal de lo injusto de los tipos dolosos); a ello se agregan em muchos casos, como elementos especiales de autor, las características personales objetivas y subjetivas de lo injusto.

Quanto à coautoria, compreende Welzel que o coautor, além dos pressupostos pessoais e fáticos acima referidos, necessita, para assim ser considerado, tomar a decisão comum sobre a realização do fato e participar dos atos preparatórios e da execução do delito.

Portanto, são requisitos da coautoria a decisão conjunta do fato, consistente no entendimento, ainda que tácito, entre todos os coautores para a realização conjunta do crime, além da execução conjunta, pois cada coautor deve ser autor e, desse modo, ter as condições pessoais do autor e possuir domínio final do fato.

Por derradeiro, quanto à autoria mediata, Welzel compreende que o autor não precisa realizar todas as fases do crime com suas

próprias mãos, podendo se valer de um instrumento para realizá-las, desde que conserve consigo o pleno domínio do fato.

Fundamentado nas três características acima expostas (fática, pessoal objetiva e pessoal subjetiva), Welzel aborda as correspondentes hipóteses de autoria mediata, quais sejam, autoria mediata em face da falta de pressupostos pessoais objetivos, no caso de o instrumento doloso não possuir a qualificação exigida pelo tipo penal, autoria mediata em razão da ausência de pressupostos pessoais subjetivos por parte do instrumento, ou seja, o elemento subjetivo do injusto e, por fim, autoria mediata em virtude da ausência de domínio final do fato pelo instrumento, quando se vale de alguém que atua desprovido de dolo, ou do instrumento que atua sob coação, de menores ou portadores de enfermidades mentais.

6.1.2 A concepção de ROXIN

Com efeito, apesar dos esforços para a construção de uma teoria até então empregados para delimitar o conceito de autor, foi Roxin, em sua tese de habilitação intitulada “Autoria e domínio do fato”, publicada originalmente em 1963, que melhor sistematizou a ideia de domínio da vontade como critério eficiente para distinguir autor de partícipe e caracterizar a autoria mediata.

Embora se costume afirmar que Roxin desenvolveu ou aprimorou a ideia welzeliana de domínio do fato, observa-se que o citado estudioso partiu de uma necessária crítica à concepção de Welzel. Nesse sentido, afirma Alflen (2014, p. 105) que:

[Roxin] ressalta, por um lado, que a singular vagueza e a intangibilidade da concepção welzeliana levaram-no a rechaçar a ideia de *domínio final do fato*. Aliás, afirma que, no primeiro trabalho desenvolvido sobre a autoria, Welzel introduziu o conceito “de forma absolutamente repentina e sem explicação, como se seu significado fosse compreensível por si mesmo”. Por outro lado, Roxin considera que também a “unilateralidade dos critérios compreendidos de

forma lógica e exata” e a “sua incapacidade de satisfazer as diversas formas de manifestação da vida em suas expressões individuais” não servem como critérios para definir a ideia de domínio do fato.

A partir deste contraponto à ideia de Welzel, Roxin exclui a delimitação do domínio do fato como um conceito indeterminado, porquanto inservível para a solução das questões da autoria, bem ainda como um conceito fixo, porque é impossível prever textualmente todos os fatos da vida da forma precisa que exige a subsunção típica, classificando-o como um conceito aberto, composto de características fáticas e também prescritivas, estabelecendo diretrizes para a apreciação judicial.

Roxin desenvolve sua concepção de domínio do fato assentada no fundamento de que “o autor é a figura central” do fato típico mediado pela conduta, sendo autor aquele que domina o fato, desempenhando papel decisivo na realização do tipo.

Dito de outra forma, afirma Roxin, citado por Alflen (2014, p. 110) que “tem o domínio do fato e é autor, quem aparece como a **figura central**, a **figura-chave** na realização do delito, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento”.

Com fulcro na concepção de que o “autor é a figura central” do acontecimento típico, Roxin adota uma ideia de domínio do fato baseada no tripé formado pelos critérios de domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade, cada qual correspondendo às formas de autoria, ou seja, autoria direta, coautoria e autoria mediata, respectivamente.

A autoria direta ou individual como domínio da ação ocorre quando o agente realiza pessoalmente todos os elementos do tipo penal. Nesse aspecto, a concepção roxiniana se assemelha ao critério objetivo formal, adotado majoritariamente entre nós, porquanto aquele que realiza o verbo nuclear do tipo age de forma imediata sendo, portanto, autor.

Outra forma de domínio do fato se dá pela atuação coordenada, com divisão de tarefas para a prática de um fato, envolvendo, pelo menos, duas pessoas.

Assim, “se duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuem para a sua realização com um ato relevante de um delito, elas terão o *domínio funcional do fato* (funktionale tatherrschaft), que fará de cada qual coautor do fato como um todo, ocorrendo aqui, como consequência jurídica, o que se chama de imputação recíproca” (Greco, 2014, p. 30).

Portanto, são requisitos da coautoria o planejamento conjunto do fato, a execução conjunta e a prática de uma contribuição essencial na execução do fato típico. Quanto a este último pressuposto, está presente quando o coautor pratica atos executórios relevantes para o êxito do delito planejado, tendo co-domínio do acontecimento.

A terceira hipótese de domínio do fato, segundo a concepção desenvolvida por Roxin, é assentada no domínio da vontade de um terceiro que, por alguma razão, é utilizado como mero instrumento pelo idealizador do agir criminoso.

