



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIANA TOMAZ DA CUNHA

ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO
PENAL 470

FORTALEZA

2014

MARIANA TOMAZ DA CUNHA

**ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO
PENAL 470**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. MSc. Raul Carneiro Nepomuceno

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

C972e Cunha, Mariana Tomaz da.
Estudo sobre a aplicação da teoria do domínio do fato na ação penal 470 / Mariana Tomaz da
Cunha. – 2014.
100 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2014.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

1. Autor (Direito penal) - Brasil. 2. Concurso de pessoas (Direito penal). 3. Processo penal –
Brasil. I. Nepomuceno, Raul Carneiro (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em
Direito. III. Título.

MARIANA TOMAZ DA CUNHA

ESTUDO SOBRE A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL 470

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em: 30/05/2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. MSc. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. MSc. Sérgio Bruno Araújo Rebouças
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, a quem devoto incondicional
confiança.

Aos meus pais, alicerce da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. MSc. Raul Carneiro Nepomuceno, pela honra de aceitar meu convite para desenvolver esse tema. Muito obrigada pelo exemplo de profissionalismo, de comprometimento e pela atenção a mim dedicada durante a persecução deste objetivo.

Aos meus pais, Belchior Ribeiro da Cunha e Maria Hozana Tomaz da Cunha, que ajudaram a edificar todos os meus projetos, e que velaram por mim desde o meu primeiro dia de vida.

À minha irmã e ao meu cunhado, Eliana Maria Tomaz da Cunha Sales e Rodrigo Martins de Paiva Sales, pela certeza de poder não só partilhar os momentos de alegria, como também contar com seu apoio nas adversidades.

Ao meu namorado, Yuri Lennon Mourão Lobo Melo, por estar sempre do meu lado, não se furtando a me oferecer alento e sempre me convencendo do contrário quando eu acreditei não ser capaz.

Ao amigo Lucas de Brandão e Mattos, por ter-me sugerido o tema e por ter-me apoiado do início ao fim da concretização deste trabalho, seja com dicas de método científico, seja simplesmente com o bom humor de todos os dias.

À amiga Milenna Marjorie Fonseca da Cunha, que me emprestou não só sua paixão pelo Direito Penal, mas também sua extensa biblioteca e suporte de valor absolutamente inestimável.

À minha chefe, Dra. Juliana Sombra Peixoto Garcia, pela amizade valiosa, pelo carinho e pela compreensão por eventuais falhas que eu tenha cometido como servidora, decorrentes de minha visível preocupação com a elaboração deste Trabalho de Conclusão de Curso.

“O que me preocupa, Senhor Presidente, eminente Decano, é exatamente a banalização dessa teoria. Como é que os quatorze mil juízes brasileiros vão aplicar essa teoria, se esta Suprema Corte não fixar parâmetros bem precisos? (...) É isto que nós precisamos assentar com muita clareza: quando é que essa teoria pode e deve ser utilizada?”

Ministro Ricardo Lewandowski

RESUMO

Analisa-se o emprego da teoria do domínio do fato na Ação Penal 470, utilizando como parâmetro a obra do jurista que mais se debruçou sobre o tema, o alemão Claus Roxin. Para tanto, são tecidas considerações a respeito das teorias que tradicionalmente se dispuseram a explicar a autoria, ressaltando a contribuição científica que cada uma delas exerceu, bem como as críticas que lhes são pertinentes. Então, passa-se ao estudo específico dos postulados da teoria do domínio do fato segundo Roxin, com menção aos seus requisitos, características, âmbito de aplicação e sua conformidade com o direito brasileiro. Por fim, são abordadas as situações nas quais se lançou mão da referida teoria, analisando se houve ou não deturpações no seu conteúdo, bem como qual teria sido a efetiva influência de sua aplicação sobre o julgamento dos réus.

Palavras-chave: Autoria e participação. Teoria do domínio do fato. Ação Penal 470.

ABSTRACT

The present essay analyzes the application of the Theory of Hegemony Over the Act in the Criminal Case 470, in comparison with Claus Roxin's famous work about this theory. For this purpose, traditional theories about penal authorship are appreciated, emphasizing each one's scientific contribution as well as the criticisms that are relevant to them. Then the essay moves on to the Theory of Hegemony Over the Act according to Roxin, mentioning their requirements, characteristics, scope and the compliance with Brazilian law. Finally, the research examines the situations in which Brazilian's Supreme Court used the theory, discussing whether or not there were misrepresentations in its content, as well as what may have been the effective influence of its application on the trial of the defendants.

Keywords: Authority and participation. Theory of Hegemony Over the Act. Criminal Case 470.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CONCURSO DE PESSOAS E TEORIAS TRADICIONAIS SOBRE A AUTORIA	13
2.1	Do concurso de pessoas	13
2.1.1	<i>Das teorias sobre o concurso de pessoas</i>	15
2.2	Do conceito de autor	16
2.2.1	<i>Evolução do conceito de autor sob o prisma da epistemologia do direito penal</i>	16
2.2.2	<i>Das teorias tradicionais sobre o conceito de autor</i>	23
2.2.2.1	<i>Da teoria objetivo-formal</i>	23
2.2.2.2	<i>Da teoria objetivo-material</i>	24
2.2.2.3	<i>Das teorias subjetivas</i>	25
2.2.3	<i>Do conceito de autor adotado pelo Código Penal brasileiro</i>	27
3	TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	30
3.1	A teoria do domínio do fato segundo Roxin	31
3.1.1	<i>A epistemologia normativista</i>	32
3.1.2	<i>O conceito de domínio do fato</i>	32
3.1.3	<i>O autor como figura central do acontecer em forma de ação</i>	34
3.2	Domínio da ação	36
3.2.1	<i>Relação com as teorias subjetiva e objetiva</i>	37
3.2.2	<i>Os casos de coação</i>	37
3.2.3	<i>O significado de “ação típica”</i>	39
3.2.4	<i>O erro sobre as causas de justificação</i>	40
3.3	Domínio da vontade	42
3.3.1	<i>Da coação</i>	43
3.3.2	<i>Do erro</i>	45
3.3.3	<i>Do domínio da vontade com a utilização de inimputáveis e de menores</i>	47
3.3.4	<i>Do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder</i>	49
3.4	Domínio funcional do fato	55
3.4.1	<i>Da contribuição na fase executória</i>	56
3.4.2	<i>Da contribuição na fase preparatória</i>	59
3.5	A sistemática da autoria nos delitos de dever	62
3.5.1	<i>Os crimes omissivos como delitos de infração de dever</i>	63
4	APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL 470	66
4.1	Da Ação Penal 470: uma visão geral	67
4.1.1	<i>Da necessidade de aplicação da teoria</i>	69
4.1.2	<i>Da adequação da teoria ao direito brasileiro</i>	70
4.2	Das impropriedades constatadas	71
4.2.1	<i>Imprecisão terminológica</i>	71
4.2.2	<i>Emprego da teoria do domínio do fato em delitos de infração de dever</i>	72

4.2.3	<i>Atribuição de responsabilidade penal em razão do cargo</i>	73
4.2.3.1	<i>Voto da Ministra Rosa Weber sobre a preliminar de inépcia da denúncia</i>	73
4.2.3.2	<i>O caso do réu Vinícius Samarane</i>	76
4.2.3.3	<i>O caso do réu José Dirceu</i>	79
4.2.3.3.1	Denúncia	80
4.2.3.3.2	Alegações finais do réu	82
4.2.3.3.3	O voto de Joaquim Barbosa	82
4.2.3.3.4	O voto de Ricardo Lewandowski	85
4.2.3.3.5	O voto de Gilmar Mendes	90
4.2.3.3.6	O voto de Celso de Mello	92
5	CONCLUSÃO	94
	REFERÊNCIAS	99

1 INTRODUÇÃO

A Ação Penal 470, popularmente conhecida como a “ação do mensalão”, incumbiu-se de capitanear o julgamento de 38 réus, entre ocupantes de cargos políticos e membros da iniciativa privada, denunciados por crimes como peculato, corrupção ativa, corrupção passiva, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

No decorrer das Sessões que referendaram a persecução penal em juízo, teceram-se inúmeros comentários envolvendo uma teoria até então pouco comentada na jurisprudência brasileira: a teoria do domínio do fato, idealizada por Hans Welzel e desenvolvida, principalmente, por Claus Roxin, em 1963.

Em relação ao emprego da mencionada teoria, muito se questionou, tanto no interior da Suprema Corte quanto nos veículos de comunicação, a compatibilidade da teoria estrangeira com o direito pátrio. Argumentou-se, outrossim, que a teoria do domínio do fato teria desestabilizado garantias de processo penal consagradas pela Carta Magna, como a presunção de inocência e a responsabilidade penal subjetiva, de modo que o apego à doutrina estrangeira teria sido casuística e estrategicamente destinado ao afã de punir exemplarmente os acusados do esquema de corrupção.

Tais especulações deram causa a considerável repercussão no meio jurídico. É certo que a decisão sobre os objetos do indigitado processo não tem o condão de constituir um precedente judicial, pois, conforme adverte Alaor Leite¹, ela versa sobre questões essencialmente fáticas, desapegadas do teor jurídico abstrato de que é revestida boa parte das decisões do STF. Porém, não menos certo é que, embora não imantada da força vinculativa de um precedente judicial, a decisão certamente servirá de parâmetro a incontáveis aplicadores do direito, sobretudo, no que concerne ao polêmico emprego da teoria do domínio do fato.

Nessa toada, a monografia em apreço assumiu os seguintes objetivos: investigar quais as premissas em que se assenta a teoria do domínio do fato segundo Claus Roxin; analisar a possibilidade de conciliá-la, *in abstractu*, com o ordenamento jurídico brasileiro; avaliar como ocorreu a abordagem da formulação teórica roxiniana nos autos da Ação Penal 470; e estimar qual teria sido a real influência da teoria do domínio do fato para o provimento jurisdicional de condenação ou de absolvição nos casos em que foi empregada.

¹ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 106, 2014.

Para tanto, no Capítulo 2, discorreu-se brevemente acerca do conceito jurídico-penal de concurso de agentes, de autor e de partícipe. À medida que se cumpria esse desiderato, expunham-se as lacunas inerentes a cada uma das teorias apresentadas, as quais a teoria do domínio do fato se proporia, a seu turno, a colmatar. O estudo atinente a esse capítulo firmou-se, sobretudo, no que dispõe a doutrina brasileira, espanhola e alemã sobre as teorias que tradicionalmente se prestaram a explicar a autoria e a participação em direito penal.

No Capítulo 3, traçaram-se os pilares da teoria do domínio do fato sob a pena de Claus Roxin, jurista que mais profundamente discorreu sobre o tema, o qual é citado inúmeras vezes nas manifestações da Ação Penal 470. Buscou-se delimitar seus postulados, âmbito e condições de aplicação, além de verificar a viabilidade de manejá-la no terreno jurídico brasileiro. A principal fonte de pesquisa utilizada nessa etapa do trabalho foi a obra na qual o jurista alemão dispõe sobre a teoria, intitulada *Täterschaft und Tatherrschaft* e traduzida para o idioma espanhol como *Autoría e Dominio del Hecho en Derecho Penal*.²

Com base nas premissas teóricas até então destacadas, procedeu-se, no Capítulo 4, à comparação entre o significado concebido na obra de Roxin para a teoria do domínio do fato e aquele que lhe foi, de fato, atribuído pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Penal 470, com base nas peças processuais acostadas pelas partes e no acórdão publicado pelo STF em 22/04/2013. Procedeu-se, inclusive, à correção das divergências constatadas entre a teoria original e as referências que lhe foram feitas nos autos. Ademais, buscou-se aquilatar o papel que o emprego (correto ou distorcido) da teoria do domínio do fato efetivamente desempenhou no julgamento do processo em liça, avaliando se contribuiu ou não para o resultado do provimento jurisdicional.

² ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.

2 CONCURSO DE PESSOAS E TEORIAS TRADICIONAIS SOBRE A AUTORIA

No bojo deste capítulo prefacial, será explorado o instituto do concurso de pessoas, sua tipologia, requisitos e teorias que se propuseram a explicá-lo. Em seguida, versar-se-á sobre o conceito de autor, desde as diversas orientações epistemológicas que abordaram o tema até as teorias tradicionalmente evocadas para diferenciar autor de partícipe.

Por fim, será traçado o panorama que consta no Código Penal brasileiro hodierno sobre o concurso de pessoas, em comparação com a redação original datada de 1940. Analisar-se-ão quais dos conceitos e teorias até então expostos orientaram a construção dos dispositivos que abordam o tema em epígrafe, procurando determinar o sentido que o legislador quis imprimir-lhes.

2.1 Do concurso de pessoas

Os crimes previstos na Parte Especial do Código Penal, em geral, podem ser praticados por uma pessoa apenas, a exemplo do homicídio, roubo, estelionato *etc.* Entretanto, algumas infrações exigem a presença de mais de um indivíduo como requisito do próprio enunciado típico, como o delito de associação criminosa (art. 288 do Código Penal).

No primeiro caso, cuidam-se dos chamados crimes monossubjetivos, os quais, embora não exijam mais de um sujeito para sua consumação, podem, eventualmente, reunir dois ou mais agentes em cooperação mútua. Quando isso acontecer, configurar-se-á um *concurso eventual de pessoas*. Os crimes *plurissubjetivos*, por sua vez, reclamam um *concurso necessário de pessoas* para a configuração da conduta típica.

O art. 29 do CP, ao regular o instituto do concurso de pessoas, aplica-se, em regra, aos delitos de concurso eventual, porquanto, se o concurso de pessoas é uma exigência do próprio tipo, não haveria *a priori* a necessidade de uma norma alheia ao tipo com o fito de disciplinar a responsabilização dos intervenientes na infração. Esses intervenientes serão reputados, geralmente, autores do crime, restando despidendo recorrer a algum dispositivo da Parte Geral para atingir essa conclusão.

A doutrina brasileira é uníssona ao citar como requisitos para a configuração do concurso de pessoas, além da pluralidade de agentes e de condutas, a relevância causal de

cada conduta, a existência de liame subjetivo entre os agentes e o reconhecimento da prática de idêntica infração penal.³

A pluralidade de agentes e de condutas constitui o requisito, por excelência, do concurso de pessoas, como o próprio nome sugere. No mínimo, duas pessoas devem envidar esforços, conjuntamente, para o desdobramento do nexo de causalidade (nos crimes comissivos) ou do nexo de evitabilidade (nos crimes omissivos, para a parcela da doutrina que admite a existência de concurso de agentes nessa modalidade criminosa) que culminará na consumação do delito.

A relevância causal de cada conduta significa que as condutas dos intervenientes na empreitada criminosa devem corresponder a alguma influência causal para o resultado (nos crimes materiais) ou tão somente para a consumação do delito (nos crimes formais e de mera conduta, para a parcela da doutrina que concebe a possibilidade de concurso nessas modalidades de infração).

O liame subjetivo diz respeito ao vínculo psicológico que conecta os agentes para a prática delituosa, como consciência de que atuam voltados à consecução de um objetivo comum. Caso não seja possível observar essa interdependência entre as vontades dos intervenientes, suas condutas devem ser consideradas autônomas. Conforme adverte Nucci⁴, não há necessidade de ajuste prévio entre os coautores ou entre coautor(es) e partícipe(s), desde que se detecte a convergência de vontades. A mera convivência também não caracteriza o elo psicológico, desde que o agente não tenha o dever de agir, seja ele genérico (nos crimes omissivos próprios) ou específico (nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão).

No clássico exemplo citado por Greco⁵ em que A e B atiram, ao mesmo tempo, contra C, sem que seja possível determinar quem desferiu o tiro mortal, a responsabilização dos agentes deverá considerar se havia ou não liame subjetivo entre eles. Caso a resposta seja positiva, configurando a ocorrência do concurso de pessoas, serão ambos coautores do crime de homicídio consumado; caso não haja elo psicológico entre as condutas, e não se sabendo o verdadeiro autor do resultado morte, A e B devem ser beneficiados pela dúvida que milita em favor do réu e responder, cada um, pelo crime de homicídio tentado.

³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal** – parte geral. 11. ed., Niterói: Impetus, 2009, p. 427-429; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** – parte geral e parte especial. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 326-327; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva 2009, p. 448-449.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 326.

⁵ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 428.

Por fim, o quarto requisito concerne à identidade de infração penal, de modo que todos os esforços devem estar concentrados ao cometimento do mesmo crime, pelo qual serão todos responsabilizados.

2.1.1 Das teorias sobre o concurso de pessoas

Com o fito de determinar o número de infrações penais cometidas quando verificada a ocorrência de concurso de agentes, despontaram três teorias dignas de relevo: a pluralista, a dualista e a monista.

Para a teoria pluralista (ou da autonomia da cumplicidade), o número de infrações penais corresponderá ao número de agentes que atuam em concurso. A conduta de cada um seria analisada separadamente, como se cada um tivesse praticado o seu próprio crime. Nos dizeres de Bitencourt, “a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular”.⁶ Adverte Paulo José da Costa Jr. que já se chegou a propor, a respeito, o crime concursal ou de participação como delito autônomo⁷.

A teoria dualista, a seu turno, preconiza que, havendo pluralidade de agentes e de condutas com vistas à produção de um objetivo comum, deve-se considerar a existência de dois crimes distintos: um praticado pelos autores e outro, pelos partícipes *strictu sensu*. Haveria, assim, uma consciência una de concorrer em um delito próprio, característica dos autores, bem como uma vontade também una de concorrer em um delito alheio, atribuída aos partícipes.

A teoria monista sustenta a existência de um crime único e indivisível, embora praticado por mais de uma pessoa. Todos aqueles que, em concurso, derem causa ao crime, devem responder integralmente por ele.

Tal foi a teoria abraçada pelo Código Penal de 1940 e mantida pela Reforma Penal de 1984. O diploma penal brasileiro a adota como regra, conforme expressamente consignado no item 25 da Exposição de Motivos de sua nova Parte Geral. Excepcionalmente, entretanto, o CP opta por cindir a ação conjunta dos intervenientes em mais de um tipo penal, embora presentes os requisitos gerais concernentes à configuração do concurso de pessoas.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 445.

⁷ COSTA JÚNIOR., Paulo José. **Curso de direito penal**. 10. ed., São Paulo: Saraiva 2009, p. 135.

Um exemplo é o dos crimes de corrupção ativa (art. 333 do CP) e de corrupção passiva (art. 317 do CP).

Importante ressaltar que a adoção da teoria monista não implica negar a existência de diferença entre autor e partícipe apregoada pelo conceito unitário de autor (conforme será analisado no item 2.2.1 *infra*).

2.2 Do conceito de autor

O conceito de *autoria* para fins penais já foi objeto de estudo por dezenas de autores brasileiros e estrangeiros, os quais elaboraram as mais diversificadas teorias para delinear os precisos contornos do termo. Tal preocupação tem razão de ser, pois determinar e conceito de *autor* significa evidenciar os critérios de responsabilização penal dos indivíduos, limitando, por conseguinte, o *ius puniendi* do Estado.

Na sistemática pátria, o Código Penal não se desincumbiu da tarefa de precisar os conceitos de *autor* e de *partícipe*, razão pela qual cabe à doutrina fazê-lo. Conforme ilustram Greco⁸, Zaffaroni e Pierangeli⁹, referidos conceitos, antes de serem jurídicos, são dados ônticos, pois imanentes ao homem e provenientes da própria realidade dos fatos.

