

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE – DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO, EVOLUÇÃO E APLICAÇÃO
NO BRASIL**

MURILO ANTÔNIO FILGUEIRAS DA SILVA GALVÃO

PUC/ SP
SÃO PAULO
2015

MURILO ANTÔNIO FILGUEIRAS DA SILVA GALVÃO

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO, EVOLUÇÃO E APLICAÇÃO
NO BRASIL**

Monografia apresentada à
Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, como exigência parcial
para obtenção do título de
Especialista em Direito Penal e
Direito Processual Penal, sob a
orientação do Professor Doutor
Hugo Crepaldi Neto.

**PUC/ SP
SÃO PAULO
2015**

MURILO ANTÔNIO FILGUEIRAS DA SILVA GALVÃO

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO, EVOLUÇÃO E APLICAÇÃO
NO BRASIL**

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Hugo Crepaldi Neto

Professor (a)

Professor (a)

*A minha mãe, Jurema
Penalva, pelo apoio ante a toda e
qualquer adversidade e pela
companhia nos melhores momentos.*

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, aos meus pais por serem uma base sólida na minha formação e terem tanto se esforçado a fim de poderem me proporcionar os meios necessários para chegar até este momento.

Agradeço a Rebeca Trentinela, minha namorada, e agora futura esposa, por estar do meu lado em todos os momentos.

A todos os Mestres que se dispuseram a compartilhar comigo seus saberes e puderam nortear esta jornada acadêmica.

Finalmente, agradeço a Deus por sempre me dar forças para continuar.

Muito obrigado.

RESUMO

O presente estudo pretende retomar a Teoria do Domínio do Fato, desenvolvida na década de 1960 pelo jurista alemão Claus Roxin, que está relacionada ao tema “concurso de pessoas”, disciplinado no Código Penal brasileiro nos artigos 29, 30 e 31. A Ação Penal nº 470 deu visibilidade e força à teoria de Roxin no Brasil após ser usada para fundamentar a condenação de alguns dos seus principais réus. Como consequência, trouxe ao debate jurídico a realidade dos erros de interpretação na aplicação do direito e, consequentemente, da justiça. Para impedir que tais erros se repitam, é importante que a doutrina brasileira se posicione, criando mecanismos que preservem a coerência e credibilidade do direito penal diante das leis vigentes no país, com a formulação de tipos que permitam a correta aplicação da Teoria do Domínio do Fato.

Palavras-chave: Direito Penal; Teoria do Domínio do Fato; Autoria; Claus Roxin.

ABSTRACT

This study intends to resume Control Theory, developed in the 1960s by the german jurist Claus Roxin, which is related to the theme " co-perpetration ", disciplined in the brazilian Penal Code Articles 29, 30 and 31. The Criminal Action No. 470 gave visibility and strength to Roxin's theory in Brazil after being used to support the conviction of some of its main defendants. As a result, brought to the legal debate the reality of misinterpretation in law application and justice. To prevent such errors from recurring, it is important that the brazilian doctrine take a position , creating mechanisms that preserve the coherence and credibility of criminal law on the legal system, with the formulation of definitons that allow correct application of the Control Theory.

Keywords: Penal Law; Control Theory; Perpetration; Claus Roxin.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. PANORAMA HISTÓRICO	11
1.1 A contribuição de Roxin	17
1.2 A tripartição teórica	19
1.2.1 Autoria direta como domínio da ação	20
1.2.2 Coautoria como domínio funcional	21
1.2.3 Autoria mediata como domínio da vontade	23
1.3 A posição da jurisprudência alemã	28
1.4 Críticas à teoria do domínio do fato	32
1.5 Conceito de domínio do fato	34
2. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O DIREITO PENAL BRASILEIRO	38
2.1 Autoria como causação	41
2.2 Autoria como ação	44
2.3 Autoria como violação de um dever	48
2.4 Autoria como criação de risco ou violação do dever de cuidado objetivo.....	50
2.5 Participação como não-realização do tipo	51
2.6 Do concurso de pessoas.....	52
2.7 A valorização dos bens jurídicos	56
2.8 Domínio da vontade em virtude de aparatos de poder organizados e os crimes praticados por meio de organizações empresariais	60
2.9 O princípio da autorresponsabilidade.....	64
3. AÇÃO PENAL nº 470 COMO PARADIGMA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO BRASIL.....	66
3.1 A utilização do termo domínio do fato na Ação Penal nº 470.....	69
3.2 Teoria do domínio do fato versus Teoria do domínio da organização.....	73
3.3 Teoria do domínio do fato e posição de comando.....	77

4. CONCLUSÃO.....	80
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82

INTRODUÇÃO

Atualmente, o debate sobre a pessoa do mandante do crime – a autoria mediata –, tem ganhado força no Direito Penal brasileiro, por vários motivos, entre eles, a Ação Penal nº 470, popularmente conhecida como “caso mensalão”. A condenação de políticos, publicitários e outros profissionais pertencentes a grupos privilegiados da sociedade ganhou as manchetes, conquistou a opinião pública e tornou promotores e juízes populares entre os cidadãos comuns.

A relevância desse acontecimento revelou, em certa medida, uma longa história de desigualdade jurídica e o anseio da população por exemplos de justiça nas altas camadas da sociedade, uma vez que não há muitos exemplos de políticos condenados e presos por algum crime, seja ele qual for. Revelou também uma perigosa disposição do sistema penal brasileiro em atender às demandas da mídia. As organizações criminosas possuem diferentes faces, indo do tráfico de drogas aos cartéis empresariais, e seus chefes, os “homens de comando”, não chegavam nem a ser incriminados como coautores, quando muito como partícipes, talvez por isso o grande apelo popular e midiático envolvendo a Ação Penal nº 470.

O que se observa aqui é que a teoria do domínio do fato deixou de ser mero tema de estudos acadêmicos, fazendo-se presente na realidade. Mas sua aplicação no caso citado foi cercada de muitos equívocos, que vem sendo apontados nos últimos três anos por importantes juristas e advogados brasileiros. O objetivo deste trabalho, portanto, é retomar os conceitos de autoria desenvolvidos por Roxin na teoria do domínio do fato, assim como suas motivações, observando sua aplicação na AP 470. Isso feito será possível propor dispositivos que impeçam ou diminuam as possibilidades de mau uso da teoria e de seus objetivos.

1. PANORAMA HISTÓRICO

As expressões “domínio do fato” e “domínio sobre o fato” foram empregadas no âmbito do direito penal primeiramente por Hegler, no ano de 1915, em sentido diverso do que hoje se atribui a elas, entendendo o domínio do fato como elemento da personalidade do sujeito ativo do crime. Na expressão desse doutrinador, o domínio integral do fato era analisado como pressuposto material da culpabilidade, de forma que só agia com culpabilidade quem tinha o domínio do fato. Porém, posteriormente, o próprio Hegler procurou aproximá-lo da teoria da autoria, se referindo ao autor livre e capaz, “senhor sobre o fato em sua condição inerente”. Tudo isso, no entanto, não esbarra em uma conceituação de domínio do fato e tampouco em uma teoria propriamente dita, mas em uma semente lançada que se desenvolveria até os dias atuais

Em 1932, Bruns utilizou a expressão domínio do fato para distinguir autoria e participação. Em seu entendimento, a autoria, seja ela dolosa ou culposa, pressupõe a possibilidade de domínio do fato inerente à conduta desde o princípio, existente quando uma conduta em geral é adequada para causar o resultado.

Particular importância teve Adolf Lobe, pois foi o primeiro a apresentar um conceito de domínio do fato, em 1933, qual seja, “a autoria determina-se de acordo com elementos objetivos e subjetivos, a saber, o querer o resultado, o domínio e a condução fática da execução, o *animus domini*, e o respectivo *dominare* realmente a execução”. Porém, Lobe descuida do conceito de autoria mediata, trazendo assim uma visão meramente formal. De qualquer forma, foi um grande passo, tanto por esboçar um conceito pelo conceito em si, como por sua exposição sobre querer o resultado e dominar a condução fática, que se assemelha aos termos propostos por Claus Roxin, o jurista alemão responsável por desenvolver a teoria do domínio do fato conhecida e utilizada atualmente.

Dois anos depois, Von Weber também se utiliza da expressão domínio do fato, dessa vez com um sentido subjetivo na delimitação de autoria, quem pratica o fato com vontade de dominá-lo, e distinção da participação.

Em 1936, Eberhard Schmidt, advogado e professor alemão, elabora um conceito extensivo de autor, sem desenvolver uma teoria sobre isso, a partir da ideia de domínio do fato que exige a violação de um dever militar específico. Nesse período, o professor colaborava regularmente com a Revista de Direito Militar e, durante a Segunda Guerra Mundial, atuou como advogado do exército.

Por fim, em 1939, o filósofo do direito Hans Welzel realiza um importante estudo sobre o tema, baseando-se nas formulações já feitas por Lobe no plano da autoria, no qual desenvolve a ideia de um “domínio final do fato” como critério determinante de autoria.

Esses diferentes pontos de partida dogmáticos, que levaram ao desenvolvimento da ideia de domínio do fato, são todos muito diversos, mas é possível observar a contribuição de cada autor no debate que culminou na teoria de Roxin. Enquanto Hegler a aproximou da teoria da culpabilidade, Bruns e Weber pensaram a teoria do domínio do fato a partir de concepções causais, em especial à teoria subjetiva. Em Lobe, há uma concepção crítica, enquanto Schmidt traz a ideia de dever, consequência de sua experiência militar. Essa gama de visões e ideias não permite falar em uma teoria do domínio do fato e apontar um desses estudiosos do direito como seu genitor, seja no plano histórico ou dogmático, todavia é inegável a contribuição por eles trazida e o desenvolvimento e evolução da teoria do domínio do fato a partir das críticas feitas a suas ideias.

Desse modo, quando se observa de um prisma histórico-dogmático o ponto de partida para se balizar uma teoria propriamente dita do domínio do fato, deve-se considerar a concepção de Welzel. Visto que foi ele que trouxe critérios bem definidos, e diretrizes para ulterior desenvolvimento da teoria da autoria e participação.

A escolha de tal autor como marco justifica-se porque, além de haver criado o finalismo, introduziu no concurso de pessoas a teoria do domínio do fato, ou ainda, o domínio final do fato como critério para delimitação da autoria. Como já citado, em 1939 Welzel apresentou sua concepção de domínio do fato vinculando-a ao seu conceito de ação final, no qual aponta dois aspectos

principais, quais sejam, primeiramente a distinção entre injusto e culpabilidade, e como segundo aspecto a distinção entre crimes dolosos e culposos já no tipo penal.

No que diz respeito ao primeiro fator, o rechaço ao causalismo e todas as suas consequências trouxe a ideia de ação como “relação final da vontade com o resultado”, daí Welzel extrair a ideia de que o resultado pertence ao autor como sua obra, ou seja, partiu de estruturas lógico-reais, em que vontade e realização da vontade integram a própria ação.

No que diz respeito ao segundo aspecto, a distinção entre crimes dolosos e culposos no tipo penal, traz como consequência direta a inviabilidade de um conceito único de autor. Com isso, o jurista alemão restringe a problemática da autoria, bem como da teoria do domínio final do fato, aos crimes dolosos. Na concepção finalista há então a tripartição do conceito de autoria em direta, mediata e coautoria.

Em sua crítica, Welzel considerava a teoria subjetiva como absolutamente deficitária, em vista disso afirma que para determinação da autoria deve ser levado em conta o fato objetivo, ou seja, o fato obra do autor. Porém, sua visão leva a algo subjetivo, a saber, o domínio final do fato, quando propõe que “o domínio do fato corresponde àquele que leva à execução, de forma conscientemente final, a sua decisão da vontade”. Assim, para Welzel, possui domínio do fato quem “é senhor sobre sua decisão e execução e com isso o senhor sobre seu ato, o qual ele realiza de forma consciente final em sua essência e existência”.

Welzel também sustentava que o domínio do fato não era o único critério necessário para determinar a autoria, isso dependia de outros “momentos pessoais do autor”, que sistematizou nos seguintes pressupostos: 1- Pressupostos pessoais, decorrentes da estrutura do tipo a) objetivos, como a posição especial do autor e b) subjetivos, os chamados elementos subjetivos do injusto; e 2- Pressuposto fático, o domínio final do fato que traz o autor como senhor sobre a decisão e sobre a execução da sua vontade final.

Todavia, deve-se compreender que o domínio final do fato caracteriza pressuposto fundamental de autoria, enquanto os momentos pessoais são manifestações ético-sociais exigíveis apenas diante da previsão típica do injusto. E quando o tipo os prevê, somente haverá autoria com a reunião de todos eles. Então, é possível afirmar que na concepção welzeliana, a autoria é a realização direta, voluntária e conscientemente final do fato por quem, tendo preenchido todos os pressupostos pessoais objetivos e subjetivos exigidos pelo tipo, possui o domínio pleno sobre sua decisão e execução.

Já a coautoria, para Welzel, é a própria autoria, cuja peculiaridade consiste em que o domínio final do fato sobre a conduta delitiva se encontra na mão de vários indivíduos conjuntamente. Embora dividida em uma multiplicidade de atos isolados, finalisticamente, cada indivíduo é autor do todo. O domínio do fato está com todos conjuntamente. De forma simplificada, coautor é o codetentor da decisão de realizar o fato.

Para Welzel, é pressuposto da coautoria não apenas a execução conjunta do fato, mas também a decisão conjunta do fato, que define como entendimento recíproco, expresso ou tácito, entre os participantes. Quanto à autoria mediata, entende Welzel que o autor pode se servir de terceiros desde que conserve consigo o pleno domínio do fato. Considera autor mediato quem se encontra por trás do instrumento, que não pode possuir domínio pleno do fato.

Na caracterização da autoria mediata, Welzel se apoia nos mesmos três pressupostos já vistos para a caracterização da autoria (pressupostos pessoais objetivos e subjetivos e pressupostos fáticos), sendo que na falta de cada um dos pressupostos pelo autor que atua finalisticamente há uma forma diferente de autoria mediata. Assim, a autoria mediata por falta de pressupostos pessoais e o caso de instrumento que pode atuar de maneira consciente e voluntária, porém falta-lhe pressuposto objetivo de qualificação exigida pelo tipo penal. No segundo caso, em virtude da falta de pressuposto pessoal subjetivo por parte do terceiro, há instrumento doloso sem intenção exigida pelo tipo. Por fim, a falta do domínio final do fato pelo terceiro resulta no caso de uso de terceiro que não atua dolosamente, mas culposamente ou sem

culpabilidade, uso de terceiro que atua em direção ao resultado delitivo, mas não o faz livremente, como na coação, inimputáveis por doença mental ou obediência hierárquica.

Tem-se, portanto, que a autoria mediata é a realização do fato de forma conscientemente final por aquele que tendo o domínio final do fato, usa de instrumento impunível para executá-lo de maneira direta. Posteriormente, a teoria desenvolvida por Welzel ramificou e foi explorada por diversos estudiosos do direito sem que isoladamente tivessem grande destaque. A exceção é Reinhard Maurach, que toma a teoria finalista da ação acrescida do “deter nas mãos” como critério do domínio final do fato, que versava de maneira mais abrangente, mas apenas sobre os crimes dolosos. Nas palavras de Maurach “deter nas mãos o curso do acontecimento típico abarcado pelo dolo” é o domínio do fato. Para ele, esse mesmo critério é válido para determinar a coautoria e a autoria mediata, posto que considera coautor também aquele que mesmo sem auxiliar com suas próprias mãos, controla regulando e dominando o curso do fato.