Esta hipótese de domínio da vontade de um terceiro se expressa de três formas: i) coação exercida sobre o homem da frente, ii) indução do homem da frente a erro, iii) domínio exercido por meio de um aparato organizado de poder.

No caso de coação exercida sobre o homem da frente, o coator mantém, sob seu controle, o curso sobre o acontecimento, dominando o fato de maneira mediata. Aqui, Roxin propõe a aplicação do “princípio da responsabilidade”, exculpando o homem da frente e responsabilizando o homem de trás, o que, no nosso Código Penal, encontra correspondência no art. 22.

O domínio pela indução do homem da frente em erro se fundamenta no conhecimento superior do homem de trás, o que o faz dominar a sua vontade. Segundo pontifica Alflen (2014, p. 131):

No tocante ao domínio da vontade em virtude de erro, Roxin faz uma divisão em quatro níveis possíveis. Tais níveis compreendem: a) o executor que age sem dolo (*"ohne vorsatz"*); b) o executor que age em erro de proibição (*"verbotsirrtum"*); c) o executor que erra sobre os pressupostos do estado de necessidade exculpante (*"entschuldigenden notstandes"*); d) o executor que age de forma "plenamente criminosa" (*"volldeliktisch"*).

A hipótese de domínio sobre a vontade de um terceiro por meio de um aparato organizado de poder, embora tratado brevemente por Roxin em sua tese de habilitação, foi aprofundado, no mesmo ano, em artigo publicado na revista *Goldammer's Archiv für Strafrecht*.

Esta modalidade foi pensada com base em casos concretos, já submetidos à apreciação judicial, como o caso Eichmann, que tratava de assassinatos em massa, ocorridos em campos de concentração.

Segundo esta concepção, afirma Greco (2014, p. 27) que "aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados".

Roxin, depois de defender que o domínio da vontade por aparatos organizados de poder constitui modalidade de autoria mediata, apresenta pressupostos fundamentais para a sua caracterização, quais sejam: 1) o poder de comando; 2) a desvinculação do direito pelo aparato de poder; 3) a fungibilidade do executor direto; d) a disposição essencialmente elevada dos executores do fato.

O primeiro pressuposto significa que o homem de trás detém o poder de decisão acerca da realização do fato, decidindo sobre o "se", o "quando" e o "como" será realizado.

Segundo pontifica Roxin (online):

[...] o executor e o homem de trás possuem forma diferentes de domínio do fato, que não se excluem mutuamente. Quem mata a vítima com as próprias mãos, exerce o assim

por mim denominado domínio da ação, portanto, um domínio que resulta da execução de um determinado ato. O homem de trás possui, de acordo com isso, o domínio por organização, isto é, uma possibilidade de influência que lhe garante a produção do resultado por ordem do aparato de poder existente sem a execução do fato pelas própria mãos.

Para exercer seu poder de mando, “o homem de trás deve conhecer as condições básicas determinadas pelas estruturas da organização, pois somente tal conhecimento permite com que ele se aproveite da estrutura para a prática de delitos” (Alflen, 2014, p. 140).

A desvinculação do direito pelo aparato de poder quer dizer que tais estruturas devem atuar à margem da ordem jurídica. Nessa perspectiva, organizações que se orientam de acordo com o direito, segundo Roxin, devem funcionar mediante o uso de meios indicados pela ordem jurídica, de arte que é de se esperar que ordens ilegais eventualmente dadas não serão automaticamente cumpridas por terceiros responsáveis.

O domínio por organização exige que os executores das ordens sejam fungíveis, isto é, possam ser substituídos a qualquer momento pelo aparato de poder, o qual dispõe de vários executores. Assim, nada obstante o destinatário da ordem ilegal seja livre, diferentemente do que ocorre no domínio do erro, da coação e da inimputabilidade, a sua recusa em cumpri-la, ou a sua impossibilidade de cumpri-la, não inviabiliza o projeto do mandante, visto que pode ser imediatamente substituído por outro executor anônimo.

Conforme a compreensão de Roxin (online):

Também a fungibilidade, isto é, a possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais de preenchimento do tipo penal, para mim sempre foi um elemento essencial do domínio por organização. O cumprimento das ordens do homem de trás, assim seguia minha tese, é assegurado em grande parte justamente pelo fato de que muitos potenciais executores encontram-se à disposição, de modo que a recusa ou a perda de um indivíduo não pode impedir a realização do tipo.

Costuma-se denominar este conceito de fungibilidade negativa, porquanto a impossibilidade do agente instrumentalizado executar a medida ordenada não impedirá que o resultado almejado pelo aparato de poder se concretize. Por outro lado, a fungibilidade positiva decorre de uma diversidade de executores, substituíveis entre si, disponíveis para a execução das ordens proferidas do aparato de poder.

O quarto pressuposto do domínio por organização consiste na disposição essencialmente elevada dos executores para o fato. Este requisito, que não havia sido elencado por Roxin em sua formulação originária, em 1963, tendo sido inserido apenas em 2006, sob a influência dos estudos de Schroeder e Heinrich, alude que, em um aparato organizado de poder, desvinculado do direito, quem executa o derradeiro ato de colmatação do tipo penal é diferente de um autor isolado em si mesmo.