2.2.1 Evolução do conceito de autor sob o prisma da epistemologia do direito penal

De acordo com a clássica teoria causalista da ação, a qual predominava na doutrina alemã no início do século XX, a concepção de conduta relevante para o direito penal seria aquela que produzisse um resultado no mundo fenomênico, deixando clara sua influência do positivismo naturalista. Dolo e culpa eram avaliados somente no âmbito da culpabilidade, de modo que a intenção do agente pouco importava para a caracterização do injusto.

Como reflexo da abordagem causal, surge a teoria da equivalência das condições. Com base em tal concepção, nega-se que haja diferença propriamente dita entre autores e partícipes, pois todo aquele que contribuir para a realização de um resultado naturalístico deverá ser considerado autor. Reflexo doutrinário do emprego da equivalência das condições em sua abordagem mais extrema, desponta o conceito unitário de autor.

⁸ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 431.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** – parte geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 595.

Como consectário lógico de sua premissa essencialmente causal, o conceito unitário de autor nega a existência de acessoriedade da conduta do partícipe em relação à de autor. Dessa forma, entende-se tratar de condutas analisadas separadamente, sem que haja qualquer dependência entre a conduta de um instigador e de um executor, por exemplo. Nesse diapasão, imagine-se a hipótese em que A empresta sua arma a B, para que este último ceifasse a vida de um desafeto; antes, porém, de levar a cabo seu plano de homicídio, B desiste e nada faz com a arma. Segundo o conceito unitário, enquanto a conduta de B constituiria fato atípico, a conduta de A enquadrar-se-ia como tentativa de homicídio. Embora o evento “morte” não tenha se concretizado, o resultado da conduta de A já se encontrava delineado a partir do mero empréstimo da arma. Transformam-se, assim, atos preparatórios em tentativa.

Na opinião de Jakobs¹⁰, essa atomização de causalidades que não constituem fatos puníveis por si sós somente pode ser corrigida de maneira muito imperfeita no âmbito da aplicação da pena.

Ademais, tal concepção de autor conduz a uma ampliação forçada do valor semântico das palavras, punindo condutas não tipificadas legalmente. Por exemplo, aconselhar alguém a caluniar um terceiro não é o mesmo que “imputar-lhe falsamente fato definido como crime”, conforme o art. 138 do Código Penal brasileiro.

Impende salientar que o conceito unitário de autor não se confunde com a teoria monista do concurso de pessoas. Sem embargo, é frequente na doutrina brasileira associar a não diferenciação entre autor e partícipe (cerne do conceito unitário de autor) como se fosse um consectário lógico da teoria monista. Possivelmente, o imbróglio tem seu nascedouro no item 25 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral CP, o qual faz referência à expressão “teoria unitária” como sinônimo de “teoria monista”.

A teoria monista alude à quantidade de crimes existentes nos concursos de pessoas: ela ultima a ocorrência de uma unidade criminosa, com condutas interdependentes cometidas mediante liame psicológico destinado a um resultado específico. Traduz, portanto, a ideia de que existe um único crime, capitaneado pelo(s) autor(es), em relação ao qual eventual(is) partícipe(s) exercem determinada contribuição. O crime é um só, pelo qual serão responsabilizados todos os agentes em concurso, sejam autores ou partícipes.

O conceito unitário de autor, conforme exposto linhas atrás, não admite sequer a diferenciação entre autor e partícipe, negando a acessoriedade da conduta deste em relação à

¹⁰ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Tradução do alemão de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1995., p. 720.

daquele e considerando de maneira isolada as condutas dos intervenientes, as quais são condições equivalentes do resultado naturalístico. Nesse compasso, o conceito unitário de autor guarda muito mais proximidade com a teoria pluralística do concurso de pessoas, a qual apregoa a pluralidade de crimes em virtude de condutas individualmente consideradas.

Dessa forma, imperioso destacar que, embora pautados na teoria da equivalência das condições como norteadora da relação de causalidade, teoria monista e conceito unitário de autor não se confundem.

A partir do início do século XX, no entanto, o causalismo começa a cair em desuso como base epistemológica de estudo do direito penal. Propõe-se, de outro giro, que se reconheça a independência das “ciências do espírito” em relação às “ciências naturais”, uma vez reconhecida a insuficiência da teoria causal para resolver os problemas da dogmática penal. De fato, embora tal formulação teórica obtivesse resultados positivos quando se tratasse de concatenar acontecimentos naturalísticos, claudicava ao tentar conferir-lhes significado jurídico. Não havia, em seu bojo, qualquer referência aos valores das condutas para que reivindicassem a atenção do direito penal.

Ademais, a admissão do conceito unitário de autor, sobretudo no direito alemão, só poderia acontecer *de lege ferenda*, tendo em vista que o próprio código penal alemão reconhece expressamente a diferença entre autor e partícipe. Assim dispõe (tradução nossa):

Título III

Autoria e participação

§ 25. Autoria

- (1) É punível como autor quem cometeu o delito, por si ou através de outro.
- (2) Se vários cometem em conjunto o delito, punir-se-ão todos como autores (coautoria).

§ 26. Instigação (incitamento à prática de um crime)

O instigador será punido da mesma forma que o autor. Instigador é aquele que tenha determinado dolosamente outrem a cometer um ato antijurídico.

§ 27. Cumplicidade

- (1) Deve ser punido como cúmplice quem tenha auxiliado dolosamente outrem a cometer um fato doloso e antijurídico.
- (2) A penalidade para o cúmplice está sujeita a punição criminal para o autor. A penalidade deve ser reduzida de acordo com o § 49, n.º 1.¹¹

¹¹ Texto original:

“Título III

Autoría y participación

§ 25. Autoría

- (1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por si mismo o a través de otro.
- (2) Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría).

§ 26. Instigación (inducción a delinquir)

Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico.

§ 27. Complicidad

Nesse contexto, de reconhecido descontentamento com o positivismo jurídico, surge o modelo neokantista de fundamentação científica para o direito penal. Procurando introduzir concepções valorativas ou materiais, postula que a ciência jurídica valorize em primazia o “dever ser” do direito - em contraposição ao “ser” dos positivistas. O objetivo era apreender o conteúdo material dos fenômenos e transportá-los para a ciência jurídica, em vez de tão somente descrevê-los tal como acontecem naturalisticamente, sem os imbuir de valores¹².

Incrustar a dogmática jurídico-penal de referências axiológicas, com separação entre o “ser” e o “dever ser” do direito, representou, sem dúvida, um mérito do neokantismo. Os reflexos da filosofia neokantista no direito penal compreenderam uma reinterpretação de conceitos, sobretudo os de ação, de tipicidade, de antijuridicidade e, conseqüentemente, de *autoria*. Categorias jurídicas outrora compreendidas sob o prisma essencialmente naturalístico cederam lugar a concepções repletas de elementos normativos, imbuídos de conteúdo valorativo. Aspectos subjetivos foram sendo incorporados ao tipo, ao passo que a antijuridicidade foi, paulatinamente, deixando de ser vista como a simples contrariedade à norma jurídica para adquirir uma conotação material voltada à danosidade social.

Entretanto, adverte Roxin¹³ que, embora tal método surta resultados satisfatórios no que tange à interpretação dos tipos penais, não logra ser claro e suficiente para determinar que critérios valorativos devem ser tomados como base para distinguir autoria, indução e cumplicidade. Na verdade, o método teleológico daria margem a conceitos de autoria absolutamente antagônicos entre si, o que o tornaria “inútil como método”.¹⁴ Tal teria sido, segundo o mestre alemão, a situação dos conceitos extensivo e restritivo de autor, cujas primeiras feições teóricas deitaram raízes no método teleológico.

Eberhard Schmidt foi quem, pela primeira vez, assentou as bases do conceito de autor em perspectivas normativo-teleológicas. Em sua monografia intitulada “A autoria mediata”, questiona quais seriam os pontos de vista normativos relevantes a se diferenciar autor de partícipe segundo parâmetros axiológicos. Como resposta a tal questionamento, Schmidt considerou que os tipos elaborados pelo legislador são resultado de juízos de valor

(1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico.

(2) La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1°.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 71.

¹³ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁴ *Idem, loc. cit.*

sobre lesões a bens jurídicos. Dessa forma, todo aquele que, com sua conduta, determine uma lesão a qualquer bem jurídico digno de tutela, deveria ser considerado autor, independentemente de ter perpetrado uma ação coincidente com a descrição do tipo penal ou que a tenha auxiliado ou instigado¹⁵.

Nesse sentido, referido penalista propõe-se a abandonar premissas causalistas para apoiar-se em uma abordagem teleológica. Entretanto, também acabou por basear-se, à sua maneira, na teoria da equivalência das condições, ao professar que todo aquele que malferisse um bem jurídico deveria ser considerado autor. Schmidt defende, dessa forma, um *conceito extensivo de autor*.

Sob o prisma do conceito extensivo, é considerado autor todo aquele que, de alguma forma, tenha concorrido para a concretização do delito. Pauta-se a causalidade também na teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*), na medida em que se considera *causa* tudo aquilo sem o que o resultado não teria ocorrido (método da supressão hipotética). Sob tal ótica, instigadores e cúmplices são igualmente autores, visto que a relevância da contribuição de cada um não é dimensionada.

Entretanto, a existência de normas codificadas relativas à cumplicidade e instigação impõe que se lhes reconheça tratamento diferenciado, sem o que sua positivação não seria justificável. Dessa forma, o conceito extensivo de autor considera que os enunciados típicos contidos na Parte Especial abrangem toda forma de contribuição, e que os preceitos que regulamentam a participação, contemplados na Parte Geral, constituiriam mera atenuação de responsabilidade.

Várias críticas se afiguram possíveis a desabonar o conceito extensivo como ponto de partida. Roxin, por exemplo, aduz que se trata de uma concepção contraditória, visto que considerar, *a priori*, todos os intervenientes como autores já representa claro descompasso com a distinção entre autor e partícipe trazida a lume pelo próprio legislador¹⁶. Desse modo, quaisquer teorias que visassem a diferenciar autor de partícipe, fossem de ordem objetiva ou subjetiva, teriam dificuldade de se conectar com o conceito extensivo de autor, visto que adotariam uma fundamentação com ele incompatível.

Günther Jakobs, a seu turno, pondera que a autoria, tal como concebida no conceito extensivo, transformou-se em mera causação de lesões a bens jurídicos¹⁷. Não haveria, pois, distinção entre autor e partícipe no plano objetivo, o qual se encontraria

¹⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁶ *Idem*, p. 48.

¹⁷ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 721.

demasiadamente dependente da relação de causalidade radicada na equivalência de condições. Restaria confiar a distinção autor/partícipe, dessa forma, a um critério puramente subjetivo, razão pela qual o conceito extensivo serviu de ponto de partida às teorias subjetivas de autoria.

O *conceito restritivo*, por outro lado, propugna que autor é aquele que realiza o núcleo previsto no tipo penal. Ao contrário do conceito extensivo, que considera autor todo aquele que interpõe causa a um resultado naturalístico (segundo a visão positivista) ou à lesão de um bem jurídico (sob a perspectiva teleológica), o conceito restritivo sustenta que “matar” não equivale a “emprestar uma arma”. Não teria sido, pois, a intenção do legislador responsabilizar todos os intervenientes a título de autores. Os cúmplices e instigadores, sob essa ótica, por não serem autores, seriam responsabilizados mediante uma norma de extensão contida na Parte Geral, a fim de ampliar a punibilidade daqueles que seriam, efetivamente, autores do delito. O conceito restritivo serviu de base às teorias objetivas de autoria.

Procurando romper com os parâmetros do neokantismo, Hans Welzel passou a defender uma dogmática ontológica, cujos valores se submeteriam a estruturas lógico-jurídicas preexistentes. Não seria plausível *determinar* o sentido das coisas, apenas *apreendê-lo*, visto que esse sentido prescindiria da conformação ao entendimento humano. Welzel também reconhecia a importância da valoração dos fatos caros ao direito penal, apenas criticava o caráter subjetivista (ou relativista) da análise neokantiana. Para ele, não era propriamente o fato em si que o objeto de valoração, mas o significado que o homem lhe atribuía.

As mais importantes contribuições do finalismo para a dogmática penal perpassam a compreensão do desvalor da ação, centrado no injusto penal, e, conseqüentemente, da própria culpabilidade. Os aspectos objetivos *dolo* e *culpa* foram transportados do âmbito da culpabilidade – a qual passou a levar em conta critérios puramente normativos – para a seara do injusto. Essa mudança reverberou em importantes conseqüências para a responsabilidade penal e para a delimitação dos tipos. Por exemplo, algumas condutas sequer chegam a ser típicas caso praticadas sem dolo, desde que não haja previsão de modalidade culposa; não havendo injusto, tampouco seriam possíveis a tentativa ou a participação, visto que esta é dotada de caráter acessório em relação àquele.

Apesar das notáveis contribuições trazidas pelo finalismo para a dogmática penal, suas bases teóricas não restaram imunes a questionamentos. Conforme adverte Bitencourt¹⁸,

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 78.

“[...] passou-se a reconhecer que a aproximação com o mundo está fundamentalmente dependente da *linguagem* utilizada para a ele nos referirmos” (grifos no original). De fato, as palavras que o homem seleciona para nomear as coisas são fruto de uma construção cultural e representam a parcela da realidade escolhida para caber dentro desse nome. Os vocábulos encerram a comunicação entre os homens e a essência das coisas e, inevitavelmente, haverá alguma discrepância nessa tradução.

Nesse contexto, desponta o normativismo como nova opção dogmática, cujos principais expoentes foram Claus Roxin e Günther Jakobs. Essa nova perspectiva passou a considerar que, embora as matérias sujeitas à regulação jurídica possuam significado prévio ao direito, sujeita-se ao arbítrio do legislador decidir qual desses significados prévios será abrangido pela norma. O fundamento do normativismo repousa, pois, em decisões político-criminais, a encargo do legislador. A norma não se limita, destarte, a apreender o significado das coisas, mas a eleger seu próprio conteúdo dentre uma gama de significados possíveis.

Sob tal ótica, enxertam-se concepções de cunho normativo no tipo penal, para além da própria finalidade. Segundo orienta Bitencourt, a finalidade seria apenas parte do desvalor da conduta, a qual deve, ainda, representar a criação de um risco não permitido para ser considerada típica. Na seara do conceito de autor, Roxin assevera que a finalidade, considerada de maneira isolada, é insuficiente para distinguir autor a partícipe, na medida em que tanto a conduta de um quanto a do outro são voltadas a um fim¹⁹.

Exemplificativamente, Roxin assevera que a finalidade poderia ser suficiente para desvendar a diferença entre uma tentativa de homicídio ou um disparo acidental por mero susto, pois o injusto da tentativa baseia-se, prioritariamente, na finalidade do autor. Entretanto, situação diversa ocorre quando se pergunta se aquele que dispara contra outrem em legítima defesa putativa comete ou não ação dolosa de homicídio²⁰. Nessa hipótese, bem como em várias outras, a finalidade deve ser complementada por critérios de imputação objetiva, para responder se determinada lesão a um bem jurídico reveste-se ou não do atributo da tipicidade.

A metodologia normativista ora analisada consagrou a teoria do domínio do fato segundo Roxin, a qual será objeto de estudo do capítulo subsequente. Prosseguir-se-á o presente capítulo com o estudo das mais relevantes teorias sobre autoria que despontaram antes da teoria do domínio do fato.

¹⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 37.

²⁰ ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55-75.

2.2.2 Das teorias tradicionais sobre o conceito de autor

Assentadas nas premissas descritas no tópico anterior (positivista, teleológica, ontológica e normativista), surgiram inúmeras teorias tencionando evidenciar os conceitos de autoria e de participação. A seguir, serão expostas as teorias objetivas (objetivo-formal e objetivo-material) e subjetivas (teoria do dolo e teoria do interesse), por reunirem caracteres úteis à compreensão da teoria do domínio do fato e por terem gozado de prestígio doutrinário e de farta aplicação jurisprudencial.

2.2.2.1 Da teoria objetivo-formal

Em regra, a teoria objetivo-formal descreve o autor de um crime como aquele que realiza, total ou parcialmente, a conduta prevista no tipo penal²¹. Para Jakobs, a teoria objetivo-formal sustenta que autor é aquele que realiza o tipo com as próprias mãos, no todo ou em parte, caracterizando-se uma sujeição da autoria às prescrições típicas da Parte Especial, como ressoa próprio de um Estado de Direito²². Segundo Bitencourt²³, essa teoria ressalta a conformidade da ação com a descrição formal do enunciado típico, em sua literalidade, sendo partícipes os demais intervenientes.

Embora sejam aparentemente semelhantes, tais entendimentos escondem nas entrelinhas diferenças substanciais entre si. Por exemplo, não fica claro se a conduta do autor, no aspecto em que tangencia o tipo penal, precisa amoldar-se em um elemento objetivo ou se também é possível a mera identidade com um elemento subjetivo do tipo; tampouco resta pacífico se a autoria, para a vertente objetivo-formal, demanda a prática de todos os elementos do tipo ou de apenas um deles.

Para Gimbernat Ordeig²⁴, referidas divergências decorrem de uma deturpação, feita ao longo dos anos, na essência da teoria objetivo-formal em seu teor original. Para o doutrinador espanhol, as fontes primárias da teoria ora em análise preconizavam a necessidade de o autor *tomar parte em uma ação executiva*, não necessariamente uma ação típica. Ocorre que, durante muitos anos, patrocinou-se uma confusão entre *ação executiva* e *ação consumativa*, pois os próprios representantes da teoria objetivo-formal lhes prestavam exemplos a partir da menção à prática de ações previstas no tipo: roubar, matar, falsificar *etc.*

²¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2009, p. 54.

²² JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 734.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 450.

²⁴ ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Autor e cómplice en derecho penal**. Buenos Aires: BdeF, 2012, p. 18-19.

Como crítica contundente a respeito da teoria objetivo-formal, muito se apontou que ela não logra explicar o fenômeno da autoria mediata. De fato, nenhum de seus defensores o elucidou satisfatoriamente sob a ótica da teoria em questão: alguns tentaram reduzi-la à categoria de mera instigação; outros afirmaram que estaria também abrangido pela “linguagem comum” do tipo penal, quando se referia a “matar”, por exemplo, o sentido correspondente a “servir-se de outro como instrumento para matar”. Como é cediço, o primeiro argumento não prospera, porquanto, na maior parte dos casos de autoria mediata, o instrumento não atua sequer culposamente, sendo impossível haver uma participação acessória no injusto praticado (pelo simples motivo de que o intermediário não pratica injusto algum). O segundo argumento, por sua vez, certamente garante um resultado correto, mas não sem antes desnaturar o próprio postulado da teoria objetivo-formal, qual seja empreender pessoalmente uma ação executiva.

2.2.2.2 *Da teoria objetivo-material*

Para tentar corrigir os equívocos da teoria objetivo-formal, a teoria objetivo-material procurou distinguir autores de partícipes por meio de critérios ditos “materiais”, que, nos dizeres de Zaffaroni e Pierangeli²⁵, se ancoravam em teorias que pretendiam limitar a relação de causalidade tal como era concebida até então, pautada na teoria da equivalência dos antecedentes. Distinguiam-se causas (determinantes e coadjuvantes etc.), de modo a aquilatar a maior ou menor perigosidade da atuação do indivíduo na causação do resultado.

Trata-se de uma modulação empreendida na relação de causalidade, com o fito de diferenciar causa e condição do resultado típico. A contribuição do autor seria causa, enquanto a do partícipe seria mera condição do resultado.