O que torna a concepção de Maurach digna de destaque dentre tantas outras que sucederam Welzel, é estar totalmente apartada da teoria do dolo e ter-se desprendido de pressupostos inflexíveis. Todavia, o professor Günther Jakobs aponta como principal déficit desta vertente sua abrangência desmedida, uma vez que qualquer um que possa impedir o resultado de chegar a termo é tido como autor, o que inclui partícipes e terceiros intervenientes, dissipando a ideia de domínio.

Apesar da concepção de Welzel ter coesão suficiente para se tornar um marco, Roxin não a poupa de críticas e a considera como mero desdobramento da teoria do dolo, uma vez que há a substituição da vontade do autor por uma noção de detentor da decisão do fato, que se mostra através da vontade incondicionada da realização e do não reconhecimento de vontade superior que a do autor. Também atribui um excesso de subjetivismo em sua concepção construída sobre base finalista. Mas a principal crítica parece recair justamente na falta de um conceito descritivo de domínio do fato decorrente da elevada carga subjetiva e valorativa desenvolvida por Welzel. Tal crítica, em especial,

merece guarida, uma vez que o próprio Welzel, posteriormente, caracterizou sua concepção como “teoria subjetiva ampliada”.

1.1 A contribuição de Roxin

A maior contribuição à ideia de domínio do fato como critério delimitador da autoria foi dada por Claus Roxin, em trabalho publicado em 1963. Na década de 1960, Roxin estava insatisfeito com a jurisprudência alemã nos julgamentos dos crimes cometidos pelo Partido Nacional Socialista¹, que considerava apenas como partícipes aqueles que ocupavam posições de comando, planejando e dando ordens para a execução de um crime. Como se verá mais adiante, sua teoria tornou possível condenar governantes e outros tipos de líderes como autores, mesmo quando não haviam cometido diretamente o crime.

Seus estudos se centraram na caracterização da autoria mediata. O autor toma como ponto de partida a definição de um conceito de domínio do fato, pregando que para isso deve-se estabelecer a forma e o conteúdo da ideia de domínio do fato. Ideia essa que se originou da vagueza e intangibilidade da concepção welzeliana de domínio final do fato. Nesse sentido, Roxin delimita a ideia de domínio do fato examinando três perspectivas: a ideia de domínio do fato como conceito indeterminado, conceito fixo e conceito aberto.

A primeira perspectiva se baseia na ideia original de Henkel de individualização do direito ou priorizar a justiça no caso concreto, dando menor importância a descrições abstratas. Ou seja, um conceito de domínio do fato suficiente por si, sem a estipulação de outros elementos, o que possibilitaria uma decisão mais justa e com maior segurança jurídica. Entende Roxin, no intento, que a ideia de domínio do fato não pode ser concebida como um conceito indeterminado, sob pena de não levar à solução alguma e não servir de modelo para uma formulação conceitual científica.

Já a ideia de um conceito fixo visa a solução de um caso isolado por meio de um procedimento dedutivo. Naturalmente, Roxin não considerou

¹ O Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP) foi fundado em 1919, sua principal liderança foi Adolf Hitler, e seu programa político se caracterizava pelo extremo nacionalismo, pelo antissemitismo e pelas críticas ao capitalismo internacional.

possível um conceito matematicamente preciso para verificação de fatos empíricos naturais, que perdem sua univocidade.

Por fim, a perspectiva de conceito aberto para o domínio do fato foi tida como a mais apropriada, constituindo um intermediário entre os extremos das perspectivas anteriores. O conceito deve satisfazer as manifestações da vida e ao mesmo tempo alcançar um grau satisfatório de determinação, contemplando o procedimento descritivo e o estabelecimento de regulações.

O primeiro elemento, a descrição, pode se adaptar a diferentes tipos de casos, considerando-a mais realista que uma definição abstrata. Além de não limitar formalmente o conceito de autor e se adaptar a novos tipos penais criados. Já o segundo elemento, as regulações, se caracteriza por meio de espaços vazios limitados pela apreciação judicial do caso concreto, mais uma vez demonstrando preocupação com as manifestações da vida e a aplicabilidade concreta da teoria. De modo claro, Roxin remete seu conceito a situações empíricas que podem fornecer a delimitação do domínio do fato. Tudo isso desaguando na ideia de que o domínio do fato não pode ser um conceito ontológico, teleológico, nem exclusivamente descritivo, mas sim normativo.

Após superar a problemática da elaboração de um conceito que atendessem a todas as expectativas desejadas por ele, Roxin desenvolve a ideia de domínio do fato sob o fundamento de que autor é a figura central do acontecimento mediado pela conduta. Seguindo esse raciocínio, chega a diversas formulações que elucidam o que quer dizer “figura central”, como por exemplo, autor é sempre a figura central da conduta executória, isto é, figura central do processo delitivo é quem domina o acontecimento dirigido à realização do delito. Em outras palavras, tem o domínio do fato e é autor, aquele que aparece como figura central na realização do delito, por meio de influência decisiva para o acontecimento.

1.2 A tripartição teórica

A partir da ideia de figura central do acontecimento típico, Roxin desenvolve um modelo tripartido de domínio do fato, distinguindo entre domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade, que correspondem, respectivamente, à autoria direta ou imediata, coautoria e autoria mediata. É justamente neste ponto que a concepção de domínio do fato de Roxin conquista toda sua relevância e fica registrada como a mais importante dentre muitas outras, pois constrói um critério seguro e observante à manifestação social concreta capaz de diferenciar autor direto, coautor e autor mediato. Tal concepção segue sendo reconhecida, de modo geral, pela doutrina alemã.

De forma singela, Roxin considera que existem três formas de dominar o fato: o domínio da ação, que se refere à autoria direta ou imediata, daquele que realiza em sua própria pessoa a conduta típica; o domínio funcional, na coautoria, quando se realiza no curso da execução uma contribuição funcional relevante; e finalmente, o domínio da vontade (autoria mediata), daquele que executa o fato por meio de outrem, cuja vontade, não é livre e, portanto, diferentemente do “homem de trás”, não compreende o sentido de seu agir ou o compreende em medida mínima ou, ainda, quando dentro de um aparato de poder é substituível.

1.2.1 Autoria direta como domínio da ação

Roxin procura delimitar a autoria direta ou individual dentro da ideia de domínio da ação. O domínio do fato pelo domínio da própria ação se dá na hipótese do indivíduo que, através de sua conduta, preenche por si mesmo, todos os pressupostos do delito. Daí pode-se extrair que quem pratica a conduta executória típica é sempre autor, ainda que aja a pedido ou a mando de outrem.

Posteriormente, o próprio autor verificou, a partir da análise de um caso famoso na Alemanha², uma brecha no conceito que criara, pois o critério do interesse determinou que aquele que realiza o fato por si só também pode ser partícipe se ele atua no interesse alheio. De todo modo, o dispositivo em vigência no Código Penal alemão determina que “quem realiza um fato pelas próprias mãos o comete ‘por si mesmo’, ainda que o faça no interesse de outrem: ‘por si mesmo’ significa, ‘pela própria pessoa’, mas não ‘no próprio interesse’” (ALFLEN, p. 113).

² O caso Badewannen consiste no crime de afogamento de uma criança recém-nascida, executado pela irmã a pedido da mãe, pois a criança era ilegítima. O Tribunal do Reich, adotando a teoria subjetiva, considerou a mãe como autora do fato e a filha como partícipe.

1.2.2 Coautoria como domínio funcional

Roxin trouxe o domínio funcional a fim de demonstrar que também para coautoria é determinante o domínio do fato em contraposição a argumentação de que na coautoria cada autor domina apenas sua respectiva parte. Ou seja, prega que a realização do tipo se dá através da execução pela divisão de trabalhos, isto é, domínio conjunto do fato. Neste ponto, percebe-se a influência das ideias desenvolvidas por Welzel, que tratava deste aspecto do domínio do fato como divisão de papéis.

O domínio do fato pelo coautor depende de sua função na execução do tipo penal, quando ele assume uma tarefa que é essencial para sua realização e que ainda lhe forneça domínio integral do acontecimento. Na mesma linha já proposta por Welzel, cada indivíduo tem uma função insubstituível que lhe confere domínio conjunto, de tal modo que a recusa em realizar sua parte frustra a execução como um todo, de onde se extrai o nome domínio funcional.

O domínio funcional do fato se apresenta como a elaboração pela divisão de trabalhos na etapa da execução, onde o coautor não tem sozinho o domínio do fato, mas também não exerce domínio parcial. Roxin assentou o domínio funcional do fato sobre três pressupostos para a coautoria, a saber, existência de um planejamento conjunto do fato, execução conjunta do fato, e a prática de contribuição essencial à execução.

De forma mais detalhada, o primeiro pressuposto, planejamento conjunto do fato, decorre da Lei do Código Penal alemão, que exige o acordo de vontades dos coautores. A falta deste acordo recairia na autoria colateral para indivíduos que agem para um mesmo fim sem saberem um do outro. Sem exigir, contudo, planejamento e decisão conjunta, bastando um acordo no momento da execução ainda que tácito. É imprescindível também a execução conjunta do fato, mais especificamente, contribuição na execução, pressuposto este que decorre diretamente de um princípio basilar do domínio do fato, que prega que somente quem desempenha um papel na execução pode codominá-la. O terceiro pressuposto para que seja caracterizada a coautoria é a relevância da contribuição frente à exceção do fato delituoso. Posto que

somente aquele que exerce uma função necessária ao êxito do planejado pode ser coautor. Assim, tem-se que a contribuição imprescindível traz a coautoria, consequentemente relegando condutas menores a mera participação.

Embora tenha construído sua teoria sobre forte base sistemática, a concepção de Roxin sofre críticas. Muñoz Conde considera “relevância” um conceito muito aberto e sem definição, também entende que a execução conjunta nada mais é do que um complemento à teoria restritiva formal-objetiva, levando o jurista alemão a entrar em contradição.

1.2.3 Autoria mediata como domínio da vontade

A terceira hipótese de domínio do fato desenvolvida por Roxin consiste no domínio do fato pelo domínio da vontade. Um dos mais controversos temas do concurso de pessoas, a autoria mediata foi abordada por Roxin a partir de premissas empíricas e pelo critério da figura central.

O autor domina o acontecimento de forma mediata como o “homem de trás”, de modo que realiza um tipo penal se servindo de outrem como instrumento para tal fim. Aqui não se trata de um domínio do fato compartilhado, tal qual a coautoria, mas um duplo domínio do fato integral. Isto porque ambos os participantes estão no centro, um em virtude de seu fazer e o outro por seu domínio sobre a vontade, ou seja, por meio da conduta do executor se realiza a vontade do homem de trás.

Roxin desdobra a hipótese de domínio da vontade em três casos, quais sejam, o domínio da vontade em virtude da coação, em que o “homem de trás” domina o fato a partir da coação do executor mediato; o domínio da vontade em virtude do erro, no qual há indução do executor a erro pelo homem de trás; e o domínio da vontade em virtude de aparatos de poder organizados, quando o homem de trás emite ordens em um aparato organizado de poder, executados por indivíduos substituíveis.

Esta concepção, elaborada na tese de 1963, assume relevância e alimenta importantes discussões. A problemática da autoria mediata na dogmática do direito penal sempre teve contornos de diversas posições. No que se refere ao domínio da vontade em virtude da coação, tem-se a mais simples hipótese de dominar a vontade, uma vez que o coautor domina diretamente o coagido. O domínio da vontade justifica o domínio do fato, o coagido, por meio de sua conduta, tem nas mãos o curso do acontecimento típico enquanto o “homem de trás” domina o fato de forma mediata.

Sempre há que se levar em conta que influenciar não é dominar, trazendo a ideia de instigação ou indução, logo, clara distinção para a participação. O domínio da vontade em virtude do erro é dividido em quatro

níveis no trabalho de Roxin, o executor que age sem dolo, o que age em erro de proibição, aquele que erra sobre os pressupostos do estado de necessidade exculpante e o executor que atua de forma plenamente criminosa.

No primeiro nível o homem de trás induz o executor a erro de tipo excludente de dolo, agindo de forma inculpável ou com culpa inconsciente. Isso pode ser observado no seguinte exemplo: A, um médico, dá a B, uma enfermeira, uma injeção letal dizendo ser um calmante. A é o autor mediato. O executor que age em erro de proibição, segundo nível, não ostenta culpabilidade sem que se tenha possibilidade de conhecimento do injusto impeditivo do cometimento do fato, seja inevitável ou evitável, aquele que induz é o autor mediato. O terceiro nível, executor que erra sobre os pressupostos do estado de necessidade exculpante, não apresenta grande aplicação prática, como o próprio Roxin prevê, uma vez que este nível está atrelado à estrutura psíquica do domínio do fato não distinguir entre o estado de necessidade real e putativo. Seria o caso em que o autor mediato mente sobre a existência do estado de necessidade, induzindo o executor a praticar o comportamento criminoso. No tocante ao quarto nível, em que o executor age de forma plenamente criminosa, ele atua de forma típica, antijurídica, culpável e sem qualquer redução de culpabilidade. Tendo em vista a amplitude deste comportamento típico do executor, só se pode falar em imputação ao homem de trás se o erro se refere à medida do injusto, circunstâncias fundamentadoras da qualificação e identidade da vítima.

O domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder foi apresentado por Roxin como uma forma bastante independente de autoria mediata. Esta forma de autoria mediata talvez seja o grande destaque em toda a concepção de domínio do fato do jurista alemão. É inegável o quão atual permanece e a celeuma até os dias atuais causada por tal construção jurídica. Sua grande diferença das concepções anteriores reside em ter como consequência a responsabilidade plena do executor. Já à época em que foi lançada, os crimes que fugiam da delinquência tradicional por ter mais de um autor chamavam atenção quando praticados, inseridos em um contexto de aparato de poder organizado. Aqui a expressão “autor detrás do autor” cunhada por Richard Lange foi desenvolvida propriamente dentro de uma

teoria. E não apenas isso, como também foi constantemente atualizada pelo próprio Roxin a fim de abarcar organizações criminosas e empresariais, um dos mais candentes debates acerca do tema autoria na atualidade.

A teoria do domínio do fato por organização não é considerada absolutamente original, Max Weber já usara a expressão anteriormente. Ela baseia-se na ideia de que aqueles que possuem poder de mando e ordenam ações delitivas podem ser responsabilizados como autores mediatos quando os executores são plenamente responsáveis, Roxin chamou tais autores mediatos de “autores de escritório”. Roxin partiu da ideia de que o que possibilita ao homem de trás a execução de suas ordens não é apenas o indivíduo usado como instrumento, senão todo o aparato organizado, tido como uma diversidade de pessoas dentro de uma estrutura com funções diversas a serviço da organização e que funcionando de forma orgânica possibilita ao homem de trás domínio sobre o resultado, daí dizer que o verdadeiro instrumento é o próprio aparato.