Roxin (online) parte da ideia de que

aquele que em um aparato organizado de poder desvinculado do direito executa o último ato de preenchimento do tipo é diferente de um autor isolado em si mesmo. Ele está sujeito a numerosas influências específicas da organização, que na verdade não excluem de modo algum a sua responsabilidade, mais o tornam mais disposto ao fato que outro potencial delinquente e, visto de forma global, aumentam a probabilidade do resultado por meio de uma ordem e contribuem com o domínio do fato do homem de trás.

Segundo leciona Jipiassú (2015, *online*), para Roxin:

a “disposição” ou “inclinação ao fato delituoso” em nada interferiria na liberdade ou na responsabilidade penal do autor imediato, constituindo, juntamente com os três requisitos supracitados, “um aspecto de domínio da organização”. No caso específico, esse aspecto consiste na percepção de que aquele que está na ponta final de um aparelho organizado de poder – diferentemente do verificado em um autor individual isolado –, submete-se a “múltiplas influências criminológicas”. De toda sorte, isso não exculpa nem reduz sua responsabilidade.

Delimitados os conceitos de autor, coautor e partícipe à luz da teoria do domínio do fato, bem como contextualizada esta no âmbito das teorias restritivas, porque diferencia autor de partícipe, sendo, ademais, da natureza objetivo-subjetiva, resta enfrentar o tema referente à adoção, ou não, da teoria trazida a lume pelo Código Penal pátrio, conforme adiante se discorrerá.

6.2 A teoria do domínio do fato e o Código Penal brasileiro

O Código Penal, na sua redação originária, adotou, em seu art. 25, a teoria unitária, como corolário da adoção da teoria da equivalência dos antecedentes causais, de modo que não distinguia as figuras do autor e do partícipe.

A reforma da Parte Geral do referido Estatuto modificou essa orientação. No entanto, diverge a doutrina acerca da opção adotada pelo legislador reformista, uns aduzindo haver se encampado a teoria do domínio do fato, diante da clara adoção da teoria finalista de Welzel, enquanto outros entendem que foi acolhida a teoria restritiva, através do critério objetivo-formal, havendo uma terceira linha que afirma ter permanecido a teoria unitária.

Segundo a compreensão adotada por Masson (2015, *on line*), “o art. 29, caput, do Código Penal, acolheu a teoria restritiva, no prisma objetivo-formal.” Esse posicionamento é compartilhado por Capez (2008, p. 338) para quem “a posição mais correta é a restritiva. Dentro dela, o critério formal-objetivo, ainda que padecendo de certas deficiências, é o que mais respeita o princípio da reserva legal.”

Para outros, o Código adotou a teoria do domínio do fato, conforme enxerga Franco (2001, p. 483), ao afirmar que a reforma penal:

Na medida em que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação de erro sobre o tipo, na medida em que aceitou o erro de proibição e finalmente, na medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reco-

nhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato.

Já Alflen (2014, p. 169), depois de defender que, mesmo com a reforma de 1984, o Código Penal permaneceu fiel à teoria unitária, por influxo da doutrina italiana, afirma ser incompatível a teoria do domínio do fato no Direito Penal brasileiro, porquanto esta tem seus pilares assentados na teoria diferenciadora, bem ainda porque a doutrina em referência rechaça as premissas causais-naturalistas que, ao contrário, são as bases do sistema unitário.

Aduz, portanto, que não se afigura correto o entendimento de que a teoria do domínio do fato se amolda ao nosso Direito Penal, por duas razões básicas:

em primeiro lugar, porque o próprio Roxin não só rechaça categoricamente a adoção de um sistema unitário, como esclarece que desenvolve sua teoria sobre o pilar do sistema diferenciador; em segundo lugar, porque a concepção de domínio do fato (tanto de Welzel quanto de Roxin) está assentada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar de sustentação do sistema unitário.

Por conseguinte, não há como transpor a teoria do domínio do fato de Roxin ao plano brasileiro, devido a sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional.

Verifica-se, assim, que o tema está longe de ser pacífico dentre os doutrinadores nacionais. No entanto, adota-se o posicionamento de que o Código Penal, a partir da reforma da sua Parte Geral, adotou a teoria restritiva, opção esta que não exclui a teoria do domínio do fato. Ao contrário, a primeira, só por si, é incapaz de responder os anseios sociais, notadamente quanto à punição da criminalidade organizada, na qual os chefes não realizam o verbo descrito no tipo penal, mas possuem total domínio acerca da realização do delito.

Nessa leitura, somente através da conjugação da teoria restritiva com a teoria do domínio do fato é possível ao intérprete solucionar modernos problemas da criminalidade, como se dá no caso da autoria de escrivania. Assim, diante do anteriormente exposto, pode-se concluir que autor é quem realiza o verbo núcleo do tipo (por exemplo, aquele que subtrai a coisa móvel no roubo); quem tem o domínio organizacional da ação típica (Ex. aquele que chefia a organização criminosa); quem participa funcionalmente da execução do delito mesmo sem realizar o verbo nuclear do tipo (Ex. aquele que fica na porta do banco de arma em punho, enquanto os outros subtraem os valores), ou ainda quem exerce o domínio sobre vontade de outras pessoas, a exemplo do que ocorre na autoria mediata.

6.3 Críticas formuladas à teoria do domínio do fato

A teoria do domínio do fato não está infensa a críticas. A primeira delas reside no fato de que Roxin, como também Welzel, não definiram o que significa domínio do fato, limitando-se a afirmar as hipóteses em que o domínio do fato está presente.