Ordeig²⁶ relembra que alguns autores chamam à teoria do domínio do fato de “nova teoria objetivo-material”, provavelmente devido ao advento da teoria da imputação objetiva, defendida, sobretudo por Roxin, como limitadora da relação de causalidade. Tal não coincide com a posição deste trabalho, porquanto defender a teoria da imputação objetiva (ou qualquer outra que limite a causalidade) não implica, necessariamente, direcionar o conceito de autor à teoria objetivo-material. Aliás, em críticas tecidas pelo próprio Roxin a esta teoria,

²⁵ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Op. cit.*, p. 597.

²⁶ *Idem*, p. 95.

o jurista rechaça exatamente o seu ponto de partida causal, o qual considera metodologicamente incorreto²⁷.

Sob a orientação objetivo-material, despontaram diversas vertentes teóricas, dentre as quais se destacaram a teoria da necessidade, da simultaneidade e da diferenciação entre causalidade física e psíquica. Para os efeitos a que se propõe este trabalho, impende destacar que a primeira delas exerceu sensível influência sobre a pena de Roxin para a elaboração do conceito de autor segundo a teoria do domínio do fato.

Em apertada síntese, a teoria da necessidade da contribuição causal, como o próprio nome sugere, advoga que deve ser considerado autor o agente que traga para o fato uma contribuição sem a qual este não teria se realizado. Em outras palavras, produzir uma contribuição necessária ao fato pode ser equiparado a executá-lo com as próprias mãos. Sobre o assunto, Roxin obtempera que a teoria da necessidade descrever elementos que tangenciam a sua versão da teoria do domínio do fato, sobretudo quando esta última aduz que o autor “tem o curso do acontecer típico em suas mãos”.

2.2.2.3 Das teorias subjetivas

As teorias subjetivas de autoria extraem seu fundamento do conceito extensivo de autor, pautado na teoria da equivalência das condições. Conforme já mencionado, referida teoria nega que existam diferenças objetivas entre causa e condição, de modo que toda contribuição, seja de autor ou de partícipe, ou é condição *sine qua non* do resultado ou não o é, sem que haja meio termo. Desse modo, se toda contribuição é condição do resultado, não há como diferenciá-las objetivamente, razão pela qual a distinção entre autor e partícipe só poderia ser de ordem subjetiva.

Ordeig²⁸ articula substancial crítica ao argumento da equivalência das condições como fundamento da inexistência de diferenças objetivas entre autor e partícipe. O doutrinador reconhece que, consideradas todas as contribuições como condições do resultado, de fato, não haveria diferenças objetivas entre as condutas dos intervenientes no delito. Entretanto, o que os defensores da teoria subjetiva não teriam se desincumbido de explicar seria *por que* se deveriam considerar essas contribuições unicamente como condições.

Por exemplo, para se atingir a soma de 100 moedas, o sujeito A pode fornecer 99 moedas e B, apenas uma. Parece realmente indiscutível que tanto a conduta de A quanto a de

²⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 60.

²⁸ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Op. cit.*, p. 30-31.

B são condições do resultado final. Entretanto, não existiria nada que obrigasse o jurista a considerar, na seara objetiva, as contribuições apenas como *condições*, sendo possível considerá-las também como *quantidades*. Dessa forma, haveria notória diferença objetiva entre elas. Do mesmo modo, “matar” e “emprestar uma arma” podem ser, igualmente, condições do resultado “morte da vítima”, mas não há nada que impeça que ambas as condutas também possam ser valoradas segundo outro parâmetro objetivo.

As teorias subjetivas apresentam-se, no mais das vezes, sob a indumentária ou da teoria do dolo, ou da teoria do interesse. Tais versões da teoria subjetiva ganharam sensível notoriedade por sua aplicação reiterada pelo BGH alemão.

A teoria do dolo sustenta que a vontade do partícipe é subordinada à do autor, de modo que aquele deixa a execução do fato a critério deste. O autor age com o chamado *animus auctoris*, ao passo que o partícipe atua com *animus socii*; em outras palavras, o autor não reconhece outra vontade superior à sua para a execução do delito, enquanto dolo do partícipe consiste em participar em “injusto alheio”.

A teoria do interesse, por sua vez, considera autor aquele que tem mais interesse no resultado. Roxin a considera uma complementação da teoria do dolo, aduzindo que sua vantagem consistiria em fornecer um parâmetro tangível à sua aplicação (76). Nessa toada, o fato de alguém não possuir interesse no resultado já serviria de indício da subordinação de vontade requerida pela teoria do dolo. Por essa razão, teoria do dolo e teoria do interesse apareceram, quase sempre, associadas uma à outra.

Ordeig²⁹ tece críticas veementes às teorias subjetivas de autoria, bem como ao reconhecimento atingido por elas na jurisprudência alemã. Ele argumenta que a fórmula “autor é quem quer o fato como próprio; cúmplice é o que o quer como alheio” é vazia de conteúdo; ao aplicá-la, os tribunais germânicos nada mais teriam feito que decidir, em primeiro lugar, intuitivamente, para só então fundamentar sua decisão afirmando que o autor agiu com *animus auctoris*, e o cúmplice, com *animus socii*. Seriam as teorias subjetivas, por conseguinte, mero supedâneo para decisões fortuitas e casuísticas.

O autor espanhol também considera uma “aberração”, que não resistiria a um mínimo de sensibilidade jurídica, o fato de a teoria do interesse considerar meros cúmplices aqueles que realizaram todos os elementos do tipo com as próprias mãos, pelo simples motivo de que realizam “no interesse de outra pessoa”, esta sim, autora do fato. Por essa razão é que

²⁹ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Op. cit.*, p. 35-37.

Dahm referia-se à teoria do interesse, sarcasticamente, como “a doutrina de salvação para o assassino pago”.³⁰

Roxin³¹, por outro lado, mostra-se mais complacente às teorias subjetivas que o jurista espanhol citado linhas acima. Embora reconheça as impropriedades de que padecem as teorias subjetivas, obtempera que a teoria do dolo representa a convergência entre vários pontos de partida das teorias objetivas (objetivo-formal e objetivo-materiais) sob as fórmulas subjetivas de que o autor “não reconhece outra vontade superior à sua” e de que o partícipe “deixa a critério do autor se o fato irá consumir-se ou não”. Segundo ele, enquanto as teorias objetivas representam uma visão unilateral, a teoria do dolo representa a congregação de várias soluções objetivas em uma fórmula concisa, a qual guarda semelhanças com a própria teoria do domínio do fato.

2.2.3 Do conceito de autor adotado pelo Código Penal brasileiro

O Código Penal promulgado em 1940 adotava a terminologia “co-autoria” para referir-se ao tema em epígrafe, além de subscrever a teoria monista, consignando a unidade e indivisibilidade dos delitos. O Código Penal de 1969, apercebendo-se de que “co-autoria” era apenas uma espécie do gênero codelinquência, razão pela qual empregou a expressão “concurso de agentes”, a qual abrangeria a autoria e a participação. Sob a ótica da Reforma Penal de 1984, entretanto, considerou-se que a nomenclatura “concurso de agentes” era demasiado ampla e poderia incluir, além de agentes humanos, os físicos e os naturais. Nessa senda, preferiu lançar mão da terminologia “concurso de pessoas”, a qual permanece até hoje.

Conforme já mencionado, a Reforma Penal de 84 manteve o acolhimento à teoria monista sobre o concurso de pessoas, ou seja, consagrando o entendimento já manifestado no diploma anterior de que todos os intervenientes incorrem nas penas de um só crime, indiviso. Entretanto, o item 25 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal aduz que referida Reforma concedeu temperamentos à dita teoria monista, na medida em que acrescentou a expressão “na medida de sua culpabilidade” no *caput* do art. 29, bem como os seus §§1º e 2º, os quais dispuseram, respectivamente, acerca da participação de menor importância e da participação dolosamente distinta.

³⁰ DAHM, Georg *apud* ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Op. cit.*, p. 37.

³¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 73-75.

Com a devida vênia, em atenção ao que tem sido expandido, entende-se que as concessões feitas pela Reforma de 1984 representaram temperamentos ao conceito unitário de autor, o qual parece ter sido adotado pela redação original do diploma de 1940. Conforme já foi alvo de discussão, a posição ora sustentada é a de que acolher a teoria monista de concurso de pessoas não deve implicar, necessariamente, adesão ao conceito unitário de autoria. A primeira aduz que todos os concorrentes responderão por um crime único, sem especificar a que título se dará essa responsabilização; a segunda, a seu turno, preconiza que todos os concorrentes deverão responder como autores, visto que o conceito unitário apregoa a inexistência de relação de acessoriedade a justificar a diferenciação entre autoria e participação.

Dessa forma, o entendimento mais consentâneo com a doutrina em análise é o de que a redação atual do Código Penal adota a teoria monista acerca do concurso de pessoas, porém descarta o conceito unitário de autoria, visto que reconheceu expressamente a diferença entre autor e partícipe a partir da Reforma de 1984.

Entretanto, apesar de acenar para um conceito diferenciador de autoria, o Código limitou-se a traçar esboços sobre casos práticos, não se pronunciando sobre eventual acolhimento do critério extensivo ou restritivo de autor. Tampouco ocupou-se o legislador de estabelecer critérios gerais que diminuam necessariamente a pena do partícipe (tal como procedeu o diploma penal alemão), de modo que, eventualmente, a pena de um partícipe pode vir a ser igual ou maior que a do autor.

Por esse motivo, ficou a encargo da doutrina manifestar-se sobre qual teria sido a opção abraçada pelo Código Penal a partir da Reforma de 1984. No Brasil, considerável gama de autores ainda acolhe o conceito restritivo³², sobretudo com o desdobramento relativo à teoria objetivo-formal³³.

Apesar de minoritárias, algumas vozes ecoam no sentido de que o Código Penal brasileiro adotou o conceito extensivo de autor, pois o art. 29 de tal diploma legal reza que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Para Marques³⁴, por exemplo, a expressão “na medida de sua culpabilidade” não tenciona distinguir autores de partícipes, mas tão somente reforçar o princípio da individualização da pena, assim como faz o art. 59 do Código Penal ao prever as circunstâncias judiciais para o cálculo da pena-base.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 465.

³³ Cf. BATISTA, Nilo. *op. cit.*, p. 61; NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, p. 378.

³⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A autoria no Código Penal e a teoria do domínio do fato. *Caderno jurídico da ESMP de São Paulo*. São Paulo, v. 1, p. 169-178, abr/jun. 2001.

Na opinião de Alaor Leite³⁵, no entanto, o legislador brasileiro não “adotou” nenhum dos conceitos ou teorias aqui expostos, não havendo razão para tergiversar a esse respeito. No entendimento do doutrinador, o Código Penal apenas lançou mão de diretrizes bem gerais sobre autoria e participação no art. 29, tanto que se refere a “concorrentes” no *caput* desse dispositivo, traçou soluções para situações específicas nos parágrafos e determinou a comunicabilidade de circunstâncias pessoais no art. 30 para evitar a desresponsabilização do *extraneus* em crimes próprios.

³⁵ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 106, 2014.

3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Passa-se à análise dos pilares que embasam a teoria aplicada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470, determinando seus contornos e seu âmbito de aplicação. À medida que se avançar no estudo da mencionada teoria, verificar-se-á a viabilidade abstrata de conformá-la à sistemática do direito penal brasileiro.

A expressão “domínio do fato” foi empregada, pela primeira vez, por Hegler, em sua monografia *Die Merkmale des Verbrechens*, em 1915. No mencionado trabalho, contudo, o sentido que se lhe conferiu não dizia respeito à delimitação de autoria, instigação e auxílio, sendo apenas entendida como equivalente aos “requisitos de culpabilidade jurídico-penal”, os quais elencam como imputabilidade, dolo e imprudência. Assim, para Hegler, tem o domínio do fato quem atua culpavelmente, isto é, com reprovabilidade para o direito penal.³⁶

Para Roxin³⁷, foi com Lobe, em 1933, que se deu a primeira formulação da ideia de domínio do fato em termos similares aos que se a concebe hodiernamente. Criticando a doutrina do *animus auctoris*, Lobe obtempera que a simples “vontade de autor”, ou seja, a vontade de cometer o fato como próprio, não pode ser suficiente a ensejar a condição de autor. Seria preciso, sobretudo, que o agente providenciasse a execução do fato sob o seu domínio, de modo que a autoria aglutinaria, além do elemento subjetivo, também outro objetivo.

Com Hans Welzel, desenvolveu-se oposição frontal ao relativismo axiológico presente no neokantismo. Seu apoio a estruturas lógico-abstratas concebeu autoria e participação como manifestações características do atuar final dentro do mundo social. Para Welzel, devem-se separar os crimes culposos dos dolosos, de modo que somente a este último se aplica o domínio (final) do fato como critério de diferenciação entre autoria e participação. A execução de uma resolução adotada conjuntamente, mediante a consecução de aportes inter-relacionados entre si, conferiria a cada interveniente o domínio do fato global. Entretanto, não seria necessário tão somente o “domínio final do fato”, mas também o “domínio social”, relativo aos requisitos objetivos (funcionário, soldado, comerciante etc.) e subjetivos (ânimo de lucro, tendência lasciva etc.) de autor.³⁸

³⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 81.

³⁷ *Idem.* p. 86.

³⁸ *Idem.*, p. 88.

3.1 A teoria do domínio do fato segundo Roxin

Em 1963, Claus Roxin publicou sua obra monográfica intitulada *Täterschaft und Tatherrschaft* (“Autoria e domínio do fato”), a qual sedimentou, pormenorizadamente, as bases sobre as quais se assentaria o domínio do fato. Predominava, na época, uma acentuada imprecisão no que concerne ao sentido do referido instituto, bem como seu emprego indiscriminado por parte de doutrinadores e de tribunais alemães, sobretudo o *Bundesgerichtshof* (BGH), Tribunal Federal de Justiça alemão.

A discussão acerca dos conceitos de autor e de partícipe era fértil, porém pouco conclusiva. A infinidade de teorias que se prestavam a esclarecer o tema, associadas às criações jurisprudenciais, poderia originar um número de combinações quase ilimitado, segundo Roxin³⁹. Ademais, não havia consenso sobre o próprio conteúdo da teoria do domínio do fato. Lançava-se mão de termos como “interesse”, “subordinação interna”, “contribuição externa ao fato” e “domínio do fato” como se fossem autossuficientes, ou seja, como se não houvesse necessidade de aclarar seu significado.⁴⁰

Obviamente, uma decisão que atribua ao agente o *status* de autor, arvorada na simples declaração de que ele “possuía o domínio do fato”, conta com motivação meramente tautológica, porquanto o domínio do fato não é uma definição pronta de autoria, mas um ponto de apoio metodológico que carece de desenvolvimento⁴¹. Em outras palavras, o agente não é autor “porque tinha o domínio do fato”, mas porque congregava uma série de circunstâncias fáticas que lhe faziam senhor do fato sob alguma das modalidades possíveis, as quais serão analisadas *infra*.

Nesse cenário, a obra de Roxin exerceu um papel significativo na delimitação dos conceitos de autor e partícipe, antes deveras controversos. Hardwig, o qual considerava o domínio do fato, pejorativamente, uma “fórmula mágica”, admitiu que, com o livro de Roxin, “[...] criou-se uma base sobre a qual a ciência poderá seguir construindo”.⁴²

³⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 77.

⁴⁰ *Idem*, p. 132.

⁴¹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴² HARDWIG *apud* ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Op. cit.*, p. 102.

3.1.1 A epistemologia normativista

O primeiro traço característico da abordagem de Roxin em relação à teoria do domínio do fato se encontra já em seu posicionamento dogmático. Constituiu alternativa ao ontologismo finalista, o qual defendia que o valor das estruturas relevantes ao direito penal provinha de uma ordem lógico-objetiva, abstrata e anterior ao direito e até mesmo aos homens, de modo que não caberia ao legislador atribuir-lhes significado, mas tão somente captá-los.⁴³

De outro giro, Roxin preconiza que a solução de problemas dogmáticos deve ser orientada, em primeiro lugar, pela matéria jurídica que lhe é pertinente. De posse da referida ideia reitora normativa, deve-se então organizar os dados empíricos jurídico-penalmente relevantes, em um exercício de escolhas político-criminais. O legislador, então, não está adstrito a significados pré-jurídicos, sendo livre para adotar as decisões mais adequadas aos fins da pena.⁴⁴

Nessa esteira, o autor em estudo defende a adoção, ao mesmo tempo, de dados ontológicos e teleológicos a servirem como parâmetros norteadores do conceito de domínio do fato, segundo uma epistemologia normativista. Por um lado, admite que as matérias sujeitas à regulação jurídica já detêm um significado intrínseco, pautado em ditames éticos, morais ou sociais; entretanto, cabe ao legislador valorar tais conceitos previamente existentes e aplicá-lo à ordem jurídica. A esse respeito, aduz que “normativismo e referência empírica não são métodos que se excluem mutuamente, mas que se complementam”.⁴⁵

No mesmo sentido, já se pronunciou Nowakowski que, a partir da dogmática roxineana, “a teoria do domínio do fato pode se desvincular da conexão com o finalismo e pode ser defendida sobre a base de outra dogmática”.⁴⁶

3.1.2 O conceito de domínio do fato

Conforme já se pode inferir, Roxin concebe um conceito diferenciador de autoria, em contraposição ao conceito unitário. Este último, em consonância com o exposto nas linhas

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 75-77.

⁴⁴ ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55-75.

⁴⁵ *Idem, loc. cit.*

⁴⁶ NOWAKOWSKI *apud* ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Op. cit.*, p. 102. Texto original:

“La teoría del dominio del hecho puede desvincularse de la conexión con el finalismo y puede ser defendida sobre la base de otra dogmática”.

iniciais do presente estudo, repele a distinção entre autor e partícipe, de modo a considerar ensejadora de autoria toda contribuição para o fato típico; dessa forma, entende-se tratar de condutas analisadas separadamente, sem que haja qualquer dependência entre a conduta de um instigador e de um executor, por exemplo.

O domínio do fato, apto a distinguir autor de partícipe no plano dos delitos de domínio, é caracterizado por Roxin como um “conceito aberto”, em posição intermediária entre os conceitos fixos e os indeterminados. Intentando resguardar-se contra os inconvenientes relativos à rigidez de uma e à insegurança jurídica da outra, o conceito aberto comporta grau limitado de concretude. A norma jurídica fornece diretrizes descritivas, as quais não contêm indicação exaustiva de todos os seus elementos e podem, portanto, adaptar-se à maleabilidade das situações concretas.⁴⁷

No tocante à classificação tradicional entre extensiva e restritiva, Roxin se pronuncia pelo caráter restritivo da teoria do domínio do fato. Isso porque, centrando-se a definição de autoria no injusto penal (ou seja, no fato típico já valorado como ilícito), a punição dos partícipes somente se poderia dar com base em normas de extensão, localizadas fora do tipo. Tal é a sua argumentação (tradução nossa):

Desse modo, o autor é já um componente da descrição do fato e não algo que se acrescente somente com posteridade. De onde se deduz que a teoria do domínio do fato constitui um conceito restritivo de autor. A qualificação de restritivo não se entende neste contexto e no sentido da teoria objetivo-formal, mas sim no que somente atua tipicamente de modo primário aquele que aparece como senhor do fato da realização delictiva. A indução e a cumplicidade se apresentam assim como causas de extensão da pena.⁴⁸

No que concerne a determinar se pertence à categoria objetiva, subjetiva ou mista, não foram encontradas, na obra em apreço, quaisquer referências que aclarem tal dúvida de modo direto. Entretanto, não é incomum encontrar doutrinadores⁴⁹ que a qualifiquem como “objetivo-subjetiva”, considerando que, para possuir o domínio do fato, o interveniente deverá congrega certos atributos objetivos (que serão analisados em tópicos *infra*), além de ter consciência pessoal de que os congrega. Não seria possível, dessa forma, a situação em que o agente fosse objetivamente senhor do fato, mas desconhecesse tal condição: ao contrário, ele

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 141-148.