Um exemplo trazido por Roxin em sua obra expõe a dimensão da ideia e de algumas controvertidas opiniões a respeito de sua concepção, pois é impossível dissociá-la do regime nazista e do julgamento de seus comandantes: “nos atos de extermínio em massa o emissor da ordem se manifesta como figura central... sua realização típica constitui o acionamento do aparato de extermínio, o qual de modo algum aparece desvinculado do seu resultado pretendido”.

Outro ponto importante que se insere no domínio do fato é a afirmação de que o executor e o homem de trás possuem formas diferentes de domínio do fato, que não se excluem mutuamente, o primeiro possui o domínio da ação e o segundo o domínio da organização. Também considera que não se deduz a autoria de um déficit do instrumento, mas a partir da posição do autor no acontecimento integral, ou seja, na certeza de que através do aparato pode produzir o resultado com maior segurança.

O anseio por sistematizar de forma dogmática suas construções levou Roxin a cunhar quatro pressupostos fundamentais para a devida caracterização da autoria mediata, a saber, o poder de comando, a

desvinculação do direito pelo aparato de poder, a fungibilidade do executor direto, disposição essencialmente elevada dos executores do fato.

O primeiro pressuposto se assenta na ideia de que o homem de trás usa o aparato de poder para cometer crimes, portanto deve ter poder de comando dentro da organização que se funda em hierarquia. Como consequência, pode haver diversos autores mediatos, um atrás do outro, em diferentes níveis hierárquicos de comando. Em segundo lugar a desvinculação do direito pelo aparato de poder faz necessário que o aparato atue completamente fora da ordem jurídica no marco dos tipos penais realizados por ele. Assim, a organização deve operar criminosamente como um todo, garantindo o resultado que fundamenta a autoria mediata.

O cumprimento das ordens do homem de trás é assegurado pela abundância de potenciais executores à disposição, de tal modo que a recusa de um indivíduo não impede a realização do tipo. Nesse contexto se insere o terceiro pressuposto, a fungibilidade do executor direto. Há constante possibilidade de substituição daquele que praticou o ato criminoso, o que garante o funcionamento quase que automático da organização quando o executor é visto como uma engrenagem substituível no aparato organizado de poder.

O quarto pressuposto do domínio por organização é a disposição essencialmente elevada dos executores do fato, aspecto que não constava da concepção original de Roxin para o domínio por aparato de poder e que somente foi acrescentado em 2006. Por estar inserido em um meio e sofrer influências específicas, é maior a probabilidade do resultado por meio de uma ordem e ao mesmo tempo contribuem com o domínio do fato pelo homem de trás. As mais diversas circunstâncias contribuiriam para este fenômeno, ambição pela carreira, ostentação, deslumbramento ideológico ou impulsos criminosos. Seja como for, isso não justificaria uma ação irrefletida ou disposição condicionada que levasse à impunidade.

A teoria do domínio por organização representou um grande avanço teórico, principalmente no âmbito da criminalidade organizada e coletiva. As novas conformações da criminalidade contemporânea, assim como a evolução

da sociedade, pediam uma construção que se amoldasse à sua complexidade. A possibilidade de aplicação em casos concretos e a forte base empírica, sempre valorizada pelo autor da teoria fizeram com que o domínio do fato por aparato fosse buscado como forma de abarcar crimes praticados por outras organizações ainda que não dissociadas do direito. Embora demonstre utilidade e relevância prática, a concepção é de difícil utilização para os fins a que se pretende, talvez por isso cada vez mais tentasse desvirtuar sua essência aplicando-a a casos de crimes cometidos por meio de empresas.

Roxin rechaça a ideia de que o domínio por aparato possa ser utilizado no caso de empresas que cometem crimes, contudo o próprio Supremo Tribunal Federal alemão já a usou para este fim. Roxin fundamenta essa inaplicabilidade em alguns aspectos, entre eles, os fins originários da teoria, que visava determinar a autoria mediata nos crimes praticados por aparatos estatais ou paraestatais, não podendo se transferir seus fundamentos a empresas econômicas. Além disso, as empresas seriam vinculadas ao direito desde o princípio, não havendo que se falar em domínio por organização, contrariando um pressuposto fundamental da teoria.

Para ele, é clara a impossibilidade de substituição do executor nas empresas, sob o argumento de conhecimentos específicos e atribuição fixa de tarefas, minando outro pressuposto da teoria. Finalmente, aponta que a impossibilidade de aplicação da teoria do domínio por aparato se dá por falta de disposição elevada ao fato pelos integrantes da empresa, uma vez que nestas organizações vinculadas ao direito há grande possibilidade de punição, senão penal, no mínimo interna como a perda do lugar na empresa. Ou seja, pela total oposição aos mais diversos requisitos delineados como básicos para sustentáculo da sua teoria, Roxin considera totalmente inaplicável o domínio por aparato fora dos casos das organizações desvinculadas do direito desde o princípio.

1.3 A posição da jurisprudência alemã

A teoria do domínio do fato surgiu na jurisprudência alemã para superar déficits da teoria subjetiva da autoria e da participação. A teoria subjetiva, por sua vez, se desenvolveu na práxis alemã, no início do século XIX, em oposição à teoria objetiva. Os principais representantes desta vertente foram os juristas Christian R. Köstlin e Von Buri, responsáveis por fazer o Tribunal do Reich admitir, nas decisões RGSt 2, 160 e RGSt 3, 181, a teoria da equivalência das condições. Com isso, entendendo que todas as condições têm o mesmo valor para a causação do resultado, tornou-se impossível efetuar a delimitação entre todos aqueles que concorrem para o fato a partir do peso das contribuições causais.

Atualmente, no direito alemão, os dispositivos relativos a autoria e participação nos delitos dolosos guardam correspondência perfeita com um conceito restritivo de autor e com a teoria do domínio do fato. Nos delitos culposos prevalece um conceito unitário de autor, que não distingue autoria e participação. Esses dispositivos foram formulados e introduzidos no Código Penal alemão na reforma de 1975, levando em conta a teoria de Claus Roxin.

Pode-se dizer que o artigo § 25 I, que determina que será punido como autor aquele que, pessoalmente ou por meio de outrem, comete o crime, possui caráter meramente declaratório sob uma concepção restritiva de autoria. Por outro lado, este dispositivo inibe a aplicação da teoria subjetiva extrema, pois impede que o agente que executou o crime de mão própria seja considerado apenas partícipe. A autoria mediata encontra-se prevista aí, ao determinar como autor também quem comete o delito “por meio de outrem”.

Os artigos §§ 26 e 27 regulam as formas de participação, instigação e cumplicidade, cumprindo um papel constitutivo de acordo com um conceito restritivo de autor. Além disso, as normas sobre participação exigem a existência de um fato principal doloso e antijurídico.

Quando a filósofa judia Hannah Arendt fez a cobertura do julgamento do funcionário do Reich, Adolf Eichmann, em 1961, para a revista *The New*

Yorker, ela se deparou com centenas de depoimentos sobre a atuação dos funcionários do governo alemão, liderado pelo Partido Nacional Socialista. Eichmann foi julgado na Corte Distrital de Jerusalém por seu papel na questão da “solução final dos judeus”³. Foi condenado por sua atuação a partir de agosto de 1942 porque a data representava o momento em que ele foi informado da ordem do Führer, pois antes disso considerou-se que não era sua intenção exterminar o povo judeu.

As considerações de Arendt sobre os momentos finais do julgamento, quando os três juízes do caso leram seus relatórios com o veredicto, trazem uma importante reflexão sobre questões relacionadas à autoria dos crimes que incomodaram o jurista Claus Roxin, levando-o a aprimorar sua teoria do domínio do fato, mais exatamente, criando a figura jurídica do domínio por organização.

A filósofa chama a atenção para o fato de que o próprio Eichmann, em sua defesa, insistiu veementemente que era culpado apenas de “ajudar a instigar” a realização dos crimes de que era acusado, e que ele próprio nunca havia cometido nenhum ato aberto. Além disso, nos campos de extermínio era comum que internos e vítimas fossem obrigados a manejar “o instrumento fatal com [suas] próprias mãos”. O trecho da sentença, reproduzido a seguir, parece exprimir perfeitamente as inquietações jurídicas que a Alemanha viveu naquele momento:

Descrevendo suas atividades em termos da Seção 23 de nosso Decreto de Código Criminal, devemos dizer que eram principalmente as de uma pessoa servindo com aconselhamento ou assistência a outros e de alguém que capacitava ou ajudava outros no ato [...] em tal enorme e complexo crime como este que estamos agora considerando, no qual muitas pessoas participaram, em vários níveis e em várias espécies de atividade – os planejadores, os organizadores, e aqueles que executavam os atos, segundo seus vários níveis, não há muito propósito em se usar os conceitos normais de

³ Termo empregado para se referir ao plano de extermínio do povo judeu, implementado pelos líderes da Alemanha nazista durante a Segunda Guerra Mundial, provavelmente a partir de 1941.

aconselhar e assistir a perpetração de um crime. [...], e a medida em que qualquer dos muitos criminosos estava próximo ou distante do efetivo assassinato da vítima nada significa no que tange à medida de sua responsabilidade. Ao contrário, no geral o grau de responsabilidade aumenta quanto mais longe nos colocamos do homem que maneja o instrumento fatal com suas próprias mãos.
(ARENDR, 1999, p. 268)

Como se observa, a teoria de Roxin foi importante para julgar crimes como esse. Em sua hipótese sobre a autoria mediata como domínio da vontade, ele cita três formas de domínio da vontade: em virtude de erro, em virtude de coação e em virtude de “aparatos organizados de poder”. Esse último se refere expressamente a crimes que não são cometidos por um autor individual, mas sim por meio desses aparatos. Segundo o autor, os homens de trás de uma organização delitiva que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis.⁴

Roxin fundamentou sua teoria de autoria mediata no domínio da organização sobre três pilares: o primeiro determina que quem possibilita ao homem de trás a execução de suas ordens não é só o instrumento, nem aquele que deu causa com suas próprias mãos, mas o próprio aparato; o segundo, distingue formas diferentes de domínio do fato para o executor e para o homem de trás, pois o primeiro possui o domínio da ação e o segundo o domínio da organização; por fim, considera que a autoria e o domínio do fato devem ser fundamentados positivamente, a partir da posição do autor no acontecimento integral.

Atualmente, a doutrina alemã prefere trabalhar temas como o domínio da organização, utilizado pelo Supremo Tribunal Federal como sinônimo de “domínio do fato”. O termo já era usado pelo jurista Max Weber (1864-1920), e “baseia-se na tese de que uma organização delitiva de homens de trás, que

⁴ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. (título original: Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft). Tradução de Pablo Alfien da Silva. 2006.

possuem poder de comando (“Befehlsgewalt”) e ordenam fatos puníveis, podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem considerados como autores plenamente responsáveis.” (ALFLEN, 2014, p. 138)

Roxin relata que sua teoria sobre a autoria mediata como domínio da vontade por organização foi finalmente aceita pelo Supremo Tribunal Federal alemão em 1994 para condenar um membro do antigo governo da Alemanha oriental. No caso, o réu pertencia ao Conselho Nacional de Defesa e foi indiciado como autor mediato de homicídio doloso, porque teria ordenado aos soldados da fronteira que disparassem em fugitivos que tentassem transpor o muro. Tanto ele, mandante, como os responsáveis diretos pelos fuzilamentos, que o cometeram com as próprias mãos, foram condenados por homicídio doloso.

1.4 Críticas à teoria do domínio do fato

Mesmo tendo Roxin dedicado décadas a construir e aperfeiçoar a teoria do domínio do fato e de ser ele aquele que de forma mais concreta trouxe a sistematização, princípios e pressupostos além de uma perspectiva empírica a esta ideia, a doutrina recebeu críticas a sua concepção. A primeira delas é um paradoxo usado pelo próprio Roxin para criticar seus antecessores e em uma de suas bases: a não definição do conceito de domínio do fato. “O que é dominar um fato?” Roxin tinha que esta pergunta não havia sido respondida até Welzel, e respondê-la foi uma das diretrizes fundantes de seu trabalho. Contudo, ao longo de sua obra, Roxin parece sofrer do mesmo déficit de seus antecessores, pois em nenhum momento afirma categoricamente o que é dominar um fato.

É apontada como falha de sua teoria do domínio do fato a generalidade excessiva. Desenvolvendo o critério de figura central para chegar à autoria ele não traça um conceito, mas uma medida diretiva. Logo, não esclarece quando alguém é a figura central. Isso resultaria do procedimento usado pelo jurista para chegar a este conceito indeterminado, uma vez que partiu de aspectos legais para chegar a uma generalização, visando abarcar todos os casos, nada omitir. Isso conturba a função da dogmática jurídica, sendo seu conceito muito mais genérico do que a definição trazida pelo legislador, o que prejudica a sua aplicabilidade. Consequentemente há um déficit pragmático muito grande, o conceito de Roxin não auxilia na prática jurídica, o que pode ser constatado na jurisprudência alemã.

Verifica-se também uma contradição conceitual em seus termos quando afirma que o conceito de domínio do fato deve apresentar duas características básicas, o procedimento descritivo e o estabelecimento de regulações (conceito normativo). É certo que os procedimentos descritivo e normativo são distintos, evidenciando uma incongruência. Porém, descritivo ou normativo, nenhum conceito foi apresentado por Roxin. A falta de delimitação do alcance da concepção de domínio do fato, que abarcaria o curso causal integral, desde

a preparação, ou conduta pré-típica, até a ocorrência do resultado típico também é tida como insuficiente.

Identifica-se um problema na carga excessiva de empirismo na concepção da teoria do domínio do fato, que confeririam clareza e realismo ao domínio da vontade. Há muito a comunidade acadêmica e filosófica não aceita este método dedutivo como base fundante de uma teoria, que a deixa demasiadamente limitada. Prova disto é a intransponibilidade da ideia de domínio por organização a casos de crimes perpetrados por organizações empresariais, uma vez que ela foi criada para uma circunstância específica, os aparatos organizados estatais e paraestatais.

Também há críticas a respeito da aplicação da teoria do domínio do fato aos crimes culposos. Segundo Fernando Capez (2008, p. 338), ela “não explica satisfatoriamente o concurso de agentes no crime culposos, pela prosaica razão de que, neste delito, o agente não quer o resultado, logo, não pode ter domínio final sobre algo que não deseja.” O jurista Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 489) partilha da mesma opinião: “O âmbito de aplicação da teoria do domínio do fato, com seu conceito restritivo de autor, limita-se aos delitos dolosos.”

Finalmente, o rechaço ao sistema unitário de autor e a construção alicerçada em especificidades, tornam inaplicável a teoria do domínio do fato em um sistema jurídico já vigente.

1.5 Conceito de domínio do fato

Merece atenção especial o conceito de domínio do fato. O próprio Roxin apontou como uma das maiores falhas de seus antecessores no desenvolvimento desta teoria a falta de um conceito descritivo de domínio do fato. E pode-se dizer que foi, com base na construção de conceito, que Roxin desenvolveu a sua teoria do domínio do fato. Porém, como já visto, uma das maiores críticas à sua construção teórica, foi ele mesmo não trazer um conceito que coadune com a complexidade de sua criação. Há muito se tem o déficit de um conceito unívoco do que seria o domínio do fato, com isso muitos estudiosos e doutrinadores trouxeram conceitos diversos.