Por outro lado, Roxin desenvolve sua teoria com base no critério da figura central para a identificação da autoria. Todavia, não esclarece o que significa a figura central, quando se pode dizer que alguém é a figura central, sendo, portanto, um conceito vago, indeterminado.

Afirma-se, ainda, quanto à órbita de execução material do delito, que qualquer dos membros que execute a conduta, sem possuir o domínio do fato, pode estancar a sua ação, deixando de iniciar os atos executivos, ou até mesmo desistindo no curso da empreitada, impedindo o resultado, o que demonstra que possui uma certa autonomia da ação delitiva e, portanto, pode ser considerado figura central do crime.

Vale ressaltar ainda, que segundo os críticos da teoria em discussão, na autoria mediata existe, na verdade, autoria direta disfarçada,

em que alguém, desejando o resultado, vale-se de um agente-instrumento para realizar por si a conduta. Aduzem que responderá pelo fato como autor, ao passo que o executor, por não possuir culpabilidade, não será punido. Dessa forma, aludem não necessitar nesses casos se recorrer a teoria do domínio do fato.

Alega-se, por fim, que a teoria do domínio do fato é falha, já que não possui aplicação no âmbito dos crimes culposos, nem dos delitos omissivos, demonstrando, com isso a sua fragilidade.

6.3.1 Os crimes omissivos

Procedem as críticas quanto à inaplicação da teoria do domínio do fato aos crimes omissivos. De fato, aos delitos omissivos, sejam próprios ou impróprios, a teoria não se aplica, porquanto se caracterizam, não por uma ação, mas pela abstenção de um comportamento esperado do homem que convive em sociedade que, por sua relevância, é tipificado como crime.

Na omissão, é autor quem, possuindo o dever de atuar para evitar o resultado, deixa de realizar a conduta impeditiva, vindo a responder pela inobservância do dever jurídico de agir, quando podia, dadas as circunstâncias, fazê-lo sem risco pessoal. Não há se cogitar de domínio do fato, porque não desejado, sendo punível a sua conduta apenas por não fazer o que se esperava fosse feito.

Neste sentido preleciona Jesus (2012, p. 477):

A teoria do domínio do fato, que rege o concurso de pessoas, não tem aplicação aos delitos omissivos, sejam próprios ou impróprios, devendo ser substituída pelo critério da infringência do dever de agir. Na omissão, o autor direto ou material é quem, tendo dever de agir para evitar um resultado jurídico, deixa de realizar a exigida conduta impeditiva, não havendo necessidade de a imputação socorrer-se da teoria do domínio do fato.

Desse modo, consoante já explicitado, somente possui aplicação a teoria do domínio do fato quando o agente possa decidir sobre o crime, sua continuidade, suas circunstâncias fáticas, como modo de execução e lugar, o que não ocorre nos crimes omissivos, os quais ocorrem quando o sujeito devia e podia agir para evitar o resultado, descabendo cogitar de domínio do fato.

6.3.2 Os crimes culposos

Como é cediço, o delito culposos consiste em um tipo penal aberto no qual se faz menção genérica às modalidades de culpa (imprudência, negligência e imperícia), sem que haja referência a uma conduta típica específica.

Consoante preleção doutrinária, constituem elementos do fato típico culposos a) a conduta voluntária do agente, b) o resultado típico involuntário, c) o nexo de causalidade, d) previsibilidade objetiva, e) ausência de previsão e f) quebra de um dever objetivo de cuidado. Assim, inobstante a conduta do agente seja voluntária, o resultado típico não é desejado, vindo a ocorrer em virtude da violação do dever de cuidado.

Conforme já afirmavam em suas formulações Welzel e Roxin, a teoria do domínio do fato não se aplica aos delitos culposos, porquanto não há como exercer domínio sobre algo que não é desejado, não havendo planejamento na sua execução, nem possibilidade de dominar a vontade de alguém com a finalidade de realizar algo não querido.

É nesse mesmo sentido o entendimento de Pacelli e Callegari (2015, 366), para quem:

Por essa razão não existe, no âmbito dos delitos culposos, a diferença entre autoria e participação. Isso porque toda a classe de concausação na produção não dolosa de um resultado mediante uma ação que lesiona o cuidado conforme o âmbito de relação é autoria. É que a forma do domínio do

fato não é aplicável ao autor culposo, já que justamente não tem tal domínio; autor culposo é, portanto, somente aquele que não aplica o dever de cuidado requerido no âmbito de relação. Por isso mesmo não pode haver um autor mediato culposo, pois esta categoria parte necessariamente do conceito do domínio do fato e a instrumentalização então consciente de outra pessoa.

Contudo, conforme explicitado anteriormente, a teoria do domínio do fato deve complementar, e não excluir, a teoria objetivo-formal, de modo que nos delitos dolosos cabe à teoria restritiva, pelo critério indicado, determinar se a conduta culposa do agente foi ou não penalmente relevante, pois a teoria do domínio do fato somente possui aplicação quando o autor do fato age consciente e voluntariamente desejando uma finalidade.