⁴⁸ *Idem*, p. 360. Texto original:

“Así pues, el autor es ya un componente de la descripción del hecho y no algo que se añada sólo con posterioridad. De onde se deduce que la teoría del dominio del hecho constituye un concepto restrictivo de autor. La calificación de restrictivo no se entiende en este contexto en el sentido de la teoría objetivo-formal, sino en el de que sólo actúa típicamente de modo primario aquel que aparece como señor del hecho de la realización delictiva, La inducción y la complicidad se presentan así como causas de extensión de la pena.”

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 452.

simplesmente não possuiria o domínio do fato. De fato, referida ideia encontra respaldo na monografia de Roxin.⁵⁰

Entretanto, há argumentação respeitável no sentido de que a teoria do domínio do fato deve ser considerada tão somente objetiva, pois a configuração da autoria dependeria da presença ou ausência de seus requisitos, puramente objetivos. Em pouco ou nada influenciaria, portanto, o *animus* interno do agente: uma vez reunidos os requisitos, configurada estará a autoria. Sobre o assunto, assim escreve Gimbernat Ordeig (tradução nossa):

Certo, pois, que sem dolo não existe domínio do fato. Mas querer chamar por isto a esta doutrina como uma objetiva-subjetiva, seria esquecer o que se tradicionalmente quer dizer “subjetivo”, dentro do marco da teoria da participação. Quer dizer que o sujeito que se dá conta do que objetivamente acontece pode ser autor ou cúmplice segundo qual seja uma ou outra disposição de seu ânimo. E com esta concepção a doutrina do domínio do fato não tem nada a ver. Qualificá-la de objetivo-subjetiva, portanto, somente pode dar lugar a equívocos.⁵¹

3.1.3 O autor como figura central do acontecer em forma de ação

Para determinar o conceito de autor, Roxin faz uso de um princípio orientador calcado na “figura central do acontecer em forma de ação”.⁵² Na dicção do jurista, tal ideia reitora consistiria tanto em um parâmetro legal para definir os contornos de autoria e de participação quanto em uma referência pré-jurídica facilmente apreensível.

Com base no tratamento que o Código Penal alemão dispensa ao tema, o jurista conclui que o legislador conferiu ao “executor” do fato a figura-chave do acontecer típico, enquanto aqueles que atuam como “instigadores” ou “auxiliares” apenas gravitam no seu entorno, destacados do centro da ação. Dessa forma, autores, coautores e autores mediatos seriam as figuras centrais do acontecimento, ao passo que instigadores e auxiliares caracterizar-se-iam como figuras marginais.

Obviamente, trata-se de um mero ponto de apoio metodológico, cujo conteúdo semântico será delimitado com base nos critérios valorativos escolhidos pelo legislador,

⁵⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 363.

⁵¹ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Op. cit.*, p. 106. Texto original:

“Certo, pues, que sin dolo no existe dominio del hecho. Pero querer llamar por esto a esta doctrina una objetiva-subjetiva, sería olvidar lo que tradicionalmente quiere decir “subjetivo”, dentro del marco de la teoría de la participación. Quiere decir que el sujeto que se da cuenta de lo que objetivamente sucede puede ser autor o cómplice según que sea una u otra la disposición de su ánimo. Y con esta concepción la doctrina del dominio del hecho no tiene nada que ver. Calificarla de objetivo-subjetiva, por tanto, sólo puede dar lugar a equívocos.”

⁵² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 44.

aplicados aos contextos de significado pré-jurídico em sua forma concreta.⁵³ Nesses termos, a figura central do acontecer há de ser determinada de maneira diversa em três grupos de casos: para os delitos dolosos de comissão, para os delitos de dever e para os delitos de mão própria. Tal se justifica em virtude do fato de que referidos crimes exigem, por definição, que seus sujeitos ativos ostentem atributos diferentes entre si.⁵⁴

Em cotejo com o direito brasileiro, a primeira espécie mencionada corresponderia aos crimes comissivos comuns, os quais, em tese, poderiam ser cometidos por qualquer indivíduo. Nos da segunda espécie, compreender-se-iam os crimes próprios, aqueles oriundos da violação a deveres institucionais extrapenais, a cujo cumprimento estariam obrigados os sujeitos ativos. Por fim, os da terceira espécie correspondem à categoria homônima na sistemática penal brasileira.

Cabe esclarecer, preliminarmente, que a teoria do domínio do fato não tem pretensão de validade para os casos de concurso de agentes sob todos os referidos âmbitos de autoria, sendo aplicável apenas aos delitos comissivos de domínio (ou crimes comissivos comuns). Os demais grupos de casos, na medida em que vinculam a autoria a um dever ou a uma característica especial, são regidos por formulações teóricas completamente distintas das aqui tratadas.

Na seara dos crimes comissivos dolosos, o conceito de “domínio do fato” tem dimensão tríplice, a qual é composta das noções de “domínio da ação”, “domínio da vontade” e “domínio funcional do fato”, cujas particularidades serão pormenorizadas em tópicos *infra*. Em suma, um indivíduo é considerado autor:

- a) Se realiza a ação típica pessoalmente (domínio da ação);
- b) Se faz executar o fato mediante outro cuja vontade, segundo parâmetros jurídicos, não é livre, ou que não se conhece o sentido objetivo da ação de seu comportamento ou o abarca em menor medida que o sujeito de trás, ou que é substituível à vontade no marco de um aparato organizado de poder (domínio da vontade);
- c) Se presta na fase executiva uma participação nos fatos funcionalmente significativa (domínio do fato funcional).⁵⁵

⁵³ *Idem*, p. 45.

⁵⁴ No mesmo sentido, cf. JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 718.

⁵⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 337. Texto original:

“a) Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción).
b) Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad).

c) Si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional).”

Jakobs apresenta uma classificação semelhante para as três modalidades, as quais ele mesmo afirma estarem em conexão com a divisão proposta por Roxin. A taxonomia formulada por Jakobs corresponde ao que ele denomina “domínio do fato formal” (o domínio da ação), “domínio do fato material como domínio da configuração” (o

Em acréscimo ao que for exposto acerca da teoria do domínio do fato, será necessário expor os principais fundamentos da teoria de Roxin no que toca à autoria em crimes de infração de dever, tendo em vista que muitos dos crimes abordados na Ação Penal 470 revestem-se de caráter próprio (peculato, corrupção passiva, gestão fraudulenta de instituição financeira etc.). Tais considerações serão levadas a efeito sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, apenas com propósitos comparativos.

3.2 Domínio da ação

Ocorre quando o agente realiza todos os elementos do tipo pelas próprias mãos, dolosamente, sem ter sido sujeitado a coação ou a erro. É o protótipo claro do conceito de autoria, o que se enraíza na própria natureza dos fatos, prescindindo de qualquer análise jurídica mais apurada. Segundo Roxin, constitui o conteúdo imperecível da teoria objetivo-formal⁵⁶.

Pode ser que o indivíduo que detém o domínio da ação não seja o principal responsável pela execução do crime, pode ser que haja outros autores que mereçam, inclusive, pena superior. Entretanto, não se está aludindo ao merecimento de pena ou à disposição interna do agente (os quais merecem relevo nos planos moral e criminológico), mas tão somente ao conceito de autor.

Dessa forma, aduz o jurista alemão que a ideia de “domínio da ação” poupa ao aplicador do direito grande parcela do trabalho, visto que a própria legislação penal, ao descrever tipos incriminadores, já procedeu, de certa forma, à descrição de seus autores.⁵⁷ Entretanto, a simples ilação de que todo aquele que realiza, dolosa e livremente, a conduta descrita no tipo penal não basta para que se compreenda satisfatoriamente o domínio da ação, mas é apenas o seu ponto de partida. Para bem delimitar o seu conteúdo, necessário se faz aparar algumas arestas, das quais se tratará a seguir.

domínio da vontade) e, por último, o “domínio do fato material como domínio da decisão” (o domínio funcional do fato), cf. JAKOBS, Günther, *Op. cit.*, p. 741.

⁵⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 152.

⁵⁷ *Idem, loc. cit.*

3.2.1 *Relação com as teorias subjetiva e objetiva*

A primeira delas é romper com os parâmetros traçados pelas teorias subjetivas do conceito de autor. De fato, não se pode afastar a autoria daquele que atua dolosa e livremente, sem padecer de erro ou de coação, com base no argumento de que o executor agiu sem “vontade de domínio” ou sem “vontade de autor”. Caso tenha procedido sem coação alguma, o fato de ter atuado meramente a serviço ou conforme a determinação de outrem não são suficientes para afastar-lhe a condição de autor. Tampouco poderá prosperar o argumento de que o autor de um delito não pode subordinar-se a outra pessoa, pois deve possuir não só o domínio do fato, como também “vontade de domínio do fato”, ou “querer o fato como próprio”.⁵⁸ O agente que executa diretamente a conduta deverá ser reputado autor, e não mero partícipe, ainda que não queira o fato ou o resultado como seus. Certamente, atuará imbuído de dolo, mas tal elemento subjetivo não se presta a dissociá-lo de um mero partícipe, visto que este último também opera dolosamente. Com isso, conclui-se que o domínio da ação constitui um critério puramente objetivo para identificar o domínio do fato, pois tanto autor quanto partícipe dirigem suas condutas para um fim ilícito, característica dos crimes dolosos.

Como exemplo, Roxin critica decisão oriunda do BGH no caso Stachynski⁵⁹, no qual o acusado havia cometido dois assassinatos, completamente e por suas próprias mãos, atendendo a ordens de uma potência estatal. Em referido julgamento, o réu foi reputado cúmplice dos delitos perpetrados, baseando-se no fato de que os crimes foram praticados em virtude de sua obsessão política. Destarte, muito embora o acusado tivesse concentrado o domínio da ação em suas mãos, os magistrados criaram uma causa de atenuação de pena não contida em lei. Assevera Roxin que tal se tratou de decisão dogmática e metodologicamente incorreta, pois, se assim for, de nada serviriam os vastos estudos doutrinários acerca do conceito de autor, o qual se transformaria em um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo teriam os juízes amplo arbítrio de determinar.⁶⁰

3.2.2 *Os casos de coação*

Outra indagação concerne a saber se aqueles que atuam sob coação ou outra situação de perigo que caracterize estado de necessidade têm ou não o domínio do fato e,

⁵⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 154.

⁵⁹ *Idem*, p. 152-153.

⁶⁰ *Idem*, p. 153.

portanto, podem ser considerados autores. Para Welzel⁶¹, tal não ocorre, pois não há “vontade de realização própria”; haveria, portanto, um domínio do fato “inferior” ou “subordinado”, que não teria o condão de fundamentar a autoria. O pai do finalismo atribui ainda à atuação do coacionado a alcunha de “auxílio inculpável”, de modo que não admite a responsabilidade do executor direto nas hipóteses de autoria mediata.

No entender de Roxin, a argumentação de Welzel carece de coerência sistemática, pois, segundo a própria teoria finalista, a vontade de realização nada mais é que a finalidade do agente, a qual, para Welzel, é idêntica ao dolo⁶². Ou seja, falar que o executor opera “sem vontade de realização própria”, negando-lhe o domínio do fato, equivaleria a afirmar que ele atua sem dolo. Ademais, no direito alemão, a coação moral irresistível e o estado de necessidade exculpante atuam como dirimentes de culpabilidade, enquanto o dolo faz parte da conduta típica (tal argumentação não se coaduna perfeitamente com o direito penal brasileiro, o qual só prevê a figura do estado de necessidade justificante, o qual exclui a ilicitude da conduta, a teor do que dispõe o art. 23, I, do CP). Excluir a culpabilidade, notoriamente, não equivale a afastar o dolo, tampouco a autoria: confundir tais conceitos vai de encontro aos pilares do finalismo penal. Dessa forma, o agente sob coação ou em estado de necessidade detém o domínio do fato (logo, é autor), mas é isento de pena por ter ilidida sua culpabilidade.

Roxin também sustenta, em defesa da autoria do agente sob coação ou estado de necessidade, que não haveria óbice algum à autoria do executor direto nos casos de autoria mediata (este assunto será abordado no tópico *infra*, acerca do domínio da vontade). Admitir tal premissa implica a possibilidade de participação em delitos cometidos nessas circunstâncias, visto que possibilita a acessoriedade em relação à conduta do autor exculpado. Imagine-se o exemplo, citado pelo mestre alemão cuja obra se analisa⁶³, de três viajantes, A, B e C, sequestrados por um bando de malfeitores. Em um dado momento, líder da quadrilha coage B a matar A. Vendo que B está hesitante, C induz o amigo a obedecer à ordem, até que B a executa. Nesse caso, reconhecer a autoria de B (ainda que não seja um autor culpável) é condição *sine qua non* à existência de participação de C, o qual exerceu influência psicológica sobre B. Se B não fosse considerado autor, como queria Welzel, C também não poderia ser reputado partícipe do delito em epígrafe.

Como consectário lógico da conclusão de que o agente sob coação ou estado de necessidade deve ser considerado autor, porém exculpado, às demais hipóteses de exclusão da

⁶¹ *Idem*, p. 155.

⁶² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 156.

⁶³ *Idem*, p. 160.

culpabilidade aproveita-se, *mutatis mutandis*, a argumentação desenvolvida *supra*. É o caso dos menores, dos enfermos mentais e dos agentes sob erro de proibição invencível, apenas para citar alguns exemplos. Por entender, como já assinalado, que o executor direto na autoria mediata também pode ser considerado autor do fato, Roxin também sustenta ser plausível a hipótese de autoria mediata mediante intermediário inimputável (sobre o assunto, tratar-se-á com mais vagar em tópico *infra*, acerca do “domínio da vontade”).

3.2.3 O significado de “ação típica”

Já se assentou que aquele que realiza a ação típica, dolosa e livremente (ou mesmo não livremente, nos casos em que é excluída a culpabilidade), tem o domínio do fato e, portanto, é autor da infração penal. Resta, contudo, delimitar o conteúdo albergado pela expressão “ação típica”, esclarecendo quais elementos típicos são dignos de relevo para a conduta de autor e quais o são para a conduta do partícipe.

O tema, adianta Roxin⁶⁴, não havia despertado, até então, profundo interesse doutrinário. Alguns juristas sustentavam a necessidade de realização, de própria mão, de todos os elementos do tipo, para que o agente fosse considerado autor. Entretanto, o mestre alemão aduz, a seu turno, que tal critério restringiria sobremaneira o conceito de autoria, motivo pelo qual procurou matizar seu alcance teórico. Desse modo, embora não se exija a execução de todos os elementos do tipo, não seria a mera implementação de qualquer elemento típico suficiente para converter o agente em autor. Ilustrativamente, cita o exemplo do furto qualificado, previsto no § 243 do Código Penal alemão, *in verbis*:

§ 243. Furto qualificado

(1) Em casos especialmente graves, o furto será apenado com pena privativa de liberdade de três meses até dez anos. Um caso especialmente grave se apresenta, por regra geral, quando o autor:

1. Para a execução do fato, cometa roubo com quebra, **escalada**, irrompa com uma chave falsa, ou com outro dispositivo não destinado para a abertura regular de um edifício, um local de serviços de negócios, ou se mantenha clandestino em algum local.⁶⁵ (grifou-se)

⁶⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 161.

⁶⁵ Texto original:

“§ 243. Hurto calificado

(1) En casos especialmente graves, el hurto, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta diez años. Un caso especialmente grave se presenta por regla general cuando el autor

1. para la ejecución del hecho, cometa robo con fractura, **escale**, irrompa con una llave falsa, o con otro dispositivo no destinado para la apertura regular en un edificio, un local de servicios o de negocios, o se mantenga clandestino en el sitio [...]”

Imagine-se o exemplo de um concurso de agentes em que, após todos escalarem, um deles permanece do lado de fora vigiando a entrada, enquanto os demais procedem ao furto propriamente dito. Seria autor de furto qualificado o indivíduo incumbido de vigiar o local, apenas por ter praticado um dos elementos do tipo (“escalada”)? A resposta, para o jurista alemão, depende de certas ponderações. Por um lado, deve-se considerar que, ao descrever as condutas típicas, o legislador referiu-se tão somente às condutas de autor, não se tendo preocupado em separá-las das de partícipe. Entretanto, não pode haver uma “presunção geral” de autoria sempre que a conduta do agente se subsumir a qualquer elemento do tipo. Por exemplo, quando a lei elenca uma circunstância agravante, faz mais alusão ao merecimento de pena que à autoria. Dessa forma, é necessário dissociar aquilo que constituiria a verdadeira ação típica, capaz de levar à autoria, do que seriam meramente circunstâncias de tempo, de lugar ou de modo do delito.

A nosso sentir, sugere-se que, em casos de dúvida acerca da existência ou não de domínio da ação, o operador do direito procure verificar se o agente possuía o domínio do fato funcional, o qual será analisado *infra*.

3.2.4 O erro sobre as causas de justificação

Como é cediço, o erro que recai sobre as causas de justificação teve alcance e classificação divergentes ao longo das décadas. Inicialmente, impende salientar que essa espécie de erro pode se manifestar sob três nuances distintas: o erro sobre circunstâncias fáticas que configuram uma causa de justificação (p. ex., o agente acredita estar prestes a sofrer uma agressão injusta, de modo que, erroneamente, supõe estar amparado pela legítima defesa); o erro sobre a existência de uma causa de justificação (p. ex., o pai que mata o estuprador de sua filha, acreditando agir em “legítima defesa de sua honra”); o erro sobre os limites de uma causa de justificação (p. ex., aquele que atua, de fato, amparado por uma excludente de ilicitude, porém incorre em excesso punível, acreditando poder fazê-lo). Em relação às duas últimas hipóteses, pacífica é a doutrina acerca da sua classificação como erro de proibição indireto, cujos efeitos, grosso modo, consistem em excluir a culpabilidade, se invencíveis, ou reduzir a pena, se vencíveis.

Em relação à hipótese de erro sobre circunstâncias fáticas que compõem uma excludente de ilicitude, há divergências sobre sua natureza. Segundo a teoria extremada ou estrita da culpabilidade, tal seria outra hipótese de erro de proibição indireto. De outro giro, conforme a teoria limitada da culpabilidade, o referido erro deveria ser classificado como erro

de tipo. O Código Penal brasileiro adotou a teoria limitada, conforme explícito no item 19 de sua Exposição de Motivos:

19. Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas *discriminantes putativas*. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite nesta área a figura culposa (art. 17, §1º). (grifos no original)

Dessa forma, convencionou-se chamá-lo de erro de tipo permissivo, em contraposição ao erro de tipo incriminador, já existente. Entrementes, mais relevante que saber se se trata de erro de tipo ou de erro de proibição é definir qual o componente do conceito analítico de crime será por ele afetado, se o dolo (e, por conseguinte, a tipicidade dolosa) ou a culpabilidade. De tal determinação exsurtem consequências diversas que interessam à sistemática penal. Por exemplo, caso se considere que, à semelhança do erro de tipo incriminador, o erro de tipo permissivo invencível exclui o dolo, o agente que incorreu em erro não poderia ser considerado autor do crime, tampouco poderia haver participação delitiva de outrem, em respeito à teoria da acessoriedade. Ademais, a vítima do erro deveria suportá-lo como lícito, não estando amparada pela legítima defesa. Ainda que o erro fosse vencível, seria inadmissível a tentativa, pois, ainda que subsistente a culpa como elemento subjetivo, inexistente tentativa de crime culposos.