Para a edificação de um conceito de domínio do fato deve-se ter em mente a que se presta esta teoria, a distinção do autor para o partícipe. Um conceito pragmaticamente útil, baseado no domínio do fato, deve representar o critério determinante de autoria, que tenha em vista a interação entre os agentes e o conseqüente resultado de ofensa a um bem juridicamente tutelado.

No princípio, para Welzel, o domínio do fato não era critério único para delimitar a autoria, mas apenas constituía um pressuposto fático que caminhava ao lado de pressupostos pessoais, objetivos e subjetivos. Já Roxin, superou essa ideia afirmando que o autor é um componente da descrição do fato, a figura central do acontecimento mediado pela conduta. Portanto, teria o domínio do fato e seria autor quem aparece como a figura central na realização do delito. A afirmação é criticada na medida em que nem sempre quem tem o domínio do fato será a figura central do acontecimento típico. Assim como Welzel, Roxin não conseguiu fixar o domínio do fato como único critério determinante para a autoria.

Tanto a legislação quanto a jurisprudência pátria porém vão em sentido contrário, e trazem que o domínio do fato se mostra suficiente para determinar a autoria, apoiados na cláusula do artigo 30 do CP, que ressalta as circunstâncias consistentes em elementares do crime e que se comunicam.

Nesse sentido, tem-se que o domínio do fato é por si só critério determinante para delimitar a autoria. No entanto é preciso que se delimite seu alcance.

A ofensa ao bem jurídico, que representa a relação de uma pessoa com o objeto de valoração reconhecida pela lei penal, é a conexão entre autor e vítima e também a ideia que se traduz em resultado. Desta forma, a desvalorização de um resultado traz também o desvalor da conduta, tornando o autor merecedor de pena. Extraíndo deste raciocínio que domínio do fato, por consequência, é domínio do resultado. Esta construção dá ao domínio do fato uma dimensão extremamente pragmática, pois observa não só o desvalor do resultado danoso, como também o desvalor do resultado de perigo. A observação do resultado também se mostra de grande utilidade por abarcar os crimes omissivos.

Deve-se pensar ainda na orientação material do conceito de domínio do fato. Isso porque a expressão “domínio” não é uma expressão jurídica. Sua carga semântica traz a noção de um caso especial de poder ou de administração. Domínio na representação jurídico-penal de Maurach é o “deter nas mãos”, caracterizado pelo “deixar ocorrer, impedir ou interromper”. Mas esta caracterização é superada pela ideia de poder de condução, de modo que o domínio do fato consiste na possibilidade de controlar, em razão do poder de condução, que se traduz pela possibilidade de realizar, interromper, impedir ou dar continuidade a um fato. Fato este que deve ser punível e conexo ao resultado.

O fim pragmático do conceito de domínio do fato depende de um conceito descritivo. Só um conceito descritivo é capaz de atender a todas as funções atribuídas à dogmática jurídica, quais sejam, a função de estabilização, progresso, descarga, técnica, controle e heurística.

O conteúdo sistemático de um enunciado que auxilie as decisões judiciais, cumpre a função de estabilização que é conferida à dogmática jurídica. Facilitar o manuseio e a aplicação cotidiana do direito permitindo delimitar a concepção de autoria e distinguir suas respectivas modalidades, de maneira mais apropriada e clara do que concepções anteriores, se liga à função de progresso.

Já a função de descarga baseia-se na possibilidade de somente adotar enunciados já comprovados e aceitos para fundamentar decisões, tornando desnecessária nova comprovação. A função técnica que deve ser observada para construção do conceito descritivo de domínio do fato se assenta na ideia de uma representação simplificada e sistematicamente unificada às normas jurídicas – talvez o maior déficit de nosso sistema. A função de controle permite a comprovação sistemática e a compatibilidade prático-geral das decisões a fundamentar através de enunciados dogmáticos.

Nesse sentido, Hassemer considera que clareza e riqueza são pressupostos de previsibilidade das decisões jurídicas de acordo com lei e ao mesmo tempo sua controlabilidade. Tal função encontra guarida no artigo 93, IX, da Constituição Federal, que esclarece que “todos os julgamentos dos Órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. De forma simples, se nortear por critérios concretizáveis, que permitam o controle do ato jurisdicional. Finalmente por função heurística da dogmática jurídica entende-se sua instrumentalidade, caracterizado por modelos de solução.

Observando-se todos estes aspectos pode-se ter como conceito de domínio do fato como a possibilidade de controlar, em razão do poder de condução, a realização típica, com todas as suas circunstâncias, no momento e na forma mais apropriada e o respectivo resultado delitivo. Partindo-se do conceito restritivo de autor e do sistema unitário funcional adotado pela legislação brasileira, domínio do fato é o domínio sobre a ofensa ao bem jurídico penal.

Em respeito a todo exposto, pode-se propor como um conceito descritivo de autor segundo o domínio do fato o seguinte enunciado: é autor quem tem o controle final da ação capaz de causar o resultado danoso, que decide sobre a prática, circunstância e interrupção do crime.

Importante pontuar que seguindo o conceito supra resta incontestado a aplicação da teoria do domínio do fato quanto a crimes omissivos dolosos e comissivos por omissão em que há um crime material em verdade, um crime de resultado, no qual o dever de agir é para evitar um resultado concreto. Assevera-se ainda,

a impossibilidade de aplicação a crimes culposos, uma vez que o crime culposos decorre diretamente da falta de domínio do fato em relação ao resultado.

2. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Uma teoria pragmaticamente útil deve levar em conta as bases de um sistema jurídico já vigente. No caso do Brasil, o legislador optou pelo sistema unitário de autor, que segue o modelo do conceito extensivo de autor, que não diferencia autor e partícipe, de modo que cada um responderá por seu próprio injusto na medida de sua culpabilidade.

O sistema unitário leva em consideração a ideia de individualização do injusto, culpabilidade e a pena que será aplicada na intensidade de contribuição para o resultado causal. O ponto de partida para pretender uma compatibilidade que possibilite aplicação.

Ao se tratar do assunto na dogmática penal brasileira é necessário examinar o artigo 29, *caput*, do Código Penal vigente.

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Em seguida, o dispositivo do artigo 13 também deve ser observado:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Conjugados os dois dispositivos levam à ideia da concepção causal de autoria, em que o vocábulo “concorrer” do primeiro artigo em análise precisa se apoiar no segundo artigo para se chegar a uma interpretação de que causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. O que levaria à ideia de que qualquer um que contribua para o resultado é autor, o que não ocorre devido a outros dispositivos aptos a corrigir tal generalização no plano da causalidade, como a exigência de dolo e até mesmo construções como a imputação objetiva.

Na reforma do Código Penal brasileiro, ocorrida em 1984, adotou-se a tese finalista, acolhendo-se a teoria do domínio do fato. Isso pode ser verificado

no artigo 62, I, que determina a agravação da pena “daquele que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”.⁵

A existência de regras de medição de pena ligadas às formas ou níveis de participação (em sentido lato) no crime parece corresponder ao que Diethelm Kienapfel, defensor do sistema unitário, chama de um sistema unitário temperado. A diferença fundamental entre o sistema de Kienapfel e um sistema diferenciador está em que essas normas de aplicação da pena relacionadas ao modo ou intensidade de concorrência no crime disputam lado a lado com os demais fatores de medição de pena, contando como eles.

Como se sabe, a distinção entre autoria e participação é um problema de tipo, não devendo ser entendida como um conjunto de regras de aplicação da pena. Limitar a aplicação dos conceitos de autor e partícipe no momento de medição da pena significa, em última análise, dissolver uma distinção que se refere aos limites entre uma conduta que realiza o tipo e outra que não o faz sem uma norma de extensão nos critérios de aplicação da pena concreta.

Segundo Nilo Batista, foi o jurista Aníbal Bruno quem primeiro mencionou, em 1956, a ideia do domínio do fato, sem, no entanto, a conotação atual da teoria do delito. Na década de 1980, Heleno Cláudio Fragoso ensaiou adotar a ideia de Welzel sobre o domínio final do fato por melhor caracterizar a autoria em relação à realidade dos fatos, mas voltou atrás mantendo a teoria formal-objetiva.

A tripartição conceitual elaborada por Roxin é bastante reconhecida pela jurisprudência brasileira, que apresenta maior orientação pela ideia de domínio final do fato, embora ainda haja muita confusão devido à utilização indiferenciada de premissas dos dois autores. A doutrina penal brasileira já demonstrou, ao longo do tempo, confundir as concepções de Welzel e Roxin, misturando categorias e fundamentos dogmáticos incompatíveis entre si. Isso parece ocorrer devido a déficits de interação entre a teoria e a prática.

⁵ **Art. 62** - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A Ação Penal nº 470 representa um bom e atual exemplo do desvirtuamento dessas concepções, principalmente no que se refere ao concurso de pessoas e à delimitação da autoria e de suas formas.

2.1 Autoria como causação

O grande problema da autoria no direito penal encontra-se no fato de que autoria é realização do tipo, então discutir sobre o conceito de autor exige, necessariamente, discutir sobre os limites do tipo. Em casos que envolvem a participação de vários intervenientes, a delimitação da autoria, de quem realizou o tipo, torna complexo um caso aparentemente simples. O exemplo a seguir demonstra claramente o problema:

Seis pessoas participam do evento: **A, B, C, D, E e F.**

A desfere uma punhalada no coração da vítima **V** enquanto **B** a mantém imóvel. O punhal pertence a **C**, que o emprestou a **A** sabendo para que seria usado. **D** contratou **A** para dar um sumiço em **V**. **E**, segurança pessoal de **A**, nada fez para impedi-lo de apunhalar **V**. Por fim, **F**, dono de uma loja de ferragens, vendeu o punhal a **C** dois anos atrás.

Diante do injusto penal descrito acima, e considerando que não dispomos de um Código Penal com uma parte geral, mas apenas de uma única lei com um único dispositivo, de teor idêntico ao do atual artigo 121, *caput*, do CP: “Matar alguém. Pena: ...”, como será possível punir **A**, **B**, **C** e **D**? E o segurança de **A**? E o vendedor do punhal? Essas perguntas comprovam a estreita correlação entre o conceito de autoria e o conceito de tipo, principalmente no que se refere ao concurso de pessoas.

A concepção mais tradicional de tipo baseia-se na ideia de que o tipo é a causação de um resultado, de modo que, matar é causar a morte de alguém. Essa concepção causal de tipo resulta em um conceito extensivo de autor, ou seja, aquele que contribui de forma causal para o resultado é autor, independente do modo e da intensidade da contribuição. Então, pode-se concluir que autoria é igual à realização do tipo que é o mesmo que causação.

Voltando ao exemplo dado anteriormente, e considerando o critério causal, como determinar a pena das seis pessoas envolvidas na morte de **V**? Se **A** não tivesse apunhalado **V**, este não teria morrido. Se **B** não tivesse segurado **V**, tampouco teria se dado a morte. Se **C** não houvesse emprestado

o punhal, provavelmente V não teria morrido apunhalado. Como D pagou A para matar V, também causou o resultado. Se E, o segurança que observava tudo, tivesse agido, teria evitado o resultado, o que torna seu comportamento causal, só que por omissão. Ao avaliar a participação de F, o vendedor do punhal, fica claro o problema da concepção causal, uma vez que ele também contribui de forma causal para a morte de V, realizando, assim, o tipo.

Uma concepção que considera todos os seis participantes do crime descrito acima como autores é bastante questionável, pois ela acaba por dissolver os tipos, violando os princípios da legalidade. Esse modelo, que não diferencia autor de partícipe, ou o faz apenas no plano conceitual, fixando uma pena máxima e mínima para todos os que concorrem causalmente para o fato, é típico de um sistema unitário de autoria. O credo do sistema unitário consiste na ideia de individualização do injusto, culpabilidade e pena. Neste sistema, a forma e a intensidade da contribuição de cada concorrente servem apenas para determinar a aplicação da pena.

O sistema brasileiro é bem próximo dessa concepção causal, que transforma a questão da forma de contribuição do agente no delito em um problema de dosimetria da pena. Isso ocorre por causa da combinação de dois dispositivos: o artigo 29, *caput*, e o artigo 13, que remetem à concepção causal de autoria, conduzindo à interpretação de que o **F** do exemplo teria atuado de forma típica. Mas para corrigir tal problema, surgem formulações como a exigência de dolo ou a reunião dos critérios de imputação objetiva, provando que a concepção causal deveria ser abandonada.

Diante da expressa distinção entre autor e partícipe feita pela lei alemã, tornou-se inviável adotar um sistema unitário de autoria. Foi necessário recorrer a uma distinção baseada no aspecto subjetivo do agente, que exigem critérios de natureza psicológica, como a vontade, a intenção, os motivos e o ânimo dos agentes.

Dessa forma, no âmbito de um conceito extensivo⁶, mas diferenciador de autoria, surgiram as teorias subjetivas, ainda presentes nos tribunais alemães. A

⁶ O conceito extensivo de autor descreve os tipos penais como qualquer forma de causação de uma lesão a bem jurídico.

teoria subjetiva define como autor aquele que, com vontade de autor (*animus auctoris*), deseja o fato como próprio, e como partícipe aquele que, com vontade de partícipe (*animus socii*), deseja apenas apoiar fato alheio. Além disso, a teoria subjetiva aceita como critério o grau do interesse no delito.

Em vista disso, o exemplo envolvendo os seis agentes poderia ser interpretado, segundo a teoria subjetiva, da seguinte maneira: **D**, que contratou **A** para liquidar V (a vítima), seria autor devido ao seu interesse no resultado; **A**, que apunhalou V, não tendo nada contra a vítima, poderia até mesmo ser considerado partícipe. Resumindo, também essa interpretação “subjetiva” leva a resultados altamente questionáveis, o que comprova que a concepção causal do tipo e o conceito de autoria sobre ela construído devem ser superados. O correto seria conceber o tipo como descrição de uma ação humana.

2.2 Autoria como ação

Uma das contribuições do finalismo foi conceber o tipo penal como descrições de ações humanas e não mais de causações. Estas não podem ser controladas pelo direito, mas as ações sim. Dessa concepção de tipo – tipo enquanto proibição de ações humanas – decorre outra concepção de autor. Autor é aquele que comete o crime e não quem causa um resultado típico.

Não se pode considerar que todo o comportamento que representa uma condição necessária para o resultado segundo a teoria da *conditio sine qua non* fundamente uma autoria. No exemplo envolvendo os seis agentes, nem todos podem ser considerados autores do homicídio, o que resulta em um “conceito restritivo de autor”, expressão provavelmente cunhada por Leopold Zimmerl, responsável pela primeira versão sistematizada sobre esse conceito.

Assim, cada tipo descreve o comportamento de alguém que o realiza e esse alguém é o autor. Instigadores ou cúmplices são considerados partícipes porque não realizam o tipo. Voltando ao exemplo, a ação de B, que emprestou a arma, e de D, que ofereceu dinheiro para a execução do delito, seriam atípicas e, conseqüentemente, impuníveis. Esses comportamentos só poderiam ser punidos com o acréscimo de dispositivos ao Código Penal, fundamentadores dessa punibilidade.

Uma solução nesse caso seria considerar uma ampliação da punibilidade, no entanto, os critérios para determinar quem é autor e quem é partícipe não são unívocos no interior de um conceito restritivo de autor. Dentro dessa concepção geral, existem duas vertentes, uma chamada “formal” e outra “material”.