6.4 A teoria do domínio do fato e sua aceitação nos Tribunais Superiores brasileiros

Conforme precedentemente aludido, seja para assegurar a realização do delito, para garantir a sua impunidade, ou mesmo porque interessa a mais de um agente o seu cometimento, reúnem-se os sujeitos, cada vez mais frequentemente, em consórcios, dividindo as tarefas e auxiliando-se mutuamente, com a consciência plena do resultado almejado. Muitas vezes, utilizam-se de pessoas jurídicas para a consecução do objetivo criminoso, merecendo destaque hodiernamente a criminalidade organizada, que tem demandado um combate efetivo por parte do Estado, enquanto titular absoluto do *jus puniendi*.

Atenta a essa realidade, a jurisprudência tem se valido da teoria do domínio do fato, a fim de alcançar aqueles agentes criminosos que, sem realizar o verbo núcleo do tipo, controlam finalisticamente a conduta de outras pessoas.

Todavia, cumpre aduzir que não há uma homogeneidade nos

critérios adotados pelos Tribunais pátrios, havendo, por vezes, um certo descompasso com relação aos fundamentos assentados por Welzel e Roxin, muitas vezes misturando-se os conceitos de um e de outro, ainda que incompatíveis entre si.

6.4.1 Adoção da teoria do domínio do fato pelo Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça já se vislumbram casos em que foi aplicada a teoria em testilha, conforme abaixo se observa:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. COAUTORIA. PRINCÍPIO DO DOMÍNIO DO FATO. EMBOSCADA. ART. 61, II, "c", DO CP. AGRAVANTE GERAL NÃO-APLICÁVEL AO COAUTOR QUE A DESCONHECIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação entre co-autoria e participação, sendo co-autor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução. 2. {...}. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para, reconhecendo a atuação do réu como co-autor do delito de latrocínio, afastar a incidência do art. 29, § 1º, do CP, restabelecendo o acórdão proferido em sede de apelação.

Tratava-se de crime de latrocínio em que a participação do acusado se resumiu em aguardar em local ermo a subtração da *res*, apoderar-se do produto do crime, evadir-se do distrito da culpa e comercializar o produto do crime de maneira clandestina. Entendeu o Tribunal que ocorreu, no caso, coautoria, mesmo não tendo aquele praticado a conduta descrita pelo verbo núcleo do tipo, por possuir domínio do fato.

Segundo consta do voto do eminente Ministro Relator, *“da análise dos autos, verifica-se que o recorrido combinou com o comparsa a entrega de seu veículo Fiat, ano 1981, em troca do recebimento de*

um veículo Gol, ano 1984, que seria subtraído da vítima depois de matá-la” (online).

O Relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima, em seguida, concluiu que *“no caso, constata-se a ocorrência de coautoria em relação ao réu e seu comparsa, mesmo não tendo aquele praticado a conduta descrita pelo verbo núcleo do tipo, mas por possuírem o domínio do fato” (online).*

No caso em tela, o Tribunal se utilizou a teoria do domínio do fato de Roxin, realçando a ocorrência do planejamento conjunto, baseado na divisão de tarefas. Todavia, no caso sob comento, não houve a realização conjunta, já que a conduta do recorrente se limitou a esperar em um local indicado, a fim de receber o veículo. Por outro lado, o Tribunal olvidou de explicitar se referido acusado praticou uma contribuição essencial para a etapa de execução do fato típico.

Observa-se, portanto, que a teoria do domínio do fato possui aplicação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora ainda timidamente, admitindo-se a coautoria de agente que sequer se fez presente ao local do delito, mas detinha controle finalístico sobre a ação típica, sua interrupção e circunstâncias.

Entretanto, ao aplicar a teoria do domínio do fato, ora mistura conceitos desenvolvidos por Welzel com outros adotados por Roxin, por vezes incompatíveis entre si, ora adotam uma das linhas empregadas pelos juristas sem, contudo, preocupar-se com a observância de todos os pressupostos que sustentam as bases da teoria adotada.

6.4.2 Adoção da teoria do domínio do fato pelo Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Originária nº 1047, do Estado do Roraima, no caso em que se pleiteava a absolvição do autor intelectual do delito, porque os partícipes haviam sido absolvidos, aplicou a teoria do domínio do fato. Segundo se extrai do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (*online*):

O Código Penal, no art. 29, ao tratar do concurso de pessoas, prevê as figuras do autor, coautor e partícipe, de sorte que pode integrar legitimamente o polo passivo da ação penal quem de qualquer modo concorra para o crime, ainda que não tenha praticado diretamente, no sentido naturalístico, a conduta prevista no núcleo do tipo penal.

Nos termos de nosso Código Penal, autor é aquele que comete a ação típica, aí incluídos os casos de autoria mediata, influência da teoria do domínio do fato de Welzel, segundo a qual autor é todo aquele que tem o “domínio final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática.

No caso ora sob comento, tratava-se da imputação do crime de homicídio e quadrilha ou bando, julgados pelo Tribunal do Júri da Comarca de Roraima, cuja apelação foi remetida ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, ‘n’, da Constituição Federal, porquanto mais da metade dos integrantes do Tribunal de Justiça se declararam impedidos, havendo sido convertida na Ação Originária nº 1047. Assentou a Corte que a absolvição dos partícipes não implicaria, de plano, a do mandante, o qual detinha o controle final do fato.