Para Bitencourt⁶⁶, o erro sobre as circunstâncias fáticas de causas de justificação não implica exclusão do dolo, pois o art. 20, §1º do CP, o qual dispõe sobre o erro de tipo permissivo, emprega a expressão “é isento de pena”, expressão geralmente usada para indicar que há fato típico e antijurídico, porém inculpável. O *caput* do mesmo artigo, discorrendo sobre o erro de tipo incriminador, ao contrário, refere-se expressamente à exclusão do dolo.

Desse modo, defende que o erro de tipo permissivo seria uma espécie de erro *sui generis*, a qual teria estrutura semelhante à do erro de tipo incriminador e consequência semelhante à do erro de proibição. Isso porque possui estrutura relacionada aos aspectos descritivos e normativos de uma proposição jurídica, mas que, como consequência, não afetaria o conhecimento do tipo, mas tão somente a compreensão da antijuridicidade. O erro de tipo permissivo invencível não afetaria, portanto, o dolo, mas tão somente a culpabilidade dolosa. Caso vencível, o direito brasileiro, adotando a teoria do erro orientada às consequências, amenizou o desvalor da conduta aplicando-lhe as penas da modalidade culposa do crime (caso existente), não porque o delito cometido seja culposos, mas por ser

⁶⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p. 419-420.

culposo o erro em que incorreu seu agente ao cometê-lo. Trata-se de crime doloso punido como se fosse culposo, hipótese na qual sobrevém a chamada “culpa imprópria”.

Na obra em apreço, Roxin não se debruça com mais vagar acerca da questão (objeto de sua obra intitulada *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, traduzida para o espanhol como *Teoría del Tipo Penal*), apenas esclarecendo que, caso se defenda que o erro de tipo permissivo exclui o dolo, não há que falar em autoria, pois não a própria tipicidade restaria afastada; por outro lado, caso se sustente que tal espécie de erro exclui a culpabilidade, não há óbice algum à existência de autoria ou mesmo de participação.

3.3 Domínio da vontade

No tópico anterior, restou consignado que é autor o agente que realiza o tipo de própria mão, possuindo o domínio da ação. Tal constitui, conforme salientado, o exemplo mais emblemático de autoria. Nas hipóteses de domínio da vontade, ao contrário, falta justamente essa realização pessoal da conduta descrita no tipo: a autoria se fundamenta no controle que o “homem de trás” exerce sobre a livre faculdade volitiva do executor direto, o qual figura como mero instrumento para a concretização do ilícito. Trata-se da chamada autoria mediata ou indireta, na qual o executor direto não pode ser responsabilizado pela prática do crime, seja porque agiu sem dolo, seja porque atuou sob uma causa da exclusão da ilicitude ou mesmo da culpabilidade.

Tal modalidade de autoria constituía uma das principais lacunas a serem solucionadas pela teoria objetivo-formal, cujos defensores preferiam taxá-la de “imprópria” ou “fictícia”.⁶⁷ De fato, ao basear a ideia de autoria na realização de condutas previstas como típicas, tornava-se árduo explicar a autoria de quem não tomou parte na execução dos fatos típicos, em detrimento da responsabilização de outrem que, por sua vez, realizara o tipo por completo. Seus adeptos preferiam entender que o autor mediato era, na verdade, mero indutor do autor direto, tomando de empréstimo a teoria da acessoriedade limitada.

Sob a ótica da teoria extensiva, pelo contrário, tornava-se mais cômodo explicar o fenômeno da autoria mediata. Entretanto, tal teoria põe em risco a discriminação entre autor e partícipe, no sentido de que considera autores todos aqueles que tomam parte no acontecimento delitivo.

⁶⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 165.

O Código Penal brasileiro reconhece expressamente quatro casos de autoria mediata, quais sejam⁶⁸: erro determinado por terceiro (art. 20, § 2º, do CP); coação moral irresistível (art. 22, primeira parte, do CP); obediência hierárquica (art. 22, segunda parte, do CP); utilização de instrumento impunível em virtude de condição ou de qualidade pessoal (art. 62, III, segunda parte, do CP). Vale ressaltar que não se inclui entre as hipóteses de autoria mediata a situação em que a participação do intermediário se assemelha à de um objeto inanimado, como no caso em que A empurra B para provocar lesões corporais em C: não tendo B praticado qualquer conduta, não há falar em superposição da vontade de A em relação à de B. Nesse caso, A é autor direto porque possui o domínio da ação, e não mediato porque detém o domínio da vontade.⁶⁹

Os casos acima citados são amplamente aceitos pela doutrina e não ensejam maiores divergências (à exceção da hipótese de inimizabilidade do intermediário, a qual, por exemplo, é admitida por Greco⁷⁰ e por Roxin e é rechaçada por Zaffaroni e Pierangeli⁷¹). Contudo, o marco da teoria roxiniana nesse particular concerne à autoria baseada no domínio da vontade em virtude de estruturas organizadas de poder, inovação sem precedentes em âmbito legislativo ou jurisprudencial, a qual desperta especial interesse ao tema debatido no presente trabalho. Por tal razão, tecer-se-ão breves considerações acerca da abordagem de Roxin em torno das formas tradicionais de autoria mediata, em cotejo com outras obras de doutrinadores nacionais e estrangeiros, para só então levar a efeito a análise da autoria mediata por meio de estruturas organizadas de poder, a qual reivindicará maior atenção para os fins ora propostos.

3.3.1 Da coação

Dos casos de coação elencados por Roxin, o mais importante e elucidativo é o chamado “estado de necessidade coativo”, o qual corresponde, grosso modo, à “coação moral irresistível” mencionada no art. 22 do Código Penal brasileiro. Trata-se da situação em que o autor mediato, ao colocar em perigo bens jurídicos como a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa, passa a ter o controle de sua vontade, tendo o poder de direcioná-la à prática criminosa desejada. Nesse caso, o autor mediato dispõe de pleno controle sobre a

⁶⁸ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 438-439.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 598. Em sentido contrário, cf. GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 440.

⁷⁰ GRECO, Rogério. *Op. cit.* p. 439-440.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 599-601.

psique daquele que sofre a coação, o qual não possui vontade livre. Pode-se imaginar o exemplo de um homem que, obedecendo às ordens de um sequestrador, assalta uma agência bancária sob a ameaça de que, caso não o faça, seu filho será assassinado.

De se notar que, no exemplo dado, o executor direto também possui o domínio do fato, em forma de domínio da ação. Contudo, sua culpabilidade deve ser ilidida por inexigibilidade de conduta diversa; é autor, porém um autor exculpado. O sequestrador, por sua vez, é autor plenamente responsável. Dessa forma, ambos são autores: um pelo fazer, o outro por seu poder de vontade. Nas palavras de Roxin, “Así pues, ha de contestarse afirmativamente la tan debatida cuestión de si existe el autor de detrás del autor”⁷². Trata-se de autoria dupla, mas não de coautoria, por faltar a determinação comum, ou seja, o liame subjetivo convergente entre coator e coagido.

Vale salientar a valiosa diferença entre influência volitiva e domínio da vontade: caso o homem de trás apenas sugira ou induza o executor, de modo a deixar-lhe margem de decisão livre, não há falar em autoria mediata por domínio da vontade, e sim em mera participação por instigação.

É preciso, portanto, delimitar os contornos do que pode ser entendido como domínio da vontade, em contraposição à mera influência. Já se sabe que, em tese, aquele ocorre quando o sujeito sofre forte pressão psicológica, direcionada à possibilidade de lesão a bens jurídicos que lhe são caros, de modo que não lhe resta qualquer liberdade para decidir soberanamente. Entretanto, torna-se difícil precisar quando um indivíduo deixa de ter capacidade de decisão própria para sujeitar-se integralmente à vontade de outro. Além disso, sabe-se que algumas pessoas têm mais resistência que outras, de modo que uma forte pressão para alguém pode significar mera indução para outrem.

Roxin pondera⁷³ que, se o problema for encarado dessa forma, seria necessário um perito em psicologia para determinar se houve ou não domínio da vontade, de modo que a aplicação do direito quedar-se-ia dependente, em última instância, à autoridade das “ciências naturais”. Ciente de que essa não constitui a melhor interpretação, Roxin propõe que se deve buscar, no espectro de experiências existentes acerca da capacidade de resistência humana à intimidação, aquelas suficientes a satisfazer as situações previstas em lei como dirimentes de responsabilidade. Independentemente da situação anímica do agente coagido no caso concreto, deve-se determinar em quais casos seria razoável admitir-se o enquadramento na hipótese legal de exclusão da responsabilidade. Tal solução notoriamente se coaduna com a

⁷² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 167.

⁷³ *Idem*, p. 170.

dogmática penal adotada por Roxin, a qual procura sintetizar dados ontológicos e elementos de valoração escolhidos pelo legislador para bem aplicar o direito.

3.3.2 *Do erro*

Trata-se do segundo caso clássico de autoria mediata. Inicialmente, calha destacar a principal diferença entre as hipóteses de autoria mediata por coação e por erro: enquanto naquela o sujeito de trás domina as decisões volitivas encampadas pelo autor direto, neste ocorre uma supradeterminação da situação pelo autor mediato em relação ao executor. Em outras palavras, o homem de trás se torna senhor do fato por saber alguma circunstância relevante para o acontecer típico, a qual o executor direto desconhecia.

Nesse diapasão, Roxin⁷⁴ divide o domínio do fato em quatro graduações, que refletem o nível de consciência/ignorância que os agentes detém em relação ao delito analisado concretamente.

O primeiro grau se refere aos elementos do tipo: caso o erro do executor direto recaia sobre um desses elementos, exclui-se o dolo e, portanto, a autoria. Cite-se como exemplo o de um médico que, desejando a morte de um paciente internado no hospital em que trabalha, entrega à enfermeira seringa contendo solução letal para que lhe faça infusão na veia, mas afirma tratar-se de um simples antibiótico. Embora a conduta causadora do evento morte tenha sido levada a cabo pela enfermeira, ela o fez em razão do erro determinado pelo médico, o qual, de fato, queria o resultado e deve ser responsabilizado a título de autor mediato. Tendo agido isenta de dolo, a enfermeira não era senhora do fato de primeiro grau e, portanto, não era autora.

Na verdade, não há falar propriamente em “domínio da vontade” pelo homem de trás em relação ao executor direto, pois depende apenas do seu livre arbítrio desempenhar ou não a conduta desejada pelo autor mediato. Uma vez que sua compreensão da realidade é que se encontra eivada de vício, o agente imediato não age com uso da razão, qualidade especificamente humana, mas como mero fator causal-cego. Tal circunstância aproxima, de certa forma, a presente hipótese de domínio da vontade ao próprio domínio da ação.

No segundo grau, incluem-se as hipóteses daquele que toma parte em um acontecer típico no qual o agente direto atua sem conhecimento de sua antijuridicidade, ou seja, sob erro de proibição. Necessariamente, o homem de trás deve ter consciência da

⁷⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 194-195.

ilicitude do fato, à qual se contrapõe a ignorância do executor: enquanto aquele é senhor do fato de segundo grau, este só o é em nível de primeiro grau. Para identificar a autoria nos referidos casos, impende distinguir se o erro alcança tão somente a antijuridicidade formal ou se açambarca também a antijuridicidade material.

Caso o autor direto conheça o caráter de reprovabilidade moral ou social da conduta praticada (antijuridicidade material), ignorando apenas a contrariedade da conduta em relação à lei positiva (antijuridicidade formal), aquele que lhe determinou o erro será mero partícipe, enquanto o próprio executor será autor imediato, cuja culpabilidade sofrerá mitigação. Entretanto, caso se opere total desconhecimento da ilicitude, inclusive no âmbito da antijuridicidade material, o executor terá sua culpabilidade eliminada (será, logo, um autor exculpado), ao passo que o domínio do fato recairá sobre o autor mediato. Dessa forma, basta a consciência de praticar uma conduta moralmente reprovável para que seu executor seja reputado senhor do fato de segundo grau. A doutrina brasileira faz pouca ou nenhuma menção ao *discrímen* entre antijuridicidade formal e material, dada sua reduzida relevância: de fato, conforme aduz Bitencourt⁷⁵, “com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a potencial consciência”.

Em sequência, o terceiro grau de domínio do fato, acerca do qual o agente pode incorrer em erro, aborda as hipóteses de falsa crença de circunstância excludente de culpabilidade. Não são frequentes no direito brasileiro, bem como no direito alemão, do qual se pode tomar de empréstimo o exemplo do estado de necessidade exculpante. Imagine-se a hipótese de um naufrágio, na qual A, não obstante vislumbrar ao longe a chegada de um barco de resgate, faz que B acredite encontrar-se em estado de necessidade para que mate a C, com o fito de subtrair-lhe a tábua em que se apoiava. Embora B detecte a ocorrência das circunstâncias típicas (primeiro grau) e compreenda o desvalor jurídico de matar um inocente, ainda que para salvar-se (segundo grau), falta-lhe compreensão exata dos elementos de reprovabilidade jurídica do fato (terceiro grau), os quais são do conhecimento de A. Destarte, deve A ser responsabilizado na qualidade de autor mediato. Perceba-se que o tratamento dispensado aqui é idêntico ao das hipóteses de erro sobre a antijuridicidade (erro de proibição).

O erro de quarto grau desponta nos casos em que o agente atua típica, antijurídica e culpavelmente, com plena consciência acerca desses três requisitos, porém executa o delito de maneira diferente da que desejava, condicionado por informação errônea transmitida

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 326-327.

dolosamente pelo autor mediato. São exemplos os erros sobre o sentido concreto da ação, como o erro sobre a pessoa, e o erro sobre o risco, no qual o sujeito de trás incute no executor a crença de que é diminuta a possibilidade de um resultado danoso vir a ocorrer como consequência de uma conduta que este se vê impelido a realizar, sabendo-a maior. Há, na hipótese, dois senhores do fato: um de terceiro grau, autor direto, o qual atua de forma típica, antijurídica e culpável; outro, de quarto grau, autor mediato, o qual atua de forma típica, antijurídica, culpável e, demais disso, detém relativa supradeterminação em virtude do fato de seu espectro de informações ser mais abrangente em comparação ao do autor imediato.

3.3.3 Do domínio da vontade com a utilização de inimputáveis e de menores

Para caracterizar adequadamente a hipótese em epígrafe, calha colacionar os dispositivos que versam sobre o assunto no Código Penal alemão:

§ 19. Incapacidade de culpabilidade da criança

É incapaz de culpabilidade quem no momento da comissão de um fato ainda não chegou à idade dos catorze anos.

§ 20. Incapacidade de culpabilidade por perturbações psíquicas

Atua sem culpabilidade quem na comissão de um fato é incapaz, por uma perturbação psíquica patológica, por perturbação profunda da consciência, por debilidade mental ou por outra alteração psíquica grave de compreender o injusto do fato ou atuar de acordo com essa compreensão.

§ 21. Capacidade de culpabilidade reduzida

Se a capacidade do autor pelas razões apontadas no § 20 está consideravelmente reduzida na comissão do fato ou para compreender o injusto do fato ou para atuar de acordo com esta compreensão, então a pena pode ser diminuída conforme o § 49 inciso 1.⁷⁶

Como se percebe, o diploma penal alemão elegeu, grosso modo, a imaturidade etária e a perturbação mental como parâmetros de aferição de inimputabilidade penal: no primeiro caso, adotou o critério puramente biológico, isentando de pena os menores de catorze anos; no segundo, o critério biopsicológico, excluindo a culpabilidade daqueles que, por perturbação psíquica patológica, por perturbação profunda da consciência ou por

⁷⁶ Texto original:

“§ 19. Incapacidad de culpabilidad del niño

Es incapaz de culpabilidad quien en el momento de la comisión de un hecho aún no ha llegado a la edad de los catorce años.

§ 20. Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas

Actúa sin culpabilidad quien en la comisión de un hecho es incapaz por una perturbación síquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión.

§ 21. Capacidad de culpabilidad reducida

Si la capacidad del autor por las razones señaladas en el § 20 esta considerablemente reducida en la comisión del hecho o para comprender lo injusto del hecho o para actuar de acuerdo con esa comprensión, entonces la pena puede ser disminuida conforme al § 49 inciso 1.”

debilidade mental ou por outra alteração psíquica grave, são incapazes de compreender a ilicitude do fato ou atuar de acordo com essa compreensão. Notoriamente, tais determinações legais serviram de influência ao legislador brasileiro, o qual optou pela utilização de critérios e de terminologia bastante semelhantes, com evidente ressalva para a maioria penal, a qual, nos termos do art. 27 do Código Penal brasileiro, é de 18 anos. Por esse motivo, o raciocínio de Roxin acerca do domínio da vontade com a utilização de inimputáveis e de menores pode ser, *mutatis mutandis*, transplantado para o direito pátrio sem maiores distorções.

Inicialmente, Roxin esclarece⁷⁷ que o ponto de partida para o estudo da autoria mediata com a utilização de inimputáveis *lato sensu* reside em determinar se o defeito que acomete o autor direto compromete o aspecto intelectual (compreender a ilicitude do fato) ou o volitivo (atuar conforme essa compreensão).

No primeiro caso, o homem de trás, conhecedor do caráter ilícito do fato, utiliza como instrumento, para a consecução de um objetivo delitivo, alguém que não possui capacidade de entender a proibição ou determinação jurídica. Ocorre, destarte, uma espécie de supradeterminação daquele em relação a este, em sintonia com a hipótese em que o executor direto atua sob erro, já examinada *supra*. Nesta ocasião, portanto, remete-se a leitura ao referido item.

Por outro lado, ao se tratar de defeito que repouse sobre o elemento volitivo, insta perscrutar se a decisão sobre o fato partiu do próprio inimputável ou se, ao contrário, um sujeito imputável incutiu-lhe a ideia de praticar a infração. Em outras palavras, é necessário determinar se, dado o concurso entre um imputável como homem de trás e um inimputável como executor direto, aquele seria considerado indutor ou mero cúmplice no caso concreto, se ambos fossem imputáveis.

Caso tenha induzido o menor ou o enfermo mental à prática do crime, o homem de trás será autor mediato, visto que subtraiu ao agente inimputável a capacidade de inibição diante da conduta contrária ao direito. Ao induzir o indivíduo inimputável, o agente mediato configura o fato conforme seu interesse, visto que, a partir de então, aquele não disporá mais de vontade jurídica relevante. Obviamente, não haverá crime se o inimputável nada fizer; entretanto, caso o faça, somente se poderá responsabilizar o mandante a título de autor mediato. A justificativa para o domínio da vontade, aqui, assemelha-se à da hipótese de

⁷⁷ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 260.

coação moral irresistível, em que a vontade do autor direto é completamente solapada pela determinação do autor mediato.

Se, entretanto, o agente mediato tenha simplesmente auxiliado um inimputável que já estava resoluto em relação à prática delitiva, a autoria mediata apenas lhe será cominada caso sua contribuição ao evento tenha sido imprescindível, de modo que, entre referida contribuição e o resultado, não se sobreponha nenhuma vontade responsável. De fato, caso não possua o domínio do fato mediante a formação da vontade do agente, somente o deterá na hipótese de ter fornecido ao acontecimento um aporte sem o qual ele não se teria realizado. Tendo o agente mediato atuado somente de forma a favorecer o fato, ou a alterá-lo a configuração, responderá apenas na condição de partícipe.