A teoria formal-objetiva considera autor aquele que pratica de mão própria a ação descrita no tipo, e todos os demais concorrentes, partícipes. Embora correta em seu ponto de partida, essa teoria se depara com dificuldades diante de uma série de casos, quais sejam, aqueles de autoria mediata e algumas hipóteses de coautoria, em que a contribuição isolada do

agente não se enquadra na descrição do tipo, por exemplo, segurar a vítima não é igual a matá-la.

Em vista disso, a teoria formal-objetiva se vê pressionada a flexibilizar seu enfoque na causalidade de um ato físico (como desferir a facada), buscando uma construção de natureza mais jurídica, material, cuja formulação mais acabada é a teoria do domínio do fato.

De uma perspectiva material, a ideia de domínio do fato é tributária de uma nova concepção não só sobre o conceito de autor e de partícipe, mas principalmente sobre os tipos penais, que são descrições de ações perigosas para um bem, valendo tanto para delitos quando para delitos culposos. Aqui, a hipótese do dolo não se refere apenas à criação de um mero risco, mas de um risco que o autor domina. A ideia do domínio do fato, então, pressupõe a construção de um tipo de homicídio, por exemplo, que descreve não apenas a ação de matar segundo a linguagem cotidiana, mas ações em que se manifesta o domínio do risco que a pessoa morra. Concluindo, matar alguém é dominar o risco da morte de outrem, tese central da teoria do domínio do fato.

Essa tese apóia-se em dois argumentos distintos, o argumento consequencialista e o argumento deontológico. O primeiro, de utilidade social, caracteriza-se pelo maior interesse do direito penal em motivar aquele que domina o fato, ou seja, para proteger bens jurídicos, cuja lesão ocorre através de ações humanas, é correto voltar suas proibições para as figuras centrais dessas ações, e estas são, em regra, as pessoas que dominam o risco do resultado.

O argumento deontológico parte da ideia de que aquele que domina o que faz possui maior responsabilidade sobre a ação, constatação que permite maior legitimidade para as decisões jurídicas, restando agora determinar o objeto deste domínio, ou seja, precisar o que é o “fato” do domínio do fato.

Concluindo, quem domina a própria ação é sempre responsável pelo fato, de onde deriva a ideia de autoria direta ou imediata, que é o caso de A do exemplo inicial. Ao dominar pela própria ação o risco do resultado, o agente A chamou para si a responsabilidade da ação, afastando, a princípio, a

responsabilidade de terceiros. Logo, para atribuir autoria aos agentes B, C, D, E e F, será necessário encontrar fundamentos adicionais. Existe, assim, um leve princípio de autorresponsabilidade, que determina que, *prima facie*, quem domina a própria ação sempre será autor, exigindo maior fundamentação para a imputação de autoria a outros agentes.

Existem três formas de autoria que podem ser fundamentadas na ideia de domínio do fato. A primeira forma, já descrita, se refere ao domínio sobre a própria ação. A segunda trata da autoria como domínio conjunto, com ocorrência de divisão de tarefas, em uma atuação coordenada. Por fim, a terceira forma, denominada autoria como domínio de um terceiro ou domínio da vontade. Esta última forma merece maiores esclarecimentos.

Retomando o exemplo utilizado até agora, imagine que A é um doente mental. Apesar de ser inimputável, isento de culpabilidade, ele realiza o fato antijurídico, e possui o domínio do fato. No entanto, esse fator, modifica completamente a forma de concurso dos outros agentes. Se C, sabendo da doença mental de A, lhe entrega um punhal para que esfaqueie V, entende-se que C controla a realização do tipo, criando um risco que está em suas mãos. Advém daí uma terceira forma de dominar o fato, o domínio da vontade. Nesse caso, o papel de A é reduzido ao de mero instrumento, enquanto C pode ser acusado de autor mediato do crime.

Outros dois casos podem ilustrar o alcance da concepção de autoria mediata. No primeiro exemplo, o agente D, além de oferecer dinheiro a A, sequestrou sua mãe e a manteve sob ameaça de morte para garantir que A executasse o crime. Se a ideia de domínio do fato pelo domínio da vontade for considerada, nem será preciso recorrer ao artigo 22⁷ do Código Penal brasileiro para considerar D o autor mediato do crime.

No caso de “erro do homem da frente”, será preciso mudar o exemplo usado até então. O paciente P, por gratidão, contempla o médico M em seu testamento. M orienta a enfermeira E a aplicar uma injeção para dor em P, mas

⁷ **Art. 22** - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

abastece a seringa com veneno sem que E saiba. E aplica a injeção e P morre. Aqui, E agiu em erro de tipo⁸ e M, que provocou e se aproveitou desse erro, é autor mediato do delito de homicídio.⁹

Por todo o exposto, é possível chegar a uma conclusão intermediária a respeito das três formas de dominar um fato como hipóteses de realização do tipo: domínio sobre a própria ação, domínio sobre uma ação conjunta e domínio de um terceiro ou domínio da vontade. Os indivíduos que possuem uma dessas formas de domínio realizam os verbos típicos, por exemplo, o do homicídio, do furto e do constrangimento ilegal.

Retomando o exemplo do início, em vista das concepções apresentadas, A e B seriam considerados autores, enquanto C, D, E e F, que não mataram, poderiam ficar impunes. Mas a necessidade de algum tipo de punição também para esses agentes, seria possível a partir da formulação de outras concepções de autoria, baseadas em critérios distintos, de um outro conceito de tipo, ou de normas complementares, que legitimem punir alguém que não seja autor.

⁸ **Art. 20** - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁹ **Art. 20, § 2º** - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

2.3 Autoria como violação de um dever

Além dos tipos tradicionais como homicídio, furto, roubo, lesão corporal etc., criados por movimentos corpóreos, existem outros que envolvem um dever e sua violação. Claus Roxin definiu essas duas formas como delito de ação ou de domínio e delitos de dever, também chamados de delitos próprios ou especiais.

A realização do tipo como violação de um dever reside no fato de o indivíduo infringir as exigências de um dever específico que a ele assiste. Usando como exemplo o crime de prevaricação descrito no artigo 319¹⁰ do Código Penal brasileiro, a punibilidade ocorre por causa da violação do dever de probidade assumida pelo funcionário perante a Administração Pública. O mesmo pode ser dito sobre os tipos de concussão e corrupção passiva previstos, respectivamente, nos artigos 316¹¹ e 317.¹²

Portanto, nos delitos citados acima, o autor não é mais quem domina o risco da produção do resultado, mas sim o titular do dever descrito pelo tipo. Alguém que coagisse um funcionário público a retardar algum ato de ofício, apesar de possuir o domínio do fato, não poderia ser considerado autor mediato, mas somente partícipe (instigador).

Uma concepção extensiva, baseada na contribuição causal para um determinado resultado, teria dificuldades para lidar com os delitos especiais ou de dever, porque a produção do resultado está em segundo plano. Equivocadamente, o Código brasileiro, dominado pela concepção extensiva, conduz à punição do coator como autor do crime de prevaricação, mesmo que o dever descrito no tipo não lhe diga respeito.

¹⁰ **Art. 319** - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

¹¹ **Art. 316** - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

¹² **Art. 317** - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

Voltando ao exemplo adotado para analisar todas as formas de autoria tratadas até aqui, segundo a teoria dos delitos de dever, também nos crimes omissos a autoria é determinada pela infração de um dever, e não mais pelo domínio do fato. Considerando a conduta de **E**, segurança da vítima **V**, que nada fez para defendê-la durante a ação dos coautores **A** e **B**, não seria correto dizer que ele domina o risco. O agente **E** poderia ser acusado, no máximo, de omissão de socorro, tipo descrito no artigo 135¹³ do Código Penal, sendo impossível fundamentar sua autoria no domínio do fato, mas sim em uma outra consideração, qual seja, a violação do dever de salvar alguém.

Mesmo que o dever de salvar alguém não seja descrito pelo tipo “matar alguém”, ele deriva da posição de garantidor assumida por **E**. Como segurança de **V**, ele assumiu um “dever” de proteção, comprometendo-se a impedir o resultado, e por essa violação do dever, segundo Roxin, seria possível responsabilizá-lo pelo crime de homicídio.

É importante considerar, após o exposto, que muitos juristas não concordariam com esse caso. Aqueles sem afinidade com a teoria dos delitos do dever, ainda que se aplicasse a teoria do domínio do fato, diriam que **E** poderia ser considerado apenas partícipe.

¹³ **Art. 135** - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

2.4 Autoria como criação de risco ou violação do dever de cuidado objetivo

Existe um grupo de tipos que descreve apenas criações de risco, ou seja, a violação de um dever de cuidado objetivo, cuja conduta está descrita nos tipos culposos.

Considerando que a ideia de domínio pressupõe conhecimento, e o conhecimento é um componente indispensável do dolo, apenas aquele que sabe o que faz e o que pode decorrer de seu fazer pode controlar o resultado de sua ação. Portanto, o critério do domínio do fato não tem relevância para os crimes culposos ou negligentes, em que os agentes não dominavam o risco.

Segundo a concepção tradicional, os tipos culposos descrevem um comportamento descuidado, criador de um risco, sendo que, a princípio, todos os criadores desse risco são autores. No entanto, para se afirmar a autoria culposa, não basta a criação de um risco ou a violação de um dever objetivo de cuidado. Para isso, são necessários critérios adicionais, desenvolvidos pela teoria da imputação objetiva.

A punição não ocorre quando a norma de cuidado violada não era apta a evitar o resultado concreto, ou quando se verifica que a conduta alternativa conforme o direito também não evitaria o resultado. Logo, os delitos culposos são denominados por um conceito extensivo de autor, em que não se diferencia autor de partícipe, prevalecendo um sistema unitário de autoria.

2.5 Participação como não-realização do tipo

Para finalizar, e retomando o tipo no qual participaram os seis agentes A, B, C, D, E e F, faltou analisar as condutas de C e D. Em primeiro lugar, é fácil constatar que como cúmplice (C) e instigador (D), os agentes não realizam o injusto descrito no tipo – matar alguém –, mas apenas participam de um delito alheio. No entanto, isso não significa que devem ficar impunes. Como suas ações não são típicas, a punibilidade desses agentes depende da criação de normas que a fundamentem.

Essas normas ou dispositivos relativos à participação constituem razões de extensão da punibilidade e apresentam uma dupla finalidade: possibilitar a punição dessas formas de comportamentos, que, segundo o conceito restritivo de autor, restariam impunes; e possibilitar que tais ações sejam punidas de modo diferente das ações dos autores.

A doutrina alemã, por exemplo, entende como fundamento da punibilidade da participação uma agressão indireta ou acessória ao bem jurídico protegido pelo tipo, fazendo com que o injusto da participação seja submetido ao injusto da ação principal. O legislador exige que a ação principal seja dolosa e antijurídica, mas não culpável, falando-se em uma acessoriedade limitada da participação. Além disso, fala-se em acessoriedade extrema, em que a ação principal seja dolosa e antijurídica e culpável, e em uma acessoriedade mínima, que exige apenas a tipicidade do fato principal.

No Brasil, para alcançar alguma relevância jurídica é indispensável que o autor ou coautores, pelo menos, iniciem a execução da infração penal, caso contrário a conduta do partícipe não é atingida pela norma de extensão do artigo 29.

Por fim, a participação também pressupõe uma agressão autônoma ao bem jurídico, o que traz duas consequências: a não-punibilidade da vítima que instiga ou auxilia um terceiro a atacar o seu próprio bem jurídico; e a não-punição do agente que instiga o autor principal, mas sabe que a lesão não se consumará. Por isso, a doutrina considera incorreto derivar a punibilidade da participação exclusivamente do princípio da acessoriedade.

2.6 Do concurso de pessoas

O concurso de pessoas vem tratado no Código Penal brasileiro nos artigos 29 a 31, sem deixar claro seu posicionamento sobre um conceito restritivo ou extensivo de autor. Assim, uma interpretação correta desses dispositivos pode permitir a aplicação da teoria do domínio do fato ao sistema penal brasileiro.

Regras comuns às penas privativas de liberdade

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Circunstâncias incommunicáveis

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Casos de impunibilidade

Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Muito embora o art. 29, quando lido em conjunto com o art. 13¹⁴, remeta à decisão por um sistema unitário formal, baseado em um conceito extensivo de autor e de base causal, os dois parágrafos do art. 29 deixam margem para uma interpretação alternativa que parece abarcar autoria e participação. Tal

¹⁴ **Art. 13** - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

distinção, no entanto, é um problema de tipo e não pode ser vista como um conjunto de regras de aplicação da pena. A jurisprudência pátria também deve nortear os aspectos práticos do desenvolvimento de critérios de aplicação da teoria.

Nilo Batista defende que o art. 29 impõe apenas a individualidade da culpabilidade, sendo que, quando a lei refere-se a crime, está-se a reportar a um único injusto, no qual todos os concorrentes participam. Não basta que ambos tenham praticado uma conduta que resultou em um crime, cada um deve ter praticado uma conduta relevante para a realização do injusto, e devem ter consciência de que estão unindo forças para o cometimento do crime.

O doutrinador Mirabete denomina essa consciência da participação de causalidade psíquica, e acrescenta ainda a necessidade da causalidade física. O Sistema Jurídico brasileiro adotou a teoria monística no concurso de pessoas, que entende o crime como indivisível e resultado da conduta de cada um dos agentes, que devem responder por ele integralmente.

Existem duas formas de concurso de pessoas: a coautoria e a participação. A primeira forma ocorre “quando dois ou mais agentes, conjuntamente, realizam o verbo do tipo.” (CAPEZ, 2008, p. 339). Nesse caso, eles responderão pelo mesmo crime, mesma pena e com as agravantes e qualificadoras inerentes.

A segunda forma, a participação, acontecerá quando o agente concorrer de algum modo para a produção do resultado sem, no entanto, realizar a conduta principal. No Brasil, adotou-se a Teoria da Equivalência dos Antecedentes, segundo a qual qualquer pessoa que interfira na dinâmica dos fatos que levem ao resultado do crime pode ser considerada partícipe. A seguir, serão apresentadas algumas formas de participação.

O § 1º prevê uma diminuição de pena de um sexto a um terço caso identifique uma participação de menor importância. Mas se autor é quem realiza o tipo, independente de realizar o maior desvalor e merecer a maior pena, seria equivocado considerar a figura da participação de menor importância, uma participação em sentido estrito. Assim, nada impede que a

figura seja afirmada também no caso de um autor, pois, em tese, o autor pode praticar uma ação de menor importância, e o partícipe uma ação essencial.

É importante registrar que no Código Penal brasileiro existem outras normas concernentes à aplicação da pena quando se trata do modo de participação em um delito. São os dispositivos I, II e III, do artigo 62¹⁵, e também a primeira parte da atenuante do artigo 65¹⁶, III, *caput*. A diferença entre esses dispositivos e a regra da participação de menor importância está no fato de que esta constitui causa da diminuição de pena, a ser considerada na terceira fase da dosimetria da pena conforme o método trifásico previsto pelo artigo 68, *caput*, enquanto aqueles representam agravantes e atenuantes, de relevância para a segunda fase da medição da sanção penal.