Aqui, inobstante a citação expressa de Welzel, a teoria do domínio do fato por este formulada não possui integral aplicação para aferir a responsabilidade do mandante do crime, na qualidade de coautor. E isto ocorre porque, segundo Welzel, a coautoria pressupõe decisão conjunta do fato, bem ainda execução igualmente conjunta, dividida, dos atos parciais, o que não ocorre na autoria de escrivania, aplicável na teoria do domínio do fato por aparatos organizados de poder que, por sua vez, é uma construção de Roxin, não tendo aplicação a casos como os tratados no presente julgado.

6.4.2.1 O julgamento da Ação Penal n. 470

O cognominado “Escândalo do Mensalão” surgiu quando o ex-deputado federal e, então, Presidente Nacional do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, Roberto Jefferson, denunciou, perante a Comissão

Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI dos Correios, a existência de um esquema de pagamentos mensais a parlamentares da base do governo, os quais, em troca, votariam favoravelmente nos projetos enviados à Câmara dos Deputados, durante o primeiro mandato do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Depois de uma investigação realizada pela Polícia Federal, por meio do Inquérito n. 2245, instaurado em 20 de julho de 2005 pela Suprema Corte, tendo em vista a existência de investigados dotados de foro por prerrogativa de função, a Procuradoria-Geral da República denunciou 40 (quarenta) pessoas, dentre as quais José Dirceu, ex-ministro da Casa Civil da Presidência da República, e José Genuíno, ex-Presidente Nacional do Partido dos Trabalhadores – PT, os quais compunham o núcleo político do esquema de corrupção.

Já no bojo do referido Inquérito, em que se discutia o recebimento da peça delatória, no caso do chamado “Mensalão”, deixou claro a Suprema Corte que para o reconhecimento da autoria e da coautoria não é necessária a participação efetiva de cada um dos agentes em atos materiais de execução do delito, podendo existir a divisão de tarefas entre os integrantes do grupo criminoso.

De outra parte, segundo a Denúncia do Ministério Público havia, para a obtenção dos recursos financeiros e posterior pagamento aos destinatários, um núcleo político, um núcleo operacional e um financeiro. Assim, sob o comando político de José Dirceu, dentre outros, empresários captavam recursos, por meio de contratos fictícios de agências de publicidade com o Banco do Brasil e com a própria Câmara dos Deputados, que repassavam os valores sem a respectiva prestação dos serviços, bem ainda através de empréstimos falsos perante instituições financeiras.

Já na Denúncia oferecida pelo Ministério Público, a qual foi recebida em 28 de julho de 2007, transformando-se na Ação Penal n. 470, o Procurador-Geral da República mencionou a teoria do domínio do fato, para imputar ao então denunciado José Dirceu a qualidade de

chefe do organograma criminoso, já que teria o domínio funcional de todos os delitos perpetrados em desfavor da Administração Pública.

Discorrendo acerca do tema em alusão, explicita Jupiassú (2015, *online*):

Como visto, e apesar de críticas de diversas ordens, a teoria do domínio do fato, nas suas diversas vertentes, ganhou aceitação geral, particularmente na jurisprudência. Nesse sentido, cabe destacar a visibilidade que esta construção teórica recebeu, no Brasil, por ocasião do julgamento, no STF, da Ação Penal nº 470, comumente conhecida como “Caso Mensalão”, onde se imputou a 40 (quarenta) pessoas o envolvimento em um “esquema de compra de votos de parlamentares” havido no primeiro mandato do então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva. Os crimes constantes da acusação foram formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta e evasão de divisas. Em 2013, o caso foi julgado no Plenário do STF. Decorridos quatro meses e meio de intensos debates, a Corte, por maioria de votos, condenou 25 dos 40 réus, fixando-lhes penas de diversas espécies e quantidades, conforme o grau de participação dos concorrentes, além de deliberar pela perda do mandato de três deputados federais condenados no processo.

O Relator da citada Ação Penal, Ministro Joaquim Barbosa, adotou em seu voto a teoria do domínio do fato para alcançar os integrantes do chamado núcleo político, em especial José Dirceu, mencionando que os crimes foram praticados mediante amplo concurso de agentes, com divisão de tarefas, em que cada um praticou uma fração dos atos executórios.

Nessa perspectiva, entendeu o Relator que as provas produzidas na instrução do processo confirmaram o *modus operandi* descrito na Inicial, bem ainda o papel de comando do, então, acusado José Dirceu, aliado a José Genuíno, no esquema criminoso, o qual se tornou imprescindível para o sucesso do delito.

O Ministro cita expressamente a teoria ora em discussão, nos seguintes moldes:

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem o poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final (fls. 52.776).

Enfatizou o Ministro Joaquim Barbosa que os acusados do chamado núcleo político detinham o domínio funcional do fato, ressaltando a divisão de tarefas entre os componentes, a fim de assegurar o êxito da empreitada criminosa. Desse modo, conclui que “os pagamentos de vantagens indevidas foram executados mediante amplo concurso de agentes, com divisão de tarefas detalhadamente demonstrada, em que cada autor praticou uma fração dos atos executórios do *iter criminis*” (fls. 53.316).

Em seguida, o Ministro, citando a obra do doutrinador Damásio de Jesus, pontua:

Trata-se do chamado ‘domínio funcional do fato’, assim denominado porque alude à repartição de atividades (funções) entre os sujeitos. Os atos executórios do *iter criminis* são distribuídos entre os diversos autores, de modo a que cada um é responsável por uma parte do fato, desde a execução até o momento consumativo [...] (fls. 56.319).