3.3.4 Do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder

O domínio da vontade mediante aparatos organizados de poder constitui inovação teórica introduzida pelos estudos de Roxin, tendo em vista que tal abordagem jamais havia sido antes ventilada seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Ao contrário, referidas instâncias de aplicação do direito procuravam resolver as hipóteses de crimes de guerra, de Estado e de organizações sob as mesmas premissas e conceitos empregados para o deslinde de casos envolvendo crimes individuais. Inicialmente, Roxin⁷⁸ esclarece que as figuras jurídicas tradicionais de autoria, instigação e cumplicidade não podem bastar como gabarito à elucidação de crimes de caráter coletivo, mas devem servir como simples ponto de partida para formular soluções mais complexas.

Claus Roxin lançou tal discussão a debate pela primeira vez em artigo publicado na revista *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, em 1963.⁷⁹ O arcabouço fático mais relevante para o desenvolvimento dessa modalidade de domínio da vontade foi o processo movido em face do tenente-coronel da SS Adolf Eichmann, um dos responsáveis pela organização dos campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial. O julgamento do político alemão, empreendido entre 1961 e 1962 em Israel, suscitou polêmica quanto à sua responsabilização por crimes contra o povo judeu e contra a humanidade.

O ponto nevrálgico trazido a lume por ocasião do julgamento de Eichmann residiu na dúvida quanto à efetiva autoria dos crimes cometidos em nome do estado alemão naquelas

⁷⁸ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 270.

⁷⁹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

circunstâncias deveras peculiares. Em sua defesa, seus advogados aduziam que o acusado não havia executado qualquer dos crimes que lhe eram imputados, razão pela qual somente poderia ser responsabilizado a título de instigador. De fato, burocratas da envergadura de Eichmann não desempenharam, com suas próprias mãos, o assassinato de um judeu sequer; antes, lideravam a atividade daqueles que o faziam. A esse respeito, o teor do *decisum* proferido em desfavor de Eichmann trouxe argumentos que ocasionaram uma reviravolta no modo de se tratar da questão, conforme brilhantemente demonstrado pela filósofa política Hannah Arendt (tradução nossa):

Eichmann, isso será lembrado, **insistiu firmemente que ele era culpado apenas de “auxiliar e instigar”** a perpetração dos crimes que lhe foram imputados, que ele próprio nunca havia cometido um ato evidente. O julgamento, para seu grande alívio, de certa forma reconheceu que a acusação não conseguira provar que ele estava errado nesse ponto. Por isso, era um ponto importante; ele fez aflorar a real essência desse crime, o qual não era um crime comum, e a efetiva natureza desse criminoso, o qual não era um criminoso comum; em consequência, também se tomou conhecimento do estranho fato de que, nos campos de concentração, eram os próprios detentos e as vítimas que manejavam ‘o instrumento fatal com [suas] próprias mãos’. O que o julgamento teve a dizer sobre esse ponto estava mais que correto, era a verdade: ‘Expressando suas atividades nos termos da Seção 23 do nosso Código Criminal, deveríamos dizer que essas pessoas exerceram principalmente o papel de solicitar mediante conselhos ou recomendações a outras, e o de permitir ou auxiliar o ato [criminal]. **Mas ‘em tal crime enorme e complicado, com o qual estamos lidando agora, no qual muitas pessoas participaram, em vários níveis e segundo diversas formas de participação – os planejadores, os organizadores e os executores, obedecendo a variados escalões – não há mais muito sentido em utilizar os conceitos ordinários de aconselhar ou solicitar que se cometa um crime.** Para esses crimes cometidos em massa, não só em relação ao número de vítimas, mas também em relação ao número de pessoas que os perpetraram, e a distância que qualquer um dos muitos criminosos ocupava, perto ou distante, do real assassino da vítima não significa nada, no que diz respeito à medida de sua responsabilidade. **Pelo contrário, em geral, o grau de responsabilidade aumenta à medida que o agente se distancia do homem que manuseia o instrumento fatal com suas próprias mãos.**⁸⁰ (grifou-se)

⁸⁰ ARENDT, Hannah. **Eichmann in Jerusalem** – A report on the banality of evil. New York: The Viking Press, 1964, p. 115. Texto original:

“Eichmann, it will be remembered, had steadfastly insisted that he was guilty only of ‘aiding and abetting’ in the commission of the crimes with which he was charged, that he himself had never committed an overt act. The judgment, to one’s great relief, in a way recognized that the prosecution had not succeeded in proving him wrong on this point. For it was an important point; it touched upon the very essence of this crime, which was no ordinary crime, and the very nature of this criminal, who was no common criminal; by implication, it also took cognizance of the weird fact that in the death camps it was usually the inmates and the victims who had actually wielded ‘the fatal instrument with [their] own hands.’ What the judgment had to say on this point was more than correct, it was the truth: ‘Expressing his activities in terms of Section 23 of our Criminal Code Ordinance, we should say that they were mainly those of a person soliciting by giving counsel or advice to others and of one who enabled or aided others in [the criminal] act.’ But ‘in such an enormous and complicated crime as the one we are now considering, wherein many people participated, on various levels and in various modes of activity - the planners, the organizers, and those executing the deeds, according to their various ranks - there is not much point in using the ordinary concepts of counseling and soliciting to commit a crime. For these crimes were committed en masse, not only in regard to the number of victims, but also in regard to the numbers of those who perpetrated the crime, and the extent to which any one of the many criminals was close to or remote from the actual killer of the victim means nothing, as far as the measure of his responsibility is concerned. On the

Nessa toada, restou consignado que não caberia aplicar ao caso em questão os mesmos conceitos aos quais doutrina e jurisprudência penalistas já estavam habituadas. Poder-se-ia tentar solucioná-lo de forma simplista, mediante a aplicação da teoria subjetiva: o mandante seria autor porque tinha “vontade de autor”. Entretanto, tratar-se-ia de uma solução apenas aparente, tendo em vista as limitações de que padece a teoria subjetiva, já elucidadas em tópico *supra*.

É forçoso reconhecer que, quando o homem de trás dispõe de um aparato organizado de poder para realizar prontamente seus comandos criminosos, não existe entre a vontade daquele que dá a ordem e o acontecer típico qualquer vontade jurídica relevante, isto é, o chefe da organização não “deixa a critério” do executor direto a realização da conduta. Por conseguinte, a utilização de estruturas organizadas de poder, organizadas sob hierarquia e disciplina tais que as ordens dos estamentos superiores sejam cumpridas sem questionamentos, dará ensejo, inevitavelmente, à responsabilização dos que emitiram a ordem a título de autores mediatos.

Em linhas gerais, a doutrina concebia a autoria mediata como espécie de autoria derivada de coação ou de erro. Embora houvesse uma infinidade de casos concretos peculiares passíveis de serem levados em consideração, o tratamento dispensado às hipóteses envolvendo autoria mediata evocava, basicamente, uma dessas duas soluções: ou o autor mediato priva o executor da liberdade de escolha (coação), ou, de alguma forma, conhece mais sobre o fato do que o próprio executor, em relação ao qual goza de relativa supradeterminação (erro). Seja como for, a vontade do agente direto é, quase sempre, juridicamente irrelevante, porquanto sobrepujada por outra vontade que se encontra mais próxima do centro do acontecer típico.

No caso em liça, entretanto, embora já se tenha demonstrado a configuração de autoria mediata por parte dos comandantes da estrutura criminosa, não lhe cabe creditar a categoria de autoria mediata em virtude de coação nem de erro. Ao se averiguar a realidade dos aparatos organizados de poder nos processos de Nuremberg⁸¹, não se constatou a existência de qualquer grave ou injusta ameaça àquele que, por acaso, se recusasse a cumprir uma ordem. No máximo, suportaria uma observação desabonadora em seus registros funcionais ou não lograria uma promoção na carreira, mas nunca, por exemplo, um agente seria “fuzilado por ter se recusado a fuzilar”. Excluída, portanto, a possibilidade de coação.

contrary, in general the degree of responsibility increases as we draw further away from the man who uses the fatal instrument with his own hands.”

⁸¹ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 271.

Também não se concebe que qualquer pessoa, ao ceifar a vida de pessoas inocentes, não compreenda o caráter ilícito de sua conduta, ao menos no que tange ao aspecto material. E é exatamente na compreensão do injusto material que repousa o domínio do fato de segundo grau, conforme mencionado *supra*. Em se tratando de uma hipótese de autoria mediata tradicional, o erro sobre o injusto formal em que incorresse o agente direto conferiria ao homem de trás o status de mero partícipe.

Admitida a premissa de que casos como o de Eichmann se reportam à autoria mediata e excluídas as duas espécies então conhecidas de domínio da vontade, impende determinar sobre que bases teóricas se admitiria a existência de uma terceira espécie. Nas palavras de Roxin:

Se se parar para pensar, por exemplo, como é possível orientar um evento conduzido por outrem sem intervir diretamente, seriam concebíveis, em minha opinião, apenas três formas: o agente pode ser forçado; pode utilizar-se dele como fator causal cego na circunstância decisiva para autoria, ou **o executor tem que ser, se não for coagido ou enganado, fungível à vontade.**⁸² (grifou-se)

Nesses termos, a fungibilidade da vontade do executor direto constitui o corolário da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder, cujos membros certamente cumprirão quaisquer ordens exaradas pelas instâncias superiores. Caso um dos membros porventura não o faça, outro irá fazê-lo em seu lugar. Não raro, o homem de trás sequer conhece seus subordinados individualmente: apenas sabe que suas ordens serão cumpridas a qualquer custo, por este ou aquele membro.

Antiteticamente, o argumento da fungibilidade foi empregado pela defesa de Eichmann, com o fito de ilidir-lhe a responsabilidade. Alegou-se que, tivesse referido membro da SS se recusado a transmitir as ordens, outro membro da organização o substituiria, de modo que não faria diferença alguma no destino de suas vítimas. Residiria nesse particular, portanto, a diferença entre os crimes individuais e os coletivos: no caso destes últimos, não se cuidaria da obra de pessoas individualmente consideradas, visto que o Estado seria o próprio autor.

Entrementes, as alegativas da defesa serviriam para evidenciar, mais ainda, as circunstâncias que ensejam a própria autoria mediata no seio das referidas organizações: emissão de ordens a partir de uma posição de comando dentro de aparatos verticalmente

⁸² ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 271. Texto original:

“Si uno se para a reflexionar, por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro sin intervenir directamente, cabe pensar, a mi juicio, únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizarse como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionado ni engañado, cambiabile a voluntad.”

organizados, de funcionamento automático, cujo cumprimento será delegado a executores fungíveis. De fato, um indivíduo não deixaria de ser autor de um delito pelo fato de que, não o havendo cometido ele próprio, outro o teria feito. Tal ilação desembocaria, inevitavelmente, na discussão acerca da natureza do nexa causal e das teorias que se prestam a elucidá-lo. Para efeitos do presente estudo, basta consignar que Roxin se opõe à argumentação da defesa de Eichmann, baseada na aplicação de um curso causal hipotético, visto que ela não exclui a relação de causalidade entre a conduta e o resultado nem, por conseguinte, a responsabilidade do agente.

Como decorrência do próprio modo como tais organizações funcionam, ocorreria em seu bojo o inverso do que se dá nos crimes individuais, em que, quanto mais distante se encontra o indivíduo em relação à execução direta, mais relegado estará à zona periférica do acontecimento e, portanto, maior a probabilidade de não possuir o domínio do fato. Conforme ressaltado na decisão do Tribunal de Jerusalém, em referidos aparatos, quanto mais distante estiver o agente em relação ao fato em si, maior a responsabilidade acumulada, visto que cresce o poder de mando.

Imperioso ressaltar que, no caso em epígrafe, vários membros da organização não atuarão nem no início nem no final do fato, ocupando posições intermediárias que podem cumular atribuições de mandante e de executor. Significa dizer que, determinando a conduta do autor direto, pode haver uma cadeia de “autores detrás do autor”, todos plenamente responsáveis, cada um desempenhando gradualmente as tarefas de sua incumbência.

Ressalte-se que este caso de autoria mediata destoa das hipóteses anteriormente apontadas, porquanto atribui responsabilidade tanto ao autor mediato quanto ao executor direto, a favor do qual não milita qualquer circunstância que o isente de pena. Enquanto aquele detém o domínio da vontade, pelos motivos expostos, este possui o domínio da ação, executando-a livremente. Logo, ambos detêm o domínio do fato, ou seja, ocupam posição central no acontecimento, razão pela qual Zaffaroni e Pierangeli a definem como “autoria mediata especial”.⁸³ Ninguém melhor que o próprio Roxin para sintetizar os fatos até então expostos:

Nesse terceiro grupo de casos, que é o que aqui nos interessa, não falta, pois, nem a liberdade nem a responsabilidade do executor direto, que deve responder como autor culpável e de própria mão. Entretanto, essas circunstâncias são irrelevantes para o domínio por parte do sujeito de trás, porque desde sua torre de comando o agente não se apresenta como pessoa individual livre e responsável, mas como figura anônima e substituível. O executor, se não pode ser retirado do domínio da ação, sem embargo é, ao mesmo tempo, uma engrenagem – substituível a qualquer

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Op cit.*, p. 608.

momento – no aparato de poder, e esta dupla perspectiva impulsiona o sujeito de trás, junto com ele, ao centro do acontecer.⁸⁴

Outra característica essencial é a de que a modalidade de autoria mediata em tela somente pode ter lugar em situações muito específicas, divorciadas da legalidade, para que não possam pairar dúvidas acerca do cumprimento das determinações das instâncias superiores pelas inferiores, ainda que manifestamente ilegais. Tais grupos apartados da ordem jurídica, nos dizeres de Luís Greco e Alaor Leite, “[...] conferem ao superior que emite ordens o domínio sobre a atuação concreta e responsável dos executores de suas ordens”⁸⁵.

O exemplo mais emblemático de terrenos férteis ao surgimento dessa categoria de estruturas organizadas de poder são os Estados totalitários. Nesses casos, a ruptura com os direitos e garantias fundamentais defere às referidas estruturas a chancela do próprio poder estatal para a consecução de seus fins, quaisquer que sejam. Não é necessário que inexista qualquer ordem jurídica interna para a configuração desses aparatos no seio do Estado; basta que o direito existente não tenha o condão de controlar os atos emanados do poder central.

Também há que se considerar a existência dessas estruturas organizadas para além do poder político oficial, como acontece, por exemplo, com organizações terroristas ou máfias. Não se trata de meras aglomerações de cinco ou dez indivíduos com o propósito de cometer crimes, pois tais pessoas se reuniram baseadas nas características intrínsecas a cada uma delas, ou mesmo na afinidade que compartilham entre si. É preciso, *in casu*, que haja organização rígida, vertical, com fungibilidade de membros e, principalmente, cujos fins vulnerarem a legislação penal positiva. Nas palavras de Roxin, deve constituir um verdadeiro “Estado dentro do Estado”.⁸⁶

Digno de nota é observar que, caso não se trate de Estados totalitários ou grupos dissociados do direito, a ordem emitida pelo superior somente poderá responsabilizá-lo a título de instigação, nunca de autor mediato. Isso porque o domínio da vontade do executor direto não reside aqui na simples autoridade de um indivíduo sobre o outro, mas, sobretudo, em seu caráter clandestino. Caso se trate de um ambiente que deve respeitar a legalidade, a

⁸⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 273. Texto original:

“En este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje – sustituible en cualquier momento – en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer.”

⁸⁵ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁸⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 278.

exemplo de uma empresa, o cumprimento de uma ordem manifestamente ilegal é antes uma iniciativa particular (decisão pessoal de descumprir a norma jurídica) do que consequência do funcionamento do aparato de poder. Sendo a atuação particular, não há falar em fungibilidade de membros, de modo que resta completamente descaracterizada a hipótese de domínio da vontade recém-exposta.

Como um quarto requisito, acrescido *a posteriori* por Roxin, com influência nos estudos de Schroeder e de Heinrich, desponta “a disponibilidade consideravelmente elevada do executor ao fato”.⁸⁷ Tal seria um elemento que, associado à fungibilidade dos executores, ajudaria a conferir grande probabilidade de cumprimento das ordens emanadas dos escalões superiores e, dessa forma, justificar o domínio do fato pelos homens de trás. Os executores diretos pertencentes a estas organizações estariam “mais preparados para o fato” que eventuais criminosos que atuem fora delas, seja por empenho excessivo em cumprir as ordens, seja pela crença de que “se eu não fizer, outro o fará”, seja pelo receio de perder o posto, seja pela fundada crença de impunidade, visto que sua conduta foi determinada pelos “homens de cima”.

3.4 Domínio funcional do fato

Provavelmente o segmento mais conhecido da teoria do domínio do fato, ou ao menos o mais difundido entre os manuais de direito penal, a ideia de domínio funcional do fato vem a colmatar o abismo existente entre o domínio da ação, relativo ao fazer exterior, e o domínio da vontade, o qual aponta uma relação puramente psíquica entre o autor mediato e o executor direto. Roxin⁸⁸ obtempera que, entre tais espécies de autoria, existe um amplo espaço de atividade delitativa, compreendida pelos casos em que podem ser considerados autores mesmo os agentes que não detenham nem esta nem aquela modalidade de domínio.

À guisa de esclarecimento, cabe apontar que o termo “domínio funcional do fato” não se aplica tão somente em virtude da orientação dogmática de seu autor, voltada para o funcionalismo, em contraposição ao “domínio final do fato” suscitado por Welzel. O termo “funcional” faz alusão à divisão de funções dentro do plano global do acontecimento, de modo que a cada indivíduo incumbe uma atividade específica. O fato de ser essa atividade essencial ou não, dentre outros fatores, determinará se o interveniente dela encarregado deve

⁸⁷ ROXIN, Claus. **El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata**. Tradução de Justa Gómez Navajas. Revista Penal, n. 18, 2006, p. 242-248.

⁸⁸ ROXIN, Claus, *Op cit.*, p. 305.

ser responsabilizado a título de partícipe ou de autor.⁸⁹ Demais, disso, o termo “domínio final do fato” sugere que a finalidade é algo intrínseco ao domínio do fato, quando, na verdade, tanto o autor quanto o partícipe agem finalisticamente.⁹⁰

Em outras palavras, o domínio funcional do fato se presta a justificar a imputação recíproca pelos agentes em concurso, de modo que, embora cada um tenha desempenhado apenas uma função específica para a concretização do delito, poderão todos ser responsáveis pelo fato em sua inteireza. Eis o fundamento legitimador da coautoria.

Feitas tais observações, proceda-se à clarificação do conteúdo semântico albergado pela expressão “domínio funcional do fato”. No início de sua análise, Roxin avalia a compatibilidade entre o domínio funcional do fato e a coautoria, em razão de críticas que sustentavam a impossibilidade de um agente ter o domínio global do fato, sendo aceitável apenas que ele tenha domínio sobre a parte que lhe cabe. De fato, a autoria (unitária ou conjunta) pressupõe controle sobre o fato global, em sua totalidade. Como poderia, então, um sujeito ser considerado autor de um delito no qual a conduta típica houvera sido levada a cabo por outrem? E, ainda, como afirmar que esse sujeito tem o domínio global do fato se apenas contribuiu com parte dele?