Portanto, é preciso reafirmar que a distinção entre autoria e participação é um problema de tipo e não pode ser vista como um conjunto de regras de aplicação da pena. E a diminuição de pena para uma participação de menor importância e para outras formas de concurso de pessoas não pode ser usada como argumento em favor de (ou contra) um conceito restritivo de autor.

A descrição do artigo 29, § 2º¹⁷, mostra um dispositivo sem sentido para qualquer concepção de tipo e de autoria, servindo apenas para afirmar que o excesso de um concorrente pode fundamentar a culpa do outro. Ele não resulta em argumento favorável ou contrário à recepção da teoria do fato e a um entendimento restritivo de autor, referindo-se apenas ao que seria uma participação dolosamente distinta.

¹⁵ **Art. 62** - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹⁶ **Art. 65** - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹⁷ **Art. 29, § 2º** - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Considerando a hipótese de dois agentes, **J** e **L**, que concorrem para um furto, quando **J** desfere um soco na vítima para facilitar a ação, tal fato é previsível. Enquanto isso, **L**, que só queria participar do furto¹⁸, não usou de nenhuma violência. Mesmo assim, por causa da agressão¹⁹ cometida por **J**, a pena de **L** será aumentada até a metade. Em casos dessa ordem, a solução mais natural seria aplicar as regras de crime culposos e do concurso formal de crimes, ou seja, **L** não responde pelo excesso de **J** porque lhe falta dolo, restando apenas uma autoria a título de culpa. Mas o dispositivo do artigo 29, § 2º, modifica as regras gerais e determina que **L** será punido por furto, com pena agravada.

Agravar a pena de **L**, que podia prever o fato mais grave, é puni-lo por um constrangimento ilegal culposos, sendo que inexistente no CP o tipo culposos de constrangimento ilegal. Nesse caso, a solução positivada pelo legislador nesse dispositivo amplia a punibilidade em certos casos e se revela uma violação ao princípio de culpabilidade.

Em vista do que foi exposto, entende-se que o sistema de autoria e participação tal como regulado no CP parte, à primeira vista, de um conceito extensivo de autor e apresenta características de um sistema unitário. Seus dispositivos, em conjunto, parecem apontar para isso, mas não são indiferentes a uma reinterpretação baseada em um modelo restritivo e diferenciador. Tomados individualmente, alguns até permanecem neutros diante dos dois sistemas. Por conta desse déficit de legitimidade, o sistema brasileiro tende a dissolver a distinção entre autor, instigador e cúmplice em um emaranhado de critérios de determinação da pena.

¹⁸ **Art. 155** - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

¹⁹ **Art. 157** - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

2.7 A valorização dos bens jurídicos

Defini-se como bem jurídico aqueles bens materiais ou imateriais que possuam relevância para a sociedade, no desenvolvimento da vida e do ser humano. Tais valores devem ser protegidos pela Constituição e pelo Direito Penal, em casos de condutas que tragam risco para esses bens jurídicos.

A ideia de bem jurídico ganhou autonomia no início do século XIX, graças aos estudos de Birnbaum, Binding e Von Liszt. Até então, predominava a teoria de Paul Feuerbach, baseada na concepção kantiana de proteção da esfera individual de liberdade, segundo a qual a lesão a um direito era compreendida como a mera ultrapassagem dos limites da liberdade jurídica e, portanto, a existência do Estado encontrava seu fundamento na proteção dos direitos subjetivos.

Enquanto Binding é considerado o criador do conceito de “bem jurídico”, Johann Birnbaum é autor de um trabalho de 1834 que inaugura o estudo político-criminal dogmático e político-legislativo dogmático dessa categoria penal, a saber, o bem jurídico. Para ele, o Direito Penal teria por objeto não a tutela de direitos subjetivos, mas a de bens jurídicos, ou seja, o conteúdo de um crime deveria ser buscado na ofensa aos bens protegidos pela norma e não na violação dos direitos subjetivos. Além disso, desenvolveu o conceito de ofensividade em suas duas formas fundamentais, quais sejam, de dano e de perigo.

Analisando a teoria de Birnbaum, o advogado criminalista e especialista em Bioética, Paulo Sporleder de Souza, tece a seguinte definição:

Os comportamentos delitivos não afetavam direitos senão bens; o objeto jurídico da tutela jurídico-penal corresponderia, portanto, à ofensa de um bem e não à violação do direito subjetivo de outrem, direito este centrado precipuamente nas relações humanas reconhecidas juridicamente. (SOUZA, 2004, p. 49)

Franz von Liszt, por sua vez, foi o primeiro jurista a construir um sistema político-criminal legislativo-dogmático crítico em relação ao bem jurídico. Para ele, os bens jurídicos pertencem aos seres humanos.

É importante considerar que vários autores trabalham com a definição de bem jurídico como um valor a ser tutelado, independente de sua categoria. Segundo Alflen, “o que importa atualmente, em termos de bem jurídico é saber se o ordenamento efetivamente lhe concede ou não dignidade penal, e, para tanto, cumpre ter em vista a ideia de bens jurídicos enquanto valores [...]” (2014, p. 163)

O bem jurídico constitui, dentre os componentes do fato punível, o ponto de interligação relacional dos envolvidos no fato delitivo. Em vista disso, o princípio da ofensividade tem elevado seu papel, pois a ideia de ofensa aqui se traduz pela “noção de resultado jurídico como a pedra angular do ilícito-típico.” (COSTA, 2009, p. 179).

Outra ideia a ser considerada, é que o conceito de ação, fundamental na estrutura do delito, é substituído pelo conceito de resultado, e passa a ser entendido apenas em sua função negativa, da não observação do valor que deveria ser protegido.

No direito penal contemporâneo, o processo de criminalização de condutas ofensivas a bens jurídicos supraindividuais ganha impulso na década de 1970, período de mudança de paradigma das criminalizações visando reduzir as desigualdades de classes sociais e a punição de delitos que fogem da criminalidade convencional por atingirem bens jurídicos como o meio ambiente, a ética empresarial e a livre concorrência. Tais bens jurídicos são mais vulneráveis à conduta de coletividades organizadas, com alto poder financeiro e grande amplitude de ação, porém com a conduta diluída em sua grande estrutura composta por diversos órgãos e pessoas jurídicas, que ostentam as posições mais diversas de comando e lideranças e com tarefas e competências que são repassadas a uma infinidade de executores que se distanciam daqueles que tomam as decisões. A tutela cada vez mais ampla de bens jurídicos que não se encontram entre os tradicionalmente observados pelo Direito Penal dá imensa importância a Teoria do Domínio do Fato.

Por serem perpetrados por uma coletividade de autores, inseridos em uma cadeia de comando, muitas vezes tendo como instrumento uma pessoa jurídica, seja ela um Órgão Estatal ou uma empresa, faz com que a figura do homem de trás ganhe importância. Principalmente quando a extensão da lesão a algum bem jurídico difuso, coletivo ou supraindividual não pode ser praticada por apenas um autor, tampouco pelo concurso de duas ou mais pessoas, senão por uma estrutura organizada que faz com que os autores imediatos sigam a linha diretiva e o comando de um autor mediato que domina a execução e a produção do resultado danoso. Justamente neste contexto, de base extremamente empírica, que a ligação entre os bens jurídicos e a Teoria do Domínio do Fato ganha relevo.

Nota-se, nos últimos anos, o ressurgimento da teoria do bem jurídico no centro dos debates jurídico-penais, coincidentemente com constante evolução da Teoria do Domínio do Fato, indicando que o conteúdo material das novas incriminações e a legitimidade da intervenção penal em campos supraindividuais precisam ser submetidos a novas leituras a fim de aprimorar seus padrões metodológicos, o que pode se dar através de uma revisão dos pressupostos de aplicação e da própria idéia original de Roxin quanto ao domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder.

Não se pode deixar de lado que a organização em si é o instrumento para causar ofensas a um bem jurídico tutelado através da prática de atos materiais concatenados que passam por toda uma hierarquia. Muito embora esteja distante da execução direta do delito, a organização da estrutura deixa claro o domínio do autor mediato. Nesta esteira, ante a pluralidade de intervenientes que atuam numa conduta ofensiva, é o próprio bem juridicamente tutelado o elo entre todos eles, autor imediato e mediato. Tanto mais quando se trata de um bem jurídico difuso, coletivo ou supraindividual, posto que sua abrangência é muito maior.

No que tange a Teoria do Domínio do Fato, pode-se então apontar que o bem jurídico tem dupla função, ambos de grande relevo. Primeiramente como ponto de interligação relacional entre os envolvidos na ofensa a dignidade do bem jurídico, ou seja, determina o domínio do autor mediato sobre o imediato.

E em segundo lugar, o controle efetivo e direto sobre a ofensa ao bem jurídico indica aquele que domina a execução e o resultado, assim domina o fato, através da autoria direta, sendo suficiente se falar na disposição condicionada do executor em causar ofensa ao bem jurídico.

2.8 Domínio da vontade em virtude de aparatos de poder organizados e os crimes praticados por meio de organizações empresariais

Na atualidade, a maior controvérsia quanto a teoria do domínio do fato gira em torno do debate sobre sua aplicação aos crimes praticados por meio de aparatos de poder não estatais, tais como empresas. Embora existam aqueles que não admitem esta possibilidade, entre eles o próprio Roxin, a verdade é que isto já é admitido tanto na jurisprudência alemã quanto na brasileira.

A sistematização feita por Roxin sobre o domínio da vontade em virtude de aparatos de poder organizados tem se mostrado um dos mais eficientes instrumentos práticos para pautar a discussão em torno da responsabilização dos crimes cometidos em âmbito empresarial, por isso se faz premente que o Direito Penal se apodere desta figura jurídica, aplicando as devidas adaptações, com o fim de punir estes crimes.

Os que tomam posição contrária, não se atentam a quão sólida e eficiente é no caso concreto a ideia. Também faltam argumentos sólidos contra sua utilização. Para o próprio Roxin, é absoluta a incompatibilidade da teoria do domínio por organização aos fatos praticados por meio de organizações empresariais pela diferença de critérios e da natureza dos fatos puníveis. Além do argumento principal de Roxin, de impossibilidade pelos fins originários, ou seja, que sua teoria não foi criada para este fim, que não passa de um argumento de autoridade. Partindo desta base, pode-se criar uma nova vertente que abarque os crimes praticados por organizações empresariais.

Embora aquele que desenvolveu a teoria não aceite sua transposição, não são raros os casos em que o criador perde o controle sobre sua criatura, prova disso é o que vem ocorrendo nos mais diversos tribunais, contribuindo para a formação de uma já vasta jurisprudência tanto na Alemanha quanto no Brasil.

Com o Direito Penal se ocupando cada vez mais de comportamentos delitivos que ofendem bens jurídicos coletivos, difusos e supraindividuais, e de caráter econômico, correntes no âmbito de grandes empresas, estes fatos ficam à margem do Direito Penal, fazendo com que muitas vezes a

responsabilidade penal recai sobre personagens secundários. São casos em que os dirigentes destas empresas decidem e ordenam a prática de delitos, mas não chegam a tomar parte da execução.

A evolução e adaptação da teoria de Roxin para que possa abranger organizações não estatais passa pela necessidade da revisão dos conceitos de autoria mediata ou coautoria, adaptando-se a delinquência cometida no âmbito de grandes grupos ou organizações, até mesmo como uma alternativa ao uso da responsabilidade objetiva.

Certas formas delitivas revestem-se da forma de uma organização, outras vezes, utilizam-se da organização para o fim do delito criminoso. Independente da forma societária que assume, hoje é indiscutível o caráter organizacional da sociedade anônima, da corporação ou mesmo da “empresa”.

Na sua sistematização dogmática Roxin propôs, no que tange ao domínio da vontade em virtude de aparatos de poder organizados, quatro pressupostos fundamentais, quais sejam, o poder de comando, a desvinculação do direito pelo aparato de poder, a fungibilidade do executor direto, disposição essencialmente elevada dos executores do fato. Tendo como alicerce estes pressupostos é facilmente aplicado aos crimes praticados por organizações empresariais o domínio do fato.

Quando analisados um a um estes pressupostos constata-se que três deles estão presentes em organizações não estatais. O poder de comando é de fácil percepção em qualquer estrutura hierarquizada que ostente cargos de direção, próprios de empresas, e até mesmo em organizações criminosas. Também é possível observar a fungibilidade do executor direto pelo grande quadro de colaboradores e funcionários que integram estas organizações. Já a disposição essencialmente elevada dos executores do fato, está presente nos dias atuais em ambientes corporativos e empresarias até mesmo de forma desmedida, seja pela ambição, pela competitividade ou necessidade de resultados que estes ambientes apresentam.

A desvinculação do direito pelo aparato de poder está associado à origem da teoria, quando dos crimes praticados pelo Partido Nacional Socialista. E não

se pode exigir que seja cabível a organizações que estão fora do aparato estatal, e que a partir do momento que são usadas como instrumento para a prática de delitos, se desvinculam do direito. Ou seja, apenas este pressuposto deve ser afastado ou modificado a fim de que o domínio da vontade em virtude de aparatos de poder organizados seja aplicado a crimes praticados por meio de organizações empresariais.

Neste contexto, a autoria direta como domínio do resultado parte da ideia de que domina o fato aquele que controla diretamente a realização, interrupção, impedimento ou continuidade da produção da ofensa ao bem jurídico. Vê-se que tal concepção não só pode ser aplicada ao âmbito empresarial, como também é pragmaticamente adequada. Logo, no prisma do domínio por organização empresarial, ou ainda, não estatal, a autoria direta ocorre na medida em que o controlador, gestor ou administrador de organização empresarial exerce controle direto sobre o fato típico causador da ofensa ao bem jurídico, ou seja, controla por si mesmo a realização, interrupção, impedimento ou continuidade da ofensa ao bem jurídico, e quando ele mesmo ou ele e a empresa se beneficiam da prática do fato delitivo.

Pode-se dizer que nos casos de autoria imediata, para fins de atribuição de responsabilidade o que importa é o efetivo exercício do poder de gestão. Um gerente pode ser autor mediato desde que exerça este poder sob a ótica do critério material que depende do direto e efetivo controle sobre a ofensa ao bem jurídico, ou seja, ele não responderá pela posição ocupada, senão pelas condutas praticadas.

O tema se mostra espinhoso e logo se observa o motivo das diferentes posições adotadas pela doutrina frente a complexidade típica das organizações, assim como sua estrutura hierarquizada, que porém não são critérios para delimitação da autoria. É decisiva a prática de atos materiais direcionados à causação de ofensa ao bem juridicamente tutelado, diretamente pelo autor que o domina de forma plena.

Na autoria como domínio operacional, há coautoria que se caracteriza pela realização conjunta de um fato ofensivo a um bem juridicamente tutelado, por meio do desmembramento da realização típica entre vários participantes que

operacionalizam suas contribuições a fim de um resultado integral. A coautoria está ligada ao domínio operacional, que se dá mediante o acordo objetivo de condutas, realização conjunta do fato ofensivo ao bem jurídico, relevância causal das contribuições para causar a ofensa ao bem jurídico.