Como se pode observar, a maioria dos membros da Suprema Corte acolheu os a teoria do fato para o julgamento do chamado “Esquema do Mensalão”, para o fim de alcançar os integrantes dos núcleos político e econômico.

Há vozes na doutrina que defendem a correta aplicação, no referido julgamento, dos contornos da teoria do domínio do fato, como faz Bottini (*online*), ao afirmar:

Sabe-se que a fixação da autoria nos crimes empresariais é complexa, e muitas vezes a estrutura organizacional é voltada para ocultar os efetivos responsáveis pela determinação da conduta delitiva. E tal estratégia merece atenção, devendo ser minada por análises cuidadosas dos fluxos de poder e responsabilidade dentro das instituições – que, aliás, a Corte fez com precisão em diversas oportunidades na AP 470.

Porém, muitas vezes se postaram contrariamente à adoção da teoria do domínio do fato, ora porque não obedeceu aos pressupostos em que assentada a referida teoria, seja por Welzel seja por Roxin, ora porquanto a teoria em destaque não dispensa o exame e a existência de provas da autoria delitiva.

A primeira crítica partiu do próprio Supremo Tribunal Federal, a partir do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o qual entendeu que a mera detenção de posição hierárquica superior não se revela suficiente para a imputação de coautoria ou autoria mediata. Em sua compreensão, a Corte não poderia condenar determinados réus com base apenas em ilações ou conjecturas, criticando, no ponto, a adoção da teoria do domínio do fato de forma indiscriminada.

Extraí-se do voto do citado Ministro, o qual afirmou que o próprio Roxin tem manifestado preocupação com o alcance indevido que alguns juristas e cortes de justiça têm dado à teoria do domínio do fato, que (online, p. 56565):

Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo *Parquet* como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual adequado. No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém.

Aflen (2014, *online*), em contundente crítica, afirma que a Corte procedeu a um *mixtum compositum* entre a concepção de Welzel e a forma de domínio do fato em virtude de aparatos organizados de poder, de Roxin, as quais são, conforme sustenta, totalmente incompatíveis. Ademais, obtempera que:

Por ocasião do julgamento da referida ação penal, na tentativa (e no afã) de proceder à delimitação da autoria dos acusados, o Supremo Tribunal Federal utilizou de uma anomalia, a qual intitulou de “teoria do domínio do fato”. De forma absolutamente incongruente, ao longo de mais de oito mil páginas que integram o acórdão, a Corte fundiu teorias incompatíveis entre si, não especificou os critérios que utilizou para nortear aquilo que denominou de “domínio do fato, e, sobretudo, deixou de indicar analiticamente dados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão.

É de se ponderar, ainda, que a Ministra Rosa Weber refere em seu voto que os dirigentes de instituições financeiras são presumivelmente autores, porquanto, aquele que ostenta a condição de gestor tem o domínio do fato. A conclusão em referência se revela inaceitável em nosso ordenamento jurídico, já que conduz à responsabilização objetiva dos acusados.

Ainda sobre a teoria do domínio do fato, a Corte assentou que “[...] o fato de se tratar de empregada e, como tal, de trabalhadora subordinada, e de não dispor de poderes sobre o patrimônio da sociedade empresária não afasta, isoladamente, o domínio do fato delitivo, elemento da culpabilidade”.

Como se pode observar, a Corte, inadvertidamente, classificou o domínio do fato como elemento da culpabilidade, remontando, como visto acima, à concepção de Hegler, elaborada em 1915, para quem somente age com culpabilidade quem detém o domínio do fato. Todavia, tal concepção foi rechaçada já a partir de Welzel, para quem o domínio do fato integra a estrutura do próprio tipo penal.

Por fim, e sem esgotar as críticas formuladas ao referido julgamen-

to, no tangente à adoção da teoria do domínio do fato, que o próprio Roxin estabelece como requisito para a sua aplicação a dissociação da estrutura organizada de poder em relação ao ordenamento jurídico, o que afasta a aplicação da teoria em tela para empresas e instituições bancárias.

Conforme se pode observar, a Suprema Corte brasileira adotou, por maioria de sua composição plenária, no julgamento da Ação Penal n. 470, a teoria do domínio do fato, a fim de alcançar aqueles acusados, principalmente dos núcleos político e financeiro que, sem participar da ação típica, mediante a prática do verbo núcleo do tipo penal, detinham o controle final do fato, com poderes de fazer cessar, se quisessem, a ação criminosa.

Todavia, conforme ressaltado, o reconhecimento da teoria do domínio do fato por aparatos organizados de poder, conforme adotado pela Suprema Corte, não atendeu aos requisitos concebidos por Claus Roxin em sua formulação teórica, ou seja, o poder de mando, a desvinculação do direito pelo aparato de poder, a fungibilidade do executor direto e a disposição essencialmente elevada dos executores para o fato.

Portanto, malgrado essa conceituação doutrinária não seja acolhida expressamente pela legislação brasileira, compreende-se admissível sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio, porquanto o conceito de autor se origina da realidade fática, e não da norma jurídica positiva. Porém, a formulação teórica acima explicitada, de forma breve, não pode ser acolhida sem adaptações a nossa realidade, bem ainda o domínio do fato pelo agente deve ser comprovado no caso concreto, rechaçando, assim, a responsabilização objetiva.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa monográfica, que pretendeu auxiliar no debate acerca da possibilidade de aplicação no direito penal bra-

sileiro da teoria do domínio do fato, pôde constatar, do cotejo entre os posicionamentos favoráveis e contrários, que desponta o mesmo de aceitação doutrinária, bem como na jurisprudência das Cortes Superiores.