Em tempos de reiterada aplicação da teoria objetivo-formal, ou mesmo da teoria subjetiva, pelo BGH, causava espécie que uma teoria emergente pudesse responder referidos questionamentos. Roxin procurou respondê-los a partir da ideia de domínio funcional do fato, construção teórica que, longe de consistir em uma fórmula fixa, consagrou-se como um conceito aberto, de modo a resolver uma infinidade de situações concretas levadas à cognição judicial. Para determinar o real alcance da expressão em epígrafe, Roxin⁹¹ divide a análise em dois grandes grupos de casos: a contribuição na fase executória e a contribuição na fase preparatória, sobre a qual se discorrerá a seguir.

3.4.1 Da contribuição na fase executória

A cooperação na fase executória pode se dar sob as mais variadas graduações em termos de importância: desde aquele que segura a vítima enquanto outro lhe desfere punhaladas, até aquele que comanda operações criminosas por telefone, ou mesmo aquele que apenas exerce influência psíquica sobre o executor direto no momento da consumação do

⁸⁹ *Idem*, p. 310.

⁹⁰ ROXIN, Claus Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55-75.

⁹¹ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 305.

delito. O primeiro critério a balizar a ocorrência do domínio funcional do fato consiste em estabelecer quais dessas condutas dão ensejo à participação e quais dão ensejo à efetiva autoria.

Com relação ao concurso de agentes na fase executória, a determinação da autoria passa, necessariamente, por uma divisão de tarefas, interdependentes entre si, que levarão à concretização do fato criminoso. Nesses termos, possui o domínio funcional do fato aquele(s) cuja(s) conduta(s) configura(m)-se indispensável(is) para a realização do resultado pretendido⁹². Em outras palavras, a atuação do autor seria de importância essencial à obtenção do resultado: caso não seja executada ou o seja de modo a fracassar, comprometerá o êxito da atividade delitiva como um todo. Não é necessário que o agente execute diretamente algum fato típico (tal como exigiria a teoria objetivo-formal), nem que esteja presente no lugar do fato. Bastaria, para tanto, que o interveniente desempenhasse uma função de importância essencial, de modo a ser impulsionado para a “posição central do acontecimento da ação”.⁹³

A *contrario sensu*, excluem-se as participações de menor monta, que se acomodariam melhor sob a taxonomia de instigação e de cumplicidade, as quais, segundo Zaffaroni e Pierangeli⁹⁴, são acessórias em relação a um injusto alheio⁹⁵. Poder-se-ia, nesse particular, citar como exemplo aquele que empresta roupas refinadas a um ladrão de objetos de arte, a fim de que este possa infiltrar-se no museu e subtrair uma obra preciosa constante do acervo. Apesar de ter havido participação importante daquele que efetua o empréstimo, o executor levou a cabo seu intento criminoso livremente e sozinho.

Outro exemplo seria o caso do assalto a uma agência bancária no qual um agente intimida os empregados com uma arma para que não reajam ou acionem as autoridades policiais, ao passo em que seu comparsa efetua o roubo do dinheiro propriamente dito. Trata-se de coautoria no crime de roubo, pois a ação de um está intrinsecamente relacionada à do outro ou, como prefere Roxin, “(...) cada uno tiene el hecho em sus manos”.⁹⁶

Rebatendo a críticas de que tal não se tratava de domínio global do fato, mas puramente de domínio parcial, pois cada agente só controla o papel que lhe foi incumbido, Roxin assevera que cada indivíduo domina o acontecimento global em cooperação com os demais. Cada um possui o domínio completo do fato, de modo que só poderiam atuar

⁹² ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 310.

⁹³ *Idem*, p. 309.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 610.

⁹⁵ Jakobs critica a expressão “injusto alheio”, pois o comportamento executivo representa o injusto de todos e cada um dos partícipes (*Derecho Penal, Parte General – fundamentos e teoría de la imputación*. Madrid, Marcial Pons, 1995).

⁹⁶ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 309.

conjuntamente, pois o destino da ação estaria, ao mesmo tempo, nas mãos de cada um dos agentes unidos subjetivamente. Ilustrativamente, Roxin⁹⁷ propõe a analogia com um reino governado por dois senhores, os quais só podem tomar decisões válidas se contar com o aval do companheiro: caso um deles se recuse a anuir com a proposta do outro, ela não poderá ser implementada e fracassará.

Segundo o entendimento de Batista, a noção de domínio do fato funcional é esclarecida da seguinte forma:

Só pode interessar como co-autor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação, (instigação ou cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio 'integral' do fato, do qual tocara a cada co-autor certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o co-autor tem reais interferências sobre o 'Se' e o seu 'Como'; apenas, face à operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso. Pode-se, entretanto, afirmar com Roxin que cada co-autor tem a sorte do fato total em suas mãos, 'através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato.'⁹⁸

Como segundo critério indispensável à configuração do domínio do fato funcional, Roxin⁹⁹ elenca o “acordo de vontades dos intervenientes a respeito da execução do fato e da realização de suas consequências”, com a ressalva de que tal requisito já era, de maneira geral, exigida pela jurisprudência alemã. De fato, o liame subjetivo entre os agentes já constitui, tradicionalmente, elemento essencial da própria coautoria.

Entretanto, cumpre esclarecer o real alcance da exigência de decisão conjunta do fato. Um agente jamais poderá ser coautor de um delito se não compreender a relação de interdependência entre sua conduta e a dos demais autores. Se na base da coautoria repousa uma divisão de funções entrelaçadas entre si, os agentes devem, necessariamente, estar de acordo para agir conjuntamente. Observe-se que, além de possuir o domínio do fato global de forma objetiva (sendo responsável por uma tarefa de importância essencial), o agente deverá participar da decisão conjunta em relação ao acontecer típico.

Entendimentos diferentes conduziram a resultados equivocados, mesmo entre outros subscritores da teoria do domínio do fato. Roxin pontua o exemplo de Welzel¹⁰⁰, para quem eventual deficiência na cooperação objetiva pode ser compensada por uma maior

⁹⁷ *Idem, loc. cit.*

⁹⁸ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979, p. 101-102.

⁹⁹ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 316.

¹⁰⁰ *Idem, loc. cit.*

influência na decisão comum do delito, e de Gallas¹⁰¹, o qual, de maneira semelhante, sustenta que a cumplicidade psíquica, aliada ao mero domínio parcial do fato, tem o condão de conferir ao agente o domínio global do fato. Essas ponderações refletiam indiscutível proximidade com as teorias subjetivas da autoria, na medida em que condicionavam o domínio global do fato a aspectos psíquicos, demasiadamente casuísticos e difíceis de precisar.

É claro que a solução exposta por Roxin também não está imune a críticas, tampouco é capaz de prever abstratamente as respostas para todos os questionamentos que se propõe a perscrutar. Conforme comentário exposto *supra*, o “domínio do fato” é um conceito aberto, não tendo o condão de fixar com precisão regras abstratas às quais se possa subsumir qualquer caso concreto. Por exemplo, Roxin não especifica o significado da locução “importância essencial” (ao determinar que a conduta de autor deve ter “importância essencial” para o fato)¹⁰², a qual constituiria um princípio regulativo típico dos conceitos abertos, a ser precisada pelo órgão jurisdicional conforme sua convicção perante o caso concreto.

Contudo, não menos certo é que a abordagem do domínio funcional do fato estabelece diretrizes materiais com um grau razoável de concretude, as quais se prestam a balizar o raciocínio do órgão jurisdicional, diminuindo o espectro de decisões possíveis e – por que não dizer – conflitantes entre si. Assim, em vez de decidir se a vontade que norteou cada conduta correspondia, de fato, à vontade comum ou, ainda, se a cumplicidade psíquica conferiu ou não ao interveniente domínio global sobre o fato, ao juiz caberá aferir se determinada conduta, num contexto fático de divisão de tarefas, era ou não essencial ao acontecer típico.

3.4.2 Da contribuição na fase preparatória

Segundo Roxin, apenas se pode falar em domínio do fato funcional para aquele que coopera na fase propriamente executória do delito (muito embora, conforme já afirmado, não seja necessária a prática da ação tipificada pelo legislador). Aqueles cujo aporte se deu unicamente no planejamento do delito não podem ser reputados coautores, por mais que estejam de acordo com o resultado ou com ele simpatizem.

¹⁰¹ *Idem*, p. 308.

¹⁰² ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 314.

Em primeiro lugar, a cooperação em simples sede de atos preparatórios afasta sobremaneira o interveniente em relação ao centro do acontecer típico, ou seja, da execução do tipo penal tal como o legislador o convencionou. Em segundo lugar, aquele que somente fornece um aporte à organização ou planificação do ilícito, na medida em que não domina a vontade dos executores (tal como aconteceria nas hipóteses de autoria mediata), deverá deixar ao seu talante a concretização do fato. Como os verdadeiros executores atuam livremente, o acontecimento depende de sua iniciativa e de suas próprias decisões¹⁰³. Irrelevante, nesta toada, que haja subordinação hierárquica em relação a um eventual chefe de quadrilha. A esse respeito, roga-se a vênia de transcrever a lição de Roxin (tradução nossa):

A influência daquele que não toma parte na execução do plano somente pode surtir efeito sobre a psique do outro. Mas se aquele que prepara não domina este outro, mas que, pelo contrário, o executor opera livremente e responsavelmente, aquele que não está presente tampouco pode dirigir o curso do fato, estando a expensas do arbítrio do agente.¹⁰⁴

Nesse particular, Roxin toma de empréstimo exemplo idealizado por Bockelmann¹⁰⁵, chegando, entretanto, a uma conclusão diversa à daquele. A hipótese é a seguinte: um empregado de banco e um assaltante profissional compartilham um plano de saque à agência na qual aquele desempenha suas funções. Ao empregado do banco incumbiria informar ao ladrão quando o caixa estaria desguarnecido de seguranças, para que, então, este procedesse à execução do plano. Segundo o autor da obra em análise, uma vez tendo o empregado do banco repassado a informação ao assaltante, estaria ele “eliminado do jogo”, e, a partir de então, o desenrolar dos fatos caberia unicamente à vontade do executor propriamente dito. Não haveria falar, portanto, em coautoria no caso em liça.

Assim, só podem ser elencados como autores aqueles que contribuem com a ação típica ou em relação imediata com esta. O autor não formula um conceito fixo para tal “relação imediata”, apenas aduzindo que consiste na proximidade imediata em sentido mensurável, deixando amplo espaço para o órgão jurisdicional deliberar acerca da existência ou não de relação imediata com a conduta criminosa. Para determinar se o aporte deu-se na fase preparatória ou executória, Roxin propõe que se estabeleça um paralelo com a distinção

¹⁰³ *Idem*, p. 325-326.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 327. Texto original: “La influencia de aquel que no toma parte en la ejecución del plano sólo puede surtir efecto sobre la psique del otro. Pero si el que prepara no domina a este otro, sino que por el contrario el executor obra libre y responsablemente, aquel que no está presente tampoco puede dirigir el curso del hecho, estando a expensas del albedrío del agente.”

¹⁰⁵ *Idem*, p. 326.

entre atos preparatórios e tentativa: se a conduta alvo de dúvida já se revestisse ao menos do caráter de tentativa, então, provavelmente, houve contribuição na fase executória do delito.¹⁰⁶

Conclusão diversa é a sustentada por Welzel¹⁰⁷, também subscritor da teoria do domínio do fato, para quem a contribuição apenas nos atos preparatórios também poderia ensejar autoria. Para o pai do finalismo, tal poderia ocorrer caso a “vontade de autor” do agente que se limita à preparação tivesse influência objetiva no fato, ou seja, quando os responsáveis por sua execução fossem conduzidos pela decisão do fato adotada de comum acordo. Tal decisão comum adquiriria, destarte, “transcendência objetiva”. Para Roxin¹⁰⁸, no entanto, a distinção proposta por Welzel não merece prosperar, porquanto alguém só poderia ser responsabilizado pelos seus próprios atos, e não pela influência que tenha ou não efetivamente exercido sobre a conduta de outrem. Ademais, tornar-se-ia inviável, à vista do caso concreto, determinar se o executor agiu ou não impelido pela “vontade comum”.

Ao dissertar sobre a natureza jurídica da contribuição dos chefes de bando em relação aos crimes cometidos por seus subordinados no interesse da organização criminosa, nos quais não tenha havido sua participação direta nos atos executórios, aduz o jurista alemão que, caso presentes os requisitos concernentes ao “domínio da vontade”, os chefes deverão responder na qualidade de autores mediatos. Podem, ainda, ser coautores, quando comandarem a execução do delito, ainda que de longe. De outro giro, na hipótese de não estarem presentes tais requisitos, poderão tais líderes somente serem reputados partícipes (via de regra, instigadores), porquanto não se admite a existência do “domínio funcional do fato” caso não haja contribuição na fase executiva. A esse respeito, preconiza claramente:

O chefe de uma quadrilha pode ser autor mediato. Tal caso ocorre quando presentes os requisitos [...] do domínio da organização. Além disso, pode haver um domínio coercitivo, se o chefe do bando tem tanto controle sobre cada um de seus homens se estes se considerassem mortos se não lhe obedecessem. Por fim, o cabeça é coautor quando dirige a execução dos crimes (mesmo que de longe). Mas, além desses grupos de casos tratados em outros lugares, que abarcam uma parte considerável dos casos em questão, **não pode ser estimada autoria em virtude da mera posição como líder da quadrilha.**¹⁰⁹ (grifou-se)

¹⁰⁶ *Idem*, p. 335-336.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 326.

¹⁰⁸ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 326-329.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 330. Texto original:

“El jefe de una banda puede ser autor *mediato*. Tal caso concurre cuando cabe afirmar que están presentes los requisitos [...] del dominio de la organización. Por otra parte, puede existir un dominio coactivo si el jefe tiene tan en sus manos a cada uno de sus hombres que éstos se jugarían el cuello si no le obedecieran. Finalmente, el cabecilla es *coautor* cuando dirige o cubre la ejecución de los delitos (aunque sea desde lejos). Pero más allá de estos grupos de casos tratados en otros lugares, que abarcam una parte considerable de los casos aquí en cuestión, no se puede estimar autoría en virtud de la mera posición como jefe de la banda.”

Impende ressaltar que, à primeira vista, pode causar certa estranheza negar-se a autoria dos chefes de quadrilha, talvez porque eles sejam mais merecedores de pena, ou mesmo porque seja mais reprovável coordenar vários crimes a cometê-los. Contudo, tais considerações, assentadas no âmbito da culpabilidade, não se prestam a caracterizar a delimitação entre autoria e participação, a qual se situa no injusto penal. Demais disso, não se deve olvidar que a pena aplicada ao partícipe instigador é, em regra, a mesma destinada ao autor (a teor do que dispõe o § 26 do Código Penal alemão; o Código Penal brasileiro, como já mencionado, sequer faz distinção entre ambas as categorias).

3.5 A sistemática da autoria nos delitos de dever

Segundo Claus Roxin¹¹⁰, a autoria nos delitos de dever afasta completamente a ideia reitora de domínio do fato, a qual se aplicaria apenas aos delitos de domínio. Nestes últimos, a autoria é derivada do efetivo grau de participação do agente para a consecução da empreitada criminosa, ao passo que, nos primeiros, a autoria origina-se, sobretudo, da quebra de um dever.

Esse dever não se confundiria com aquele que exsurge da própria norma penal, cujo desrespeito dá ensejo à sanção prevista no tipo: tal dever existe em todos os delitos e aplica-se indistintamente tanto a autores como a partícipes. O dever a que alude Roxin¹¹¹ seria de natureza anterior à norma penal, não se estendendo a todos os intervenientes, porém necessário para a realização do tipo. Geralmente, seria oriundo de outros ramos do direito, como o dever de probidade dos funcionários públicos, o dever de sigilo dos médicos e advogados e o dever de boa-fé dos administradores de patrimônio alheio.

Conforme mencionado, o autor alemão adota um conceito restritivo de autoria, ou seja, do tipo penal devem-se extrair os requisitos de autoria, e a responsabilidade dos partícipes adviria de normas de extensão. Desse modo, se o tipo penal elenca uma condição específica para o sujeito ativo, tal condição deverá necessariamente estar presente nos autores, sendo despicienda para os partícipes.

Destarte, será autor do tipo de crimes aqui considerado todo *intraneus* que com ele contribua, vulnerando o dever jurídico que lhe foi confiado, ainda que não detenha tecnicamente o domínio do fato. Vale constatar o modo como Roxin de pronuncia sobre o

¹¹⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 386-390.

¹¹¹ *Idem*, p. 387.

assunto, citando como exemplo o crime de administração desleal, previsto no § 266 do Código Penal alemão (tradução nossa):

Aqui não se dá uma dependência funcional no sentido da teoria do domínio do fato. Não obstante, ambos têm que ser autores de administração desleal, pois também aquele que se limita a auxiliar infringe o “dever de salvaguardar interesses patrimoniais alheios” que lhe incumbe, infligindo “assim um prejuízo àquele por cujos interesses tinha que velar”. Sendo esta a circunstância que o faz avançar ao centro da realização do delito, não se compreende por que também vai ser necessário para ele o domínio do fato. A administração desleal não experimenta mudança significativa alguma pela falta de caráter comum da execução externa da ação, pois o sentido da ação, a coloração pessoal da conduta de cooperar, na qual se baseia a distinção das formas de participação, resulta unicamente da vulneração do vínculo da lealdade.¹¹²

De outro giro, a atuação de um *extraneus* que possua o domínio do fato (caso se adotasse a perspectiva da autoria nos delitos de domínio), em um crime de infração de dever, somente poderá ser classificada a título de participação. É que o fundamento da sanção representa especial reproche não simplesmente à conduta socialmente danosa, externamente considerada, mas à violação de um dever de cuidado, de conservação ou de confiança.

3.5.1 Os crimes omissivos como delitos de infração de dever

Roxin também inclui os crimes omissivos sob a taxonomia de delitos de infração de dever, afastando-lhes, por conseguinte, a ideia reitora central de domínio do fato para diferenciar autores de partícipes. O jurista alemão parte de uma concepção geral análoga à que o direito brasileiro entende por omissão imprópria, ponderando que “[...] no todo aquel que omite viene en consideración como autor, sino exclusivamente **aquele al que incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo**”.¹¹³ (grifou-se). Ademais, pressupõe que para todo delito omissivo existe um delito comissivo correspondente, o que aprofunda a semelhança com a modalidade brasileira mencionada.

Segundo Roxin, tais delitos comissivos que correspondem aos omissivos podem tratar-se tanto de delitos de domínio (ou seja, submetidos ao conceito geral de autor) como de

¹¹² *Idem*, p. 389. Texto original:

“Aquí no se da una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio del hecho. No obstante, ambos tienen que ser autores de administración desleal, pues también el que se limita a auxiliar infringe el “deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos” que le incumbe, infligiéndole “así un perjuicio a aquel por cuyos intereses tenía que velar”. Siendo ésta la circunstancia que le hace avanzar al centro de la realización del delito, no se comprende por qué va a ser necesario además para ello el dominio del hecho. La administración desleal no experimenta cambio cualitativo alguno por la falta de carácter común de la ejecución externa de la acción, pues el sentido de la acción, la coloración personal de la conducta de cooperar, en la que se basa la distinción de las formas de participación, resulta únicamente de la vulneración del vínculo de lealtad.”