A autoria mediata como domínio do fato social é a mais tormentosa questão no âmbito dos crimes praticados por meio de organizações empresariais ou não estatais por esbarrar em dois aspectos: em primeiro lugar, o fato de que a organização não é um instrumento; e em segundo lugar, a existência do art. 62, III do CP, que legitima a figura do instrumento punível. Isso porque, neste caso, há a autoria mediata do gestor, no caso de o executor ser um sujeito punível, de maneira a não conduzir à coautoria ou à indução pelo homem de trás. A dificuldade não se assenta na figura do homem de trás, mas sim na figura do instrumento enquanto executor livre e na possibilidade do homem de trás, através de seu poder de condução, controlar a sua atuação dirigida à ofensa ao bem jurídico.

O autor mediato utiliza-se de circunstâncias de fato, as estruturas organizacionais da empresa, que já não configuram elemento ou pressuposto próprio da autoria mediata. O autor mediato, face à disposição condicionada do instrumento, utiliza-se das circunstâncias estruturais do aparato e de seu poder de condução, seguido pela determinação do instrumento à prática do fato ofensivo ao bem jurídico. O critério suficiente se mostra ser o da disposição condicionada do executor. Onde não se faz necessária a análise da posição hierárquica ou do cargo ocupado para se determinar a autoria mediata, mas é indispensável a observância do efetivo poder de condução do fato. Ou seja, nesse caso o domínio do fato poderia se dar até mesmo “de baixo para cima”.

2.9 Princípio da Autorresponsabilidade

Embora pareça toda sorte de controvérsia em relação à figura da autoria por domínio da organização, essa forma de autoria segundo a qual quem inserido em uma estrutura hierarquizada que satisfaça suas respectivas condições, emite uma ordem para que um subalterno cometa um delito, responderá não apenas como partícipe, mas como autor mediato de um fato próprio, vem encontrando guarida não só na jurisprudência alemã, como também em diversas Cortes superiores estrangeiras e no Direito Penal internacional.

Vem tomando relevo juntamente com a teoria do domínio do fato por domínio da organização o chamado princípio da autorresponsabilidade. Seja devido ao momento de revisitação e constante evolução da teoria do domínio do fato, seja devido ao número cada vez maior daqueles que o criticam, o debate acerca desta figura é candente.

Segundo o princípio da autorresponsabilidade cada pessoa é responsável apenas pelo seu próprio comportamento e nunca pelo comportamento livre e responsável de outrem. No que tange a Teoria do Domínio do fato isso significa que, segundo o princípio da responsabilidade, não existe a figura de um autor por trás de outro autor plenamente responsável. Consequentemente, o homem de trás pode no máximo ser partícipe e deverá ser responsabilizado de acordo com as regras da acessoriedade da participação quando o homem da frente atua de forma responsável. Ao abraçar este princípio, abandona-se a figura do domínio por organização e mesmo o domínio do fato.

Há ainda uma discussão quanto ao alcance do princípio da autorresponsabilidade. Se ele pode ser entendido como um princípio geral do Direito, que irradia seus efeitos por todo Direito Penal ou como um princípio meramente setorial, relevante apenas para determinados institutos jurídicos, neste caso, na dogmática de todos os chamados delitos de domínio (aqueles em que o autor é quem tem o domínio do fato). Seria muito ambicioso elevar

este princípio à condição de princípio geral do Direito, posto que não há fundamentação suficientemente convincente para tanto.

Por outro lado, o princípio da autorresponsabilidade com alcance setorial se baseia em um argumento de direito positivo, reconhecido e bem fundamentado, qual seja figura da coautoria, prevista no art. 29, *caput*, do Código Penal brasileiro. A imputação recíproca possibilitada por esta figura corrobora definitivamente para este entendimento, pois é incompatível com o princípio da autorresponsabilidade. Assim, tal princípio não pode ser defendido como princípio válido para todos os delitos de domínio na medida em que contradiz a ideia de imputação recíproca que subjaz à autoria. Resta claro, portanto, o motivo de tantas críticas e da pouca aceitação do chamado princípio da autorresponsabilidade. Aceitá-lo é negar a própria teoria do domínio do fato. Além disso, a míngua de argumentos que possam sustentá-lo, tampouco se poderia falar de terem um alcance de princípio geral do Direito.

3. AÇÃO PENAL nº 470 COMO PARADIGMA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO BRASIL

A Ação Penal nº 470 é um bom exemplo paradigmático do desvirtuamento das concepções teóricas de uma doutrina penal brasileira sem identidade, principalmente no que diz respeito ao concurso de pessoas e à delimitação da autoria e de suas respectivas formas – autoria direta, mediata e coautoria. Julgado pelo Supremo Tribunal Federal, esse caso, vulgarmente conhecido como “Mensalão”, é responsável pela atualidade da discussão sobre a teoria do domínio do fato no âmbito da jurisprudência brasileira.

Em 28 de agosto de 2007, depois de cinco dias de debates entre defesa e acusação, o Supremo Tribunal Federal decidiu abrir processo criminal contra 40 pessoas denunciadas pela Procuradoria Geral da República de envolvimento em um esquema de compra de apoio político no Congresso, denunciado em dois anos antes pelo então deputado Roberto Jeferson. A decisão causou impacto nacional porque entre os réus estavam três ex-ministros do governo Lula, ex- integrantes da cúpula do Partido dos Trabalhadores, além de deputados e empresários. A denúncia foi feita pelo procurador-geral Antonio Fernando de Souza e o ministro Joaquim Barbosa foi o relator do caso.

É importante destacar aqui que, antes mesmo de ter início a Ação Penal nº 470, o caso “mensalão” já estava sendo julgado pela imprensa, na televisão, nos rádios e nas revistas. E os jornalistas e a opinião pública já haviam condenado alguns dos réus, em uma ação que estava apenas começando.

O processo durou quatro anos e, finalmente, em julho de 2011, o procurador-geral da República, Roberto Gurgel, pediu a condenação de 37 dos 40 denunciados. Dois acusados foram excluídos (um deles por morte) e um foi inocentado por falta de provas.

Segundo as investigações e os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, um dos acusados, o ex-ministro José Dirceu, atuava nas duas pontas do esquema, negociando empréstimos bancários fraudados para ocultar desvios de recursos públicos e, ao mesmo tempo, fechando acordos políticos que envolviam valores milionários. Para o advogado do ex-ministro, José Dirceu de Oliveira e Silva, o Ministério Público não provou tais acusações e os argumentos acolhidos pelos ministros não comprovaram o envolvimento de José Dirceu no escândalo.

Jornalistas respeitados como Paulo Moreira Leite, Jânio de Freitas e Lucas Figueiredo, que acompanharam todo o julgamento, sustentam em diversos artigos que o “mensalão” não foi provado. Todos concordam com o fato de que o julgamento da AP 470 foi técnico, mas também político. Político porque é função do STF defender a Constituição, mas também por causa do clamor contra a corrupção e a impunidade que tomou conta do país.

No julgamento da AP 470, o Supremo Tribunal Federal, composto por 11 ministros, se apropriou da teoria do domínio do fato, na verdade, e segundo alguns importantes juristas, da expressão e não da teoria, de forma retórica, para fins de atribuição de responsabilidade e não de distinção entre autores e partícipes. Segundo Alflen, é certo afirmar “que não se pode admitir na ordem jurídica brasileira a presunção de domínio do fato, de modo que, a simples disposição de ato institucional não atribui o poder de condução a ninguém.” (2014, p. 183)

Na acusação de formação de quadrilha, por exemplo, os réus foram absolvidos por seis votos contra cinco, mas o ministro Luiz Fux, defendeu que a formação de quadrilha existe mesmo quando os envolvidos se reúnem a princípio para fins legais. Para ele, os condenados associaram-se em um “projeto deliquencial”²⁰ e sabiam da divisão de tarefas dos demais integrantes para manipular o Legislativo.

²⁰ Fonte: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-27/condenados-acao-penal-470-nao-formaram-quadrilha-decide-supremo> (acesso em 10/06/2015).

Já o ministro Teori Zavascki, que votou pela absolvição dos réus, apontou a diferença entre formação de quadrilha e cooperação para o crime e decidiu que houve reunião de pessoas para práticas criminosas. Segundo ele, "um crime cometido por três ou cinco pessoas não significa que tenha sido cometido em quadrilha".²¹

Para apresentar o caso corretamente, é importante voltar ao princípio dos temas explorados ao longo deste trabalho, qual seja, retomar o conceito de autor e partícipe no direito penal, as competências e particularidades do Supremo Tribunal Federal brasileiro e o uso que essa importante instância do Poder Judiciário fez da teoria do domínio do fato para fundamentar a condenação de vários réus no julgamento da Ação Penal nº 470.

²¹ Idem.

3.1 A utilização do termo domínio do fato na Ação Penal nº 470

Como já explicado, a ideia da teoria do domínio do fato é bastante simples. Ela designa como autor em crimes comissivos e dolosos aquele com domínio dos fatos, seja como executor direto, como autor funcional ou como autor mediato. Alaor Leite realizou um importante estudo no qual analisa em quais contextos os ministros do STF utilizaram a teoria do domínio do fato, para “apontar concretamente os trechos da decisão que guardam relevância desde o ponto de vista da dogmática da autoria e da participação”.²² Para isso, ele assume como base indutiva a decisão da ação, tornada pública, contendo 8.000 páginas.

A primeira utilização do termo domínio do fato foi identificada no capítulo VI relativo à denúncia de corrupção ativa, em que também se afirmou que o núcleo político partidário teria interesse em comprar apoio político, indicando uma linguagem compatível com a teoria subjetiva da distinção entre autor e partícipe, que considera autor aquele que quer o fato como seu, que possui interesse próprio no fato. Como já foi dito anteriormente, tal utilização mostra-se questionável, uma vez que a teoria do domínio do fato foi desenvolvida para superar justamente os déficits da teoria subjetiva.

Em um segundo momento, o termo domínio do fato é usado na manifestação oral da Procuradoria Geral da República na fase de alegações finais. No entanto, o termo ganha relevância na fundamentação das decisões dos Ministros em relação a vários crimes julgados na ação, como formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira e, principalmente, corrupção ativa.

Considerando que o Código Penal brasileiro não obriga distinguir autor de partícipe, é fácil identificar o primeiro equívoco no uso de uma teoria cuja

²² LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por atos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. GRECO, Luís [et alii]. São Paulo: Marcial Pons, 2014. (p. 121 a 168).

função dogmática é justamente fazer essa distinção. Tal (in)compatibilidade foi corretamente problematizada nos votos, pois o artigo 29, *caput*, CP, entende que “aquele que de todo modo concorre para o crime incorrerá nas penas a ele cominadas”. Leite defende que nesse caso a teoria do domínio do fato não poderia operar como fundamentadora de punibilidade, mas como limitadora.

O segundo equívoco ocorre quando alguns votos consideram que a distinção entre autor e partícipe é uma questão de merecimento de pena, contrariando a visão de Roxin, que nega isso claramente em seu conceito de autor. A teoria do domínio do fato determina a extensão dos tipos penais, sendo aceitável apenas como finalidade secundária usá-la para estabelecer a necessidade de diferentes penas para as diferentes formas de contribuir no delito.

A despeito dos dois problemas apontados acima, alguns ministros defenderam o uso da teoria de Roxin em suas argumentações. Enquanto o Ministro Celso de Mello defendeu que a adoção da teoria unitária no concurso de pessoas, no sistema jurídico-penal brasileiro, não exclui a teoria do domínio do fato, a Ministra Rosa Weber considerou a teoria plenamente apropriada ao direito brasileiro.

Por representar o mais alto grau da Corte, existe certa preocupação no meio jurídico de que a decisão da Ação Penal nº 470 possa se tornar um precedente em sentido estrito, capaz de vincular jurídica ou faticamente os tribunais e juízes, em matéria de autoria e participação no direito penal. Alguns autores, no entanto, não acreditam nisso. Alaor Leite é um deles, já que nesse caso o Supremo Tribunal Federal atuou como atua um juiz de primeira instância. As questões de direito, como o recurso à teoria do domínio do fato, foram oriundas da necessidade de decidir os fatos objetos do processo, e não da necessidade de decidir de forma geral a respeito da interpretação do direito no Brasil ou uma questão constitucional.

Para o constitucionalista Virgílio Afonso da Silva, da Universidade de São Paulo, não se pode negar a importância política do caso, mas para o direito constitucional trata-se de um julgamento “irrelevante”²³, sem chance de virar referência. Como ele, muitos concordam que o Supremo é um tribunal constitucional que deve atuar sobre aborto, união de pessoas do mesmo sexo, ações afirmativas, e não em casos penais, que é uma competência marginal.

Ainda sobre isso, o que torna possível qualquer referência à vinculação a precedentes é a função atribuída à decisão judicial, e não apenas a graduação do tribunal. Do ponto de vista fático, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, que resolvem divergências entre tribunais na interpretação do direito federal, podem adquirir *status* de precedentes, na medida em que a decisão serve à uniformização da interpretação do direito (art. 105, III, c, CR).

Em uma decisão de ação penal originária, falar de vinculação a precedente seria equivocado, justamente porque não depende apenas da graduação da instância decisória decidir sobre uma possível vinculação jurídica das instâncias inferiores. Do outro lado, não há como negar a força normativa do fático, que emergirá dessa decisão.

No caso da AP 470, é inegável que ela servirá de modelo a todos os órgãos do sistema de justiça criminal. Desde o seu encerramento, delegados de polícia, membros do Ministério Público, juízes e advogados, já guiam suas atuações com base na decisão deste julgamento, demonstrando que se não há vinculação jurídica, há vinculação fática. No entanto, a mera referência a precedentes não é suficiente para fundamentar qualquer decisão, contra isso é preciso cuidadosa vigilância.

²³ Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/09/1345666-nao-faz-sentido-em-falar-em-pizza-do-mensalao-diz-constitucionalista-da-usp.shtml>

Não se deve nem sobrevalorizar a importância histórica desse julgamento atípico para uma Corte Constitucional, nem subvalorizar o fato de que as categorias jurídicas mencionadas no julgamento balizarão a atuação de todos os órgãos do sistema de justiça criminal. No entanto, o modo de decidir do STF, em que cada um dos 11 ministros lavra e publica seu próprio voto, dificulta uma análise científica correta, pois não existe uma posição unitária da Corte brasileira.

Tal processo de fragmentação dificulta não apenas a análise científica da decisão, mas também a adoção do posicionamento do STF por parte dos tribunais e juízes do país. No caso da AP 470, seria preciso vasculhar as 8.000 páginas da decisão, para encontrar as verdadeiras razões de decidir. Alaor Leite, que se dedicou a esse trabalho, afirma que não há uma posição unitária do Supremo em relação à teoria do domínio do fato, mas apenas manifestações esparsas de alguns Ministros. Logo, impossível falar de vinculação ao precedente.

3.2 Teoria do domínio do fato versus Teoria do domínio da organização

A teoria do domínio do fato parte de um sistema diferenciador e de um conceito restritivo de autor. Ela parte de um sistema diferenciador porque acredita ser necessário distinguir os níveis de intervenção no delito, ou seja, entre autor e partícipe. Parte de um conceito restritivo por entender que apenas o autor do delito é que viola a norma de conduta inscrita na parte especial do Código. Já o partícipe seria punido graças a uma norma extensiva da punibilidade.

O conceito restritivo de autor é contraposto ao conceito extensivo e o sistema diferenciador é contraposto ao sistema unitário. A busca por critérios distintivos entre autor e partícipe deve ser respeitada por ser um importante esforço dogmático permitido pela redação do artigo 29, *caput*, do Código brasileiro, mas não se pode utilizar a teoria do domínio do fato para transformar o que seria absolvição em condenação.