Observou-se que a criminalidade no Brasil vem sendo, cada dia mais, praticada em grupos organizados, sobressaindo-se os delitos societários, contra o meio ambiente, muitas vezes com o auxílio de pessoas jurídicas, bem como as organizações criminosas e os delitos praticados em prejuízo do erário público, nos quais muitas vezes o executor material sequer conhece o chefe da empresa criminosa.

Viu-se que o atual conceito de autoria é insuficiente para responder às necessidades da criminalidade moderna, porquanto autor, segundo a teoria majoritariamente aceita na doutrina nacional, é aquele que realiza o verbo núcleo do tipo. Nesse contexto, verificou-se que tal conceito se revela insuficiente, pois não soluciona os problemas da criminalidade empresarial, bem como os casos de autoria mediata.

Respondeu-se que a teoria do domínio do fato consiste em uma formulação de Welzel, criada em 1939, bem ainda por Claus Roxin no final da década de 60, a partir do rechaço da concepção welzeliana, com o objetivo de solucionar casos em que a teoria restritiva da autoria é insuficiente, de modo que, a partir de sua concepção autor não é somente quem pratica o verbo nuclear da ação típica, mas também quem tem o domínio organizacional da ação típica, quem participa funcionalmente da execução do delito mesmo sem realizar o verbo nuclear do tipo ou ainda quem exerce o domínio sobre vontade de outras pessoas.

Registrou-se que, com frequência, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm utilizado dos conceitos da teoria do domínio do fato, todavia, às vezes, mesclando os pressupostos elencados por Welzel com aqueles elaborados por Roxin, embora sejam inconciliáveis. Ressaltou-se, no ponto, o julgamento da Ação Penal n. 470, pelo Supremo Tribunal Federal, enfocando vários desses equívocos, a

exemplo da mistura de conceitos, bem ainda da aplicação indevida do domínio do fato por aparatos organizados de poder à empresas e instituições privadas.

Conforme se observou, a teoria do domínio do fato é perfeitamente compatível com o direito penal brasileiro, sendo adotada tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, com satisfatória aplicação no bojo da criminalidade organizada, nos casos de autoria intelectual, bem como na autoria mediata, os quais, pela teoria objetivo-formal não são resolvidos de forma justa.

Registrou-se que a teoria em testilha não é capaz de solucionar todos os problemas da autoria delitiva, apresentando falhas, da mesma forma que a teoria objetivo-formal. Nesse contexto, vislumbrou-se que a teoria do domínio do fato não se aplica aos crimes omissivos nem aos delitos culposos, nos quais o agente não deseja o resultado e, portanto, não pode possuir o domínio final de um resultado não querido.

Por esse motivo, consignou-se que a teoria sob enfoque merece plena aplicação no direito pátrio, todavia deve ser complementada com a teoria objetivo-formal, bem ainda adaptada a nossa realidade jurídico-penal, a fim de evitar a responsabilização objetiva do agente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dezembro 1940. Disponível em: <<http://www.presidência.gov.br/>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação originária n. 1047**, Tribunal pleno., Rel. Min. Joaquim Barbosa, 11.04.2008; STF.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 2245**, Tribunal pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 09.11.2007; STF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal **n. 470**, Tribunal pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 22.04.2013; STF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1068452**, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 29.06.2009; STJ.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato, 1ª edição*. Saraiva, 02/2014. VitalSource Bookshelf Online.

_____. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Universitas JUS, v. 25, n.2, p. 15-33, 2014. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/2826/2447>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aplicação da teoria do domínio do fato na AP 470*. **Conjur**, São Paulo, 13 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. São Paulo: Forense, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Autoria e participação delitiva**: Da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva. Revista dos tribunais. Ano 2005, mês/SET, páginas 462-481.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, v. I, São Paulo, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral. Teoria constitucionalista do delito. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____.; BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). Salvador: Juspodivm, 2015.

GRECO, Luís; LEITE, Almor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: *parte geral, 34ª Edição*. Saraiva, 12/2012. VitalSource Bookshelf Online.

_____. **Direito penal**. v. I, Parte Geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JAPIASSÚ, Carlos, SOUZA, Artur. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1, 2ª edição**. Forense, 08/2015. VitalSource Bookshelf Online.

MASSON, Cléber. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1, 9ª edição**. Método, 01/2015. VitalSource Bookshelf Online.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 1. ed. 4 tiragem. São Paulo: Atlas, 1999.

Pacelli, Eugênio, Callegari, André . **Manual de Direito Penal**: *parte Geral*. Atlas, 04/2015. VitalSource Bookshelf Online.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. In Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law e-Journal. Ed. Panóptica. Número 17/npv/2009. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Disponível em <www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/op_4.3_2009_69_94/94> Acesso em 04 jun. 2016.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte Geral, editora Atlas, São Paulo, v. I, 1ª edição, 2004.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire/LEONI, Rafaela Aparecida Parizi. **Breves Esclarecimentos Conceituais sobre a Teoria do Domínio do Fato**. Jun.2015. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26877030_BREVES_ESCLARECIMENTOS_CONCEITUAIS SOBRE DA TEORIA DO DOMINIO_DO_FATO.aspx>. Acesso em: 9 abr. 2016.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.