¹¹³ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 498.

delitos de dever. No primeiro caso, o bem jurídico pode ser violado tanto por uma ação, cujo autor pode ser qualquer pessoa comum, quanto por uma omissão, esta proveniente apenas de sujeitos ativos comprometidos com um dever. No segundo caso, tanto ação quanto omissão só poderiam ensejar a autoria de um *intransiens*, que agiria mediante o quebrantamento de um dever. Esse dever que obrigaria os autores de delitos comissivos por omissão, em ambos os casos, teria a mesma índole descrita linhas acima para os delitos de dever, isto é, seriam de ordem jurídico-civil, pública e consuetudinária, cujo desrespeito implicaria reprimenda penal.

Nas hipóteses em que tanto o crime omissivo quanto o comissivo correspondente são delitos de dever, Roxin assevera que ambas as condutas (ação e omissão) podem ser subsumidas ao mesmo enunciado típico. Aplicando-se tal premissa ao diploma penal brasileiro, à guisa de exemplo, poder-se-ia afirmar: no crime capitulado no art. 318 do Código Penal (facilitação de contrabando ou descaminho), é possível infringir o dever de fiscalização tanto por uma ação (por exemplo, ajudando a encobrir a entrada de mercadoria proibida) quanto por uma omissão (por exemplo, deixando de fiscalizar o desembarço alfandegário no horário que estivesse sob sua responsabilidade). Não haveria, portanto, qualquer diferença estrutural, sob a ótica da participação *lato sensu*, entre um “fazer” e um “omitir” nos delitos originariamente de dever, razão pela qual poderiam ambos ser albergados pelo mesmo enunciado típico¹¹⁴. (Calha registrar que o aludido postulado somente não se aplica aos supostos de dever ditos “personalíssimos” ou “delitos de mão própria inautênticos”, não sendo o presente trabalho, porém, a oportunidade adequada para detalhar o porquê da exceção).

A problemática que desponta na vertente situação é a de que, quando o crime comissivo correspondente ao comissivo por omissão se reporta a um crime comum (ou “de domínio”, nas palavras de Roxin), em geral a modalidade omissiva não dispõe de tipo penal próprio. Conforme é muito bem ilustrado por Zaffaroni e Pierangeli, “[...] os tipos de omissão imprópria são tipos gerados a partir de uma conversão do enunciado de uma norma proibitiva (‘não matarás’) em uma norma preceptiva (‘respeitarás a vida de teu próximo’)”.¹¹⁵ Fácil é perceber que a carga semântica da norma proibitiva é notoriamente elástica quando de sua conversão em preceptiva, em parte, devido a deficiências da linguagem. Seria preciso um mecanismo para refrear esse aumento empírico de significação, sob pena de malferimento do princípio do *nulla poena sine praevia lege*.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 522.

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 485.

Roxin propõe, *de lege ferenda*, a criação de tipos incriminadores autônomos para a ação e para a omissão imprópria, visto que os delitos de domínio, em função de terem sido perpetrados mediante uma ação ou uma omissão, têm autores e partícipes discriminados segundo sistemáticas totalmente distintas (a da teoria do domínio do fato para a conduta comissiva – crimes comuns - e a dos delitos de infração de dever para a conduta omissiva – crimes próprios).

No Brasil, também ocorreu o reconhecimento de que os crimes comissivos por omissão pressuporiam a infração a um dever extrapenal. Nesse sentido, reduziu-se o possível círculo de sujeitos ativos, erigidos à categoria de garantidores por intermédio do art. 13, § 2º do Código Penal. *In verbis*:

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.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Desse modo, para que uma omissão seja equivalente a uma ação na seara penal, ambas igualmente responsáveis pela lesão a um bem jurídico, faz-se necessário que a omissão emane de algum dos garantidores especificados no dispositivo supratranscrito. Tal foi a atenção que o referido tema mereceu do legislador pátrio, razão pela qual a imputação a título de omissão imprópria deve percorrer a trilha do art. 13, § 2º do diploma penal, a menos que a conduta omissiva apareça expressamente no tipo como equivalente da conduta ativa (a exemplo do que ocorre no crime de prevaricação – art. 319 do CP).

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL 470

No decorrer deste capítulo, discorrer-se-á acerca da alusão que os Ministros da Suprema Corte fizeram à teoria desenvolvida por Claus Roxin no curso da Ação Penal 470, em cotejo com os conceitos construídos no capítulo anterior. Avaliar-se-á, ademais, a efetiva influência desempenhada pela aplicação, equivocada ou não, da teoria do domínio do fato ao processo em comento.

Para atingir tal desiderato, o capítulo em epígrafe propôs-se a estruturar, em um primeiro momento, o panorama a partir do qual se desenrolaram os atos processuais. Após uma breve síntese dos fatos elencados na inicial acusatória, foram analisadas questões atinentes à necessidade e à adequação do emprego da teoria do domínio do fato na Ação Penal 470. Nessa toada, será avaliada a imprescindibilidade ou não de se empregar a indigitada teoria para discriminar autoria de participação, bem como será inspecionada a sua conformidade com o direito brasileiro.

Em seguida, procedeu-se à análise das principais impropriedades constatadas no tocante à aplicação da teoria do domínio do fato, as quais foram separadas em tópicos específicos. As referidas modalidades de equívocos incluem a imprecisão terminológica (item 3.2.1), o emprego da teoria do domínio do fato aos delitos de infração de dever (item 3.2.2) e a atribuição de responsabilidade penal em razão do cargo (item 3.2.3). Tais temas foram apartados conforme uma macroapreciação do processo em tela, e reivindicam, não raro, subdivisão em tópicos específicos.

Os estudos a respeito do tema limitaram-se até o acórdão publicado em 22/04/2013, referente às Sessões realizadas entre 02/08/2012 e 17/12/2012. Esclareça-se que o crime de formação de quadrilha não constituiu objeto de análise da presente monografia, tendo em vista que o entendimento da Corte sofreu alteração substancial, com relação a tal delito, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes nas Sessões de 26/02 e 27/02/2014. Considerando que, até a data da elaboração deste trabalho, ainda não foram publicados os acórdãos veiculando as decisões assumidas em sede de embargos, mingando o livre acesso ao material de pesquisa, restaria prejudicada e prematura a abordagem do tema no presente momento.

É de bom alvitre salientar, de antemão, que não compete a este trabalho efetuar qualquer juízo de valor sobre se as provas dos autos eram ou não suficientes às condenações, pois tal mister é confiado ao livre convencimento do magistrado, o qual teve contato com todo o material probatório. Estas linhas destinam-se tão somente a aquilatar qual foi a real

participação da teoria do domínio do fato na espécie, bem como analisar a interpretação que lhe foi conferida pelos atores processuais, tendo como modelo a teoria aperfeiçoada por Claus Roxin.

4.1 Da Ação Penal 470: uma visão geral

A Ação Penal 470 teve início a partir do recebimento da denúncia oferecida ao STF, em março de 2006, pelo então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, contra 40 réus supostamente envolvidos em um esquema criminoso que se vulgarizou sob a alcunha de “mensalão”.

Em apertada síntese, a peça vestibular noticiava a articulação dos acusados entre os anos de 2002 e 2003, época da primeira vitória de Luís Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores, ao cargo de Presidente da República. A referida “quadrilha”¹¹⁶ era, em tese, composta por três núcleos, cada um com funções específicas e bem divididas, “cada um colaborando com o todo criminoso em busca de uma forma individualizada de contraprestação” (fl. 11 da denúncia).

O núcleo político-partidário (também dito “núcleo central”, visto que dele emanariam as diretrizes da atuação criminosa), seria comandado por José Dirceu, ex-Presidente do PT e então Ministro da Casa-Civil a partir do início da gestão do Presidente Lula. Dele também fariam parte José Genoíno, eleito para assumir a presidência do PT em substituição a Dirceu, Delúbio Soares, Secretário de Finanças do partido e Sílvio Pereira. O objetivo do mencionado núcleo envolveria o desvio de recursos de órgãos públicos e de empresas estatais a serem injetados no financiamento de campanhas políticas futuras, no pagamento das dívidas contraídas na campanha pretérita e, principalmente, na compra de apoio político de parlamentares (por meio de “mesadas”) para que aprovassem os projetos de interesse do Governo Federal, a exemplo da reforma da previdência (Emenda Constitucional nº 40/2003) e da reforma tributária (Emenda Constitucional nº 41/2003). Outra forma de barganhar suporte político de agremiações partidárias, além das mencionadas “mesadas”,

¹¹⁶ *Nomen iuris* consentâneo com a redação do art. 288 do Código Penal à época dos fatos, a qual sofreu alteração pela Lei nº 12.850/2013. Após a reforma, o crime de “quadrilha ou bando” passou a denominar-se “associação criminosa”, e passou a contar com os seguintes preceitos primário e secundário:

“**Art. 288.** Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente”.

seria a troca de favores mediante o preenchimento estratégico de altos cargos públicos em comissão com pessoas indicadas pelos partidos.

O núcleo publicitário, cujos componentes seriam o empresário Marcos Valério e seus sócios, teria a incumbência de operacionalizar o desvio de verbas, a partir de contratos de publicidade superfaturados ou mesmo forjados entre alguma de suas empresas (dentre as quais as mais citadas são a DNA Propaganda Ltda. e a SMP&B Comunicação Ltda.) e os órgãos ou entidades da administração pública, a exemplo da Câmara dos Deputados e do Banco do Brasil. Também constituiria tarefa do núcleo em questão efetuar o repasse de vultosas quantias aos membros do Congresso Nacional beneficiados pelo esquema.

O núcleo financeiro, por sua vez, seria composto pelos dirigentes do Banco Rural, instituição que teria viabilizado, em troca do recebimento de vantagens indevidas do Governo Federal, intenso e engenhoso mecanismo de lavagem de dinheiro, crime cuja perpetração teria sido facilitada pela omissão deliberada dos órgãos de controle. Além de possibilitar o branqueamento de capitais, o núcleo financeiro também teria injetado valores milionários no esquema, sob a aparência de empréstimos, os quais teriam sido concedidos irregularmente às empresas do núcleo publicitário e ao Partido dos Trabalhadores. Os recursos desviados de órgãos e entidades públicos, acrescidos aos valores oriundos de empréstimos fraudulentos, eram frequentemente sacados em espécie por pessoas indicadas pelo núcleo de Marcos Valério, para serem então repassados aos reais destinatários. Embora conhecedor dos verdadeiros sacadores de tão elevadas quantias, o Banco Rural lhes teria ocultado a identidade perante o Sistema do Banco Central, fazendo consignar a falsa informação de que os saques haviam sido efetuados pela SMP&B para “pagamento de fornecedores”.

No vertente caso, a teoria do domínio do fato foi evocada diversas vezes nos votos exarados pelos Ministros do STF ao determinar os critérios ensejadores da autoria de José Dirceu e de outros corréus quanto aos crimes que lhes foram atribuídos, bem como das suas respectivas condenações. Ao versar sobre temas delicados para a delimitação de autoria, a resposta a certas questões quedavam-se decisivas para definir os rumos do julgamento.

À guisa de exemplo, aferir a (des)necessidade de que o autor contribua com os atos executórios do crime; determinar se a teoria do domínio da organização se restringiria a realidades divorciadas do direito ou se poderia ser trasladada, sem prejuízo, para empresas ou partidos políticos; aquilatar o grau de responsabilidade que um superior hierárquico tem em relação aos crimes cometidos pelos seus subordinados, de que ele tivesse conhecimento ou pudesse evitar, enfim, todos esses questionamentos reclamam respostas bem fundamentadas para a escorreita aplicação da teoria do domínio do fato.

Antes de adentrar nas minúcias, todavia, fazem-se necessárias breves considerações preliminares para melhor condicionar o entendimento acerca da necessidade e da adequação do uso da teoria do domínio do fato no caso em liça.

4.1.1 Da necessidade de aplicação da teoria

De acordo com o que foi exposto até aqui, a alusão à teoria do domínio do fato na Ação Penal 470 parece afigurar-se desnecessária. Isso se deve a duas razões simples. Em primeiro lugar, porque o art. 29 do Código Penal brasileiro apresenta parâmetros consideravelmente amplos para a determinação da autoria, apenas mencionando de forma genérica que todos aqueles que “concorrem” para um crime incidirão nas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade. Em um juízo abstrato, seria possível fundamentar a autoria de qualquer um que contribuisse, ainda que minimamente, para a ação ou omissão delituosa, com amparo, inclusive, no art. 13 do mesmo diploma, o qual elege a teoria da equivalência dos antecedentes para balizar a relação de causalidade.

Nessa seara, uma formulação teórica de índole restritiva como a teoria do domínio do fato só poderia se prestar a limitar as possibilidades de autoria facultadas pela lei positiva, nunca a ampliá-la. Em outras palavras, tal teoria não permite condenar quem, sem ela, seria absolvido¹¹⁷.

Em segundo lugar, não se pode olvidar que o propósito da teoria do domínio do fato é distinguir autor de partícipe, não fundamentar condenações. Ela parte de um critério diferenciador entre as espécies de intervenientes, a exemplo do que é adotado pelo Código Penal alemão.

De outro giro, o Código Penal brasileiro, em que pese manifestar preferência pelo critério diferenciador entre autor e partícipe (conforme exposto no Capítulo 2), não estabelece, em geral, decréscimo necessário em relação à pena deste último. As únicas menções a tal possibilidade ocorrem com as chamadas “participação de menor importância” e “participação dolosamente distinta” do art. 29, §§1º e 2º, as quais apenas traçam esboços acerca da pena em alguns casos de participação delitiva, não esgotando, porém, suas hipóteses.

O Ministro Gilmar Mendes também parece sustentar essa opinião, conforme se extrai do seguinte trecho de seu voto sobre o item VI da denúncia:

¹¹⁷ Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato. Folha de S. Paulo, São Paulo, 18 out 2013. Disponível em: <<http://folha.com/no1358310>> Acesso em: 5 nov. 2013.

Portanto, Sr. Presidente, a solução do caso não reclama grandes construções teóricas, na verdade, à luz do princípio da legalidade, a resposta está no artigo 29 do Código Penal “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”. (fl. 56.772)

Desse modo, imperioso observar que a utilização de uma teoria cujo propósito é distinguir autor de partícipe, ao menos no estado em que se encontra o direito penal no Brasil, é, a rigor, sem sentido.

4.1.2 Da adequação da teoria ao direito brasileiro

Se o Código Penal não dispôs sobre a diferença entre autor e partícipe, também não a proibiu. O legislador limitou-se, conforme comentário *supra*, a adotar um conceito amplo de autoria no art. 29 e a ressaltar a comunicação de circunstâncias pessoais no art. 30. O *discrímén* entre autor e partícipe restou, então, sob encargo das disposições doutrinárias. A tentativa de fazê-lo, até mesmo em observância ao princípio de individualização das penas, é digna de aplauso.

Acerca da compatibilidade entre o direito brasileiro e a teoria do domínio do fato, desde que adequadamente considerada, manifestam-se Alaor Leite¹¹⁸ e Nilo Batista. Sobre o assunto, assevera este último:

Sob uma perspectiva generalizante, a distinção autoria-participação se aproximará de seus pontos de repouso: os tipos da parte especial. Na apreciação individualizada de cada caso, corresponderá ao juiz verificar quem possuía o domínio do fato (nas suas diferentes formas de exprimir-se) e quem não o possuía, discernindo autores e partícipes.

Para o direito penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério para os crimes comissivos dolosos¹¹⁹. (grifou-se)

Nesses termos, observa-se que, embora não seja imprescindível à identificação de autoria para o direito brasileiro, a teoria do domínio do fato, lado outro, não guarda incompatibilidade com o ordenamento pátrio, desde que empregada corretamente e apenas com relação aos crimes comissivos dolosos. Dito isso, e assentadas as premissas sobre as quais se arvora a teoria do domínio do fato, prossegue-se a corrente análise acerca do sentido que efetivamente se lhe emprestou nos autos da ação penal do “mensalão”.

¹¹⁸ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 106, 2014.

¹¹⁹ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 73.

4.2 Das impropriedades constatadas

A análise do acórdão publicado em 22/04/2013 demonstra uma perspectiva preocupante. Constataram-se nítidos equívocos em diversas manifestações, dentre imprecisões terminológicas, confusão entre categorias de gênero e espécie, alusão à teoria em situações que refogem ao seu âmbito de aplicação e desvirtuamento de seus postulados. Algumas dessas inexatidões, seja pelo grau de importância, seja pela repetição com que foram observadas, dispõem de tópico próprio, a seguir.

4.2.1 Imprecisão terminológica

O aspecto mais elementar a ser analisado acerca do emprego do domínio do fato da ação em epígrafe concerne ao próprio rigor técnico da linguagem. Equívocos de diferentes matizes foram observados, dentre os quais se destacou a imprecisão quanto ao emprego da expressão “domínio do fato”. Tais constatações, obviamente, não podem passar ao largo de uma análise mais minuciosa, pois o uso escorrido da linguagem é preambular à construção científica e à aplicação do direito.

O mais importante aspecto a ser ressaltado diz respeito à vagueza com que a expressão “domínio do fato” foi invocada. Muitas vezes, ela aparece com ares de autossuficiência, sem qualquer explicação prévia ou posterior em relação ao seu significado. Roxin já criticava essa imprecisão vocabular no âmbito de tribunais alemães, aduzindo que, ante a falta de critérios que balizassem a abrangência do conceito, qualquer situação fática poderia ser subsumida à ideia de domínio do fato. São comuns ilações a exemplo de “o autor A tinha claramente o domínio do fato”, como se a mera referência ao fato de o agente deter o domínio do fato fosse autoexplicativa, prescindindo de maior elaboração teórica. Na verdade, o que importa não é dizer que “A detém o domínio do fato”, mas sim explicar “**por que** A detém o domínio do fato”, quais circunstâncias, provadas nos autos, tornam-no senhor do fato. É o que se observa no seguinte trecho, extraído do voto da Ministra Rosa Weber sobre o item III da denúncia (fl. 52.917):

Reputo, porém, necessário limitar essa conclusão aos parlamentares beneficiários. Afinal, como destinatários finais do numerário e responsáveis pela negociação do recebimento dos valores, inclusive em contatos com os responsáveis pelos pagamentos (Delúbio Soares e Marcos Valério), **tinham completo domínio dos fatos, sendo possível inferir que agiram com dolo, direto ou eventual**, como exposto. (grifou-se)

Ora, ao se afirmar que o agente tem o domínio do fato e, portanto, é autor, já se pressupõe que tenha agido com dolo. Houve uma inversão entre causa e consequência: o domínio do fato deve ser a conclusão diante da reunião de elementos considerados indispensáveis à sua ocorrência, não o contrário. Prosseguindo-se no mesmo voto, é possível perceber semelhante deslize em pelo menos duas passagens (fls. 52.938 e 53.023, respectivamente):

Não tendo eles completo domínio dos fatos como os parlamentares, reputo inexistente prova segura o suficiente para se concluir que agiram com dolo de lavagem de dinheiro, especificamente se tinham certeza ou mesmo presente a elevada probabilidade de que os valores recebidos provinham de crimes antecedentes. (grifou-se)

Como não tinham domínio completo dos fatos, tendo sido utilizados como pessoas interpostas, carecem os autos de melhor prova de que tivessem ciência da procedência criminosa dos recursos envolvidos. (grifou-se)

Cuida-se do domínio do fato como uma expressão de significado vazio, desvinculado da indumentária que muitos juristas, em especial Roxin, envidaram esforços para lhe conferir. Por vezes, o uso do termo “domínio do fato” goza de aspecto tão rarefeito nos autos que se pode ter dúvida, inclusive, se é mesmo a teoria de Roxin que está a ser invocada ou se se trata de mera alusão genérica à expressão, no sentido que o dicionário