É possível adotar a teoria do domínio do fato na jurisprudência pátria, se tal adoção vier acompanhada do esforço em determinar os casos de autoria e de participação, e em compreender que a participação revela um conteúdo de injusto acessório em relação à autoria, e que, em razão disso, e não por questão de merecimento de pena, como expressaram alguns Ministros em seus votos, é que deve haver uma diferença de pena entre o autor e o partícipe.

Na literatura nacional, alguns autores como Nilo Batista, Reale Jr., Cirino dos Santos e, mais recentemente, Busato, defendem de *lege lata* que o Código brasileiro teria adotado uma mescla entre a teoria unitária e a dualista, ou seja, diferenciadora entre autor e partícipe. Por isso, a teoria do domínio do fato seria compatível com o artigo 29, *caput*, CP, principalmente após a reforma de 1984, com a inclusão da expressão “na medida de sua culpabilidade”.

Logo após a inserção dessa expressão, passou-se a falar em domínio do fato no Brasil, em diferentes graus de participação, mas não em sua acepção mais técnica. Essa interpretação inicial, embora correta se bem compreendida, pode induzir ao equívoco de que a distinção entre autor e partícipe só seja relevante para a medição da pena. E isso só seria correto como consequência de considerações anteriores ligadas ao injusto do autor e ao injusto de partícipe.

Em vista do que foi apresentado sobre a AP 470, faz-se essencial separar o grau de culpabilidade e o merecimento de pena, da teoria do domínio do fato, que apenas exerce influência sobre esses dois. A teoria não pode ser usada como tese para fundamentar a punição de um réu que, sem ela, seria absolvido, ou para determinar o merecimento da pena dos acusados.

A pergunta importante a ser feita nesse caso é: por quais razões a teoria foi usada? Diante da regulação legislativa da autoria e da participação, a teoria do domínio do fato pode cumprir apenas uma função limitadora da responsabilidade, ao determinar que aquele que seria um concorrente possa ser um partícipe em sentido estrito (cúmplice ou instigador). Apesar disso, como no Código brasileiro não há redução da pena obrigatória para a participação em sentido estrito, tal distinção não teria qualquer impacto.

Outro equívoco cometido pelos Ministros do STF em suas decisões parece ter ocorrido em consequência da confusão que se instalou entre gênero e espécie, ou seja, entre a teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização, que decorre da ideia mais geral, e segundo a qual o autor é a figura central do acontecer típico. Já se falou sobre as três formas de dominar o fato, mas vale lembrar que a vontade do executor imediato pode ser dominada nos casos de erro ou coação, e também nos casos de domínio da organização, quando aparece a figura do “autor por trás do autor”.

Essa tese foi construída para casos em que a organização atua completamente apartada do direito, como estados totalitários, organizações criminosas, máfias etc., e obteve grande sucesso internacional desde então. No interior dessas estruturas, o homem de trás, que possui poder de mando, tem certeza de que suas ordens serão cumpridas.

O julgamento do ex-presidente peruano Alberto Fujimori, ocorrido entre 2007 e 2009, pode ser considerado um bom exemplo da aplicação da teoria do domínio por organização. A decisão do Tribunal Criminal Especial da Suprema Corte do Peru foi dogmaticamente exemplar. Fujimori foi condenado por graves violações dos direitos humanos e sentenciado a 25 anos de prisão, pena máxima permitida no Peru. Foi a primeira vez que isso ocorreu com um chefe de Estado democraticamente eleito.

Atualmente, a grande discussão envolvendo esse desdobramento da teoria do domínio do fato, é sobre a possibilidade de sua aplicação nas sociedades ou pessoas jurídicas constituídas conforme o direito, como empresas e partidos políticos. Sem dúvida, o uso do domínio da organização na Ação Penal nº 470, teve como objetivo fundamentar a punição de alguns réus que gozavam de posições de comando dentro do governo. No entanto, ficou claro também, que os Ministros fizeram certa confusão entre os termos “domínio final do fato”, defendido por Welzel, e “domínio da organização”, de Roxin, o que deixou dúvidas sobre o alcance do conhecimento sobre o que estava sendo afirmado.

Ao longo do julgamento, em algumas manifestações, os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, citaram a teoria do domínio do fato como sinônimo de teoria do domínio da organização, associando ao primeiro termo a ideia de fungibilidade, que se liga ao segundo. As manifestações demonstram, além da confusão teórica, que havia nesse uso uma tentativa de transformar os réus em autores mediatos de delitos praticados no interior da estrutura organizada onde atuavam. Ainda se poderia argumentar que, por suas posições de comando, eles tinham domínio dos fatos e deveriam, em razão disso, evitá-los.

Ocorre que a tentativa dos Ministros só é compreensível a partir de um sistema diferenciador de autoria e participação, já que o efeito jurídico da adoção da teoria do domínio da organização é transformar cúmplices e instigadores em autores mediatos, sem que isso signifique uma transferência de responsabilidade de baixo para cima. Os autores imediatos permanecem sendo autores, e como tal devem ser apenados.

Se o objetivo principal era responsabilizar penalmente os sujeitos em posição de destaque, o artigo 29, *caput*, CP, possibilitaria provar uma ação ou omissão causal no sentido no sentido amplo do *conditio sine qua non* (art. 13, *caput*, CP). A aplicação da teoria de Roxin (ou de Welzel, dada a confusão já descrita) com este fim, de alcançar uma condenação para os homens de trás, parece, afinal, representar a verdadeira razão de seu uso.

3.3 Teoria do domínio do fato e posição de comando

A fundamentação da responsabilidade dos acusados que ocupavam posição de comando em suas estruturas organizacionais parece ter sido a motivação central do uso da teoria do domínio do fato pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O problema disso está no fato de que já existe uma série de concepções que buscam fundamentar a responsabilidade do superior, e nenhuma delas se chama teoria do domínio do fato.

Uma delas refere-se à figura do *command responsibility* ou responsabilidade do superior, e foi desenvolvida no contexto dos e para os crimes do direito penal internacional, inicialmente os crimes de guerra. Basicamente, esta categoria acrescentou aos acusados em posições de comando e de coordenação, os deveres de controle e observação. O tema é bastante discutido atualmente, mas não passa de uma imputação por omissão imprópria (art. 13, § 2º, CP), o que exige a fundamentação de uma posição de garantidor do superior hierárquico.

O termo comando, nesse caso, pode ser definido como política de comando, envolvendo aqui chefes de estado, funcionários de alto escalão do governo e monarcas, e o fator preponderante não é a posição que ocupam, mas a subordinação. Segundo o professor de direito penal Kai Ambos, estudioso do tema, trata-se de uma punição por omissão própria, decorrente da violação de um dever funcional.

Já o problema da posição de garantidor do empresário pelos crimes cometidos por subordinados, uma estrutura de imputação a que o STF poderia ter recorrido para responsabilizar os réus em posição de comando, foi recentemente decidido pelo tribunal alemão, que problematizou se o superior teria mesmo o dever de evitar fatos puníveis cometidos por seus inferiores. A autoria e a participação devem ser construídas de forma diversa nos delitos omissivos. Identificar se a conduta imputada ao sujeito foi comissiva ou omissiva pode fazer a diferença entre uma condenação e uma absolvição.

As dificuldades em torno da divisão de responsabilidade penal e estruturas complexas são conhecidas e se fizeram presentes na AP 470. Novamente, durante o julgamento dos dirigentes do Banco Rural, acusados de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º da Lei 7.492/1986)²⁴, o termo domínio do fato foi usado como elemento da culpabilidade dos réus. Como se sabe, o banco participou do caso “mensalão” através de empréstimos fraudulentos que serviram para a compra de apoio político.

O que ocorreu, novamente, foi uma inaptidão em organizar dogmaticamente algumas intuições no sentido de que os superiores hierárquicos possuem, em regra, maior responsabilidade pelos fatos. A simplificação dos problemas de imputação por crime omissivo impróprio nos casos de criminalidade de empresa também foi observada na atuação dos Ministros do STF.

No caso da acusação de gestão fraudulenta de instituição financeira, imputada ao *compliance-officer* do Banco Rural, Vinicius Samarane, o Ministro Luiz Fux, sem maiores referências, tocou em um dos pontos mais discutidos do direito penal econômico contemporâneo, a saber, a posição de garantidor da figura do *compliance-officer*. Essa figura, normalmente instalada em um escalão abaixo da cúpula de uma organização, é responsável pela avaliação dos riscos jurídicos ligados a determinadas atividades, devendo estabelecer mecanismos de controle internos para evitar que ocorram fatos puníveis ali. Além disso, possui o dever de informação, mas não o poder de mando dentro da instituição.

O problema dessa questão, caso surjam fatos puníveis, reside em como determinar a punibilidade do *compliance* em forma omissiva pelos delitos praticados, em razão de sua suposta posição de garantidor, estando ele próprio submetido ao poder de mando da cúpula do banco.

²⁴ **Art. 4º** Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

A posição de garantidor dos superiores hierárquicos encontra sua fundamentação precisamente no poder de mando, por isso transferir essa posição de garantidor para o *compliance* do Banco Rural, sem a transferência do poder mando, não encontra nenhum fundamento jurídico. E o mais preocupante é constatar que nenhuma dessas considerações possui conexão com a chamada teoria do domínio do fato. Esta sempre aparece nas manifestações dos Ministros como argumento em favor da responsabilização de sujeitos de acordo com as posições hierárquicas que ocupam.

Como se viu ao longo deste trabalho, o jurista Claus Roxin não desenvolveu a teoria do domínio do fato com pretensões universalistas. Sua função sempre foi exposta de forma muito clara, assim como sua inaplicabilidade em diversos tipos de delitos. Na Ação Penal nº 470, tais orientações não foram consideradas seriamente pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que justifica dizer que no futuro caberá ao tribunal analisar de forma mais detalhada os fundamentos da responsabilização penal de sujeitos que gozem de alta posição hierárquica no interior de estruturas organizacionais.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, fica clara a relevância que a Teoria do Domínio do Fato assumiu no Direito Penal desde o seu primeiro desenvolvimento no início do século passado. Embora uma gama de juristas tenha contribuído para sua elaboração, foi pelas mãos de Claus Roxin que o Domínio do Fato encontrou sua melhor formatação, permitindo sua aplicação até os dias atuais e ascendendo a todo tipo de debates. Prova disso é seu uso pela própria Corte Superior Alemã, pelo direito internacional e até mesmo nos Tribunais brasileiros.

No Brasil, a Teoria do Domínio do Fato volta a ser o centro das atenções com o julgamento da Ação Penal nº 470, o famigerado “caso do mensalão”. Sua cobertura foi extensa e ultrapassou os limites acadêmicos e jurídicos para tomar proporções midiáticas. A opinião pública deu grande atenção a esta Ação, tanto pelo momento social brasileiro quanto por seu peso político, o que veio a gerar todo tipo de cobertura, muitas vezes noticiosa, acabando por contribuir com a confusão que se faz acerca do tema.

A carga semântica da expressão “domínio do fato” mexe com o imaginário das pessoas desde seu uso nos tribunais que julgaram os crimes perpetrados na Segunda Guerra Mundial. Acenderam-se os holofotes sobre diversos juristas e jornalistas, que não se furtaram em fazer sua análise sobre o tema, sem, contudo, esclarecê-lo da forma mais correta, no prisma técnico-jurídico.

Passado o afã causado pela Ação Penal nº 470, é chegada a hora de nos debruçarmos sobre a base teórica e prática da Teoria do Domínio do Fato para que, com olhos técnicos, seja possível edificar seu efetivo uso jurídico. Este momento propicia uma revisitação à Teoria em solo brasileiro.

Ademais, a Teoria do Domínio do Fato está em constante evolução, isso por ser uma construção jurídica extremamente útil e pragmática como critério hábil a apontar a autoria delituosa, nos mais diversos tipos de crimes, tanto

mais com a evolução da tecnologia e da sociedade, e com a preocupação trazida por tipos delituosos que fogem à criminalidade tradicional.

Atualmente, existe uma grande preocupação nos sistemas jurídicos mundiais com as organizações criminosas, que muitas vezes tomam forma e corpo de empresa. A importância da teoria de Roxin nesses casos consiste na possibilidade de imputar o fato criminoso aos diretores, aos chefes, dessas organizações, que passam a responder como autores.

Logo, o domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos de poder organizados se mostra atual, uma vez que pode apontar a autoria no caso concreto nos crimes cometidos por uma coletividade inserida nessas organizações, sejam elas vinculadas ou não ao Estado. No Brasil, tal questão ainda sofre de um déficit de regulamentação legislativa.

É inegável o valor das bases construídas por Roxin, bastando observar que sua concepção vem sendo usada até os dias atuais, mas é preciso um estudo no contexto em que vivemos, não abandonando, mas evoluindo as ideias originais para uma aplicação técnica e prática.

Abrir mão de em uso seguro destas concepções tão bem construídas e úteis, que podem elucidar e ajudar a tomar decisões nos mais variados casos, simplesmente por falta de previsão legal é impensável. O valor desta Teoria está comprovado, considerando que ela já vem sendo usada e já deixou sua marca na jurisprudência. Assim, a positivação de dispositivos que garantam a aplicação uniforme do domínio do fato por organização fornecerá maior segurança jurídica, e poderá homogeneizar a jurisprudência dando vetores claros quanto a sua aplicação.

Finalmente, é fundamental a criação de dispositivos que positivem a Teoria do Domínio do Fato no ordenamento pátrio, possibilitando seu uso rotineiro sem que se faça necessário lançar mão de adaptações e manobras jurídicas, a fim de que se possa aplicá-la de forma completa e segura, dirimindo controvérsias, demarcando seu alcance e assentando jurisprudência confiável a seu respeito.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.

AMBOS, Kai. **Direito Penal**: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Porto Alegre: Fabris Editor, 2006.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

AUTORIA como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. GRECO, Luís [et alii]. São Paulo: Marcial Pons, 2014. (Direito Penal e Criminologia)

BATISTA, Nilo. **O concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; PRADO, Luiz Regis. **Código penal anotado e legislação complementar**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal**. Parte Geral. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de Direito Penal** (Fragmenta iuris poenalis). 2. ed. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LEITE, Paulo Moreira. **A outra história do mensalão**: as contradições de um julgamento político. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, volumes 1, 2 e 3. 31. ed. São Paulo: Atlas Editora, 2014.

_____; FABBRINI, Renato N. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Atlas Editora, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supraindividuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Sites:

Acesso em 22/06/2015:

<http://www.conjur.com.br/2014-fev-27/condenados-acao-penal-470-nao-formaram-quadrilha-decide-supremo>

Acesso em 22/06/2015:

<http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>

Acesso em 22/06/2015:

<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/09/1345666-nao-faz-sentido-em-falar-em-pizza-do-mensalao-diz-constitucionalista-da-usp.shtml>

Acesso em 22/06/2015:

<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>

Acesso em 22/06/2015:

<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,reforma-do-codigo-penal-aperta-cerco-a-corrupcao-e-transforma-caixa-2-em-crime-imp-,1602961>

Acesso em 22/06/2015:

<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/86/94>

Acesso em 22/06/2015:

<http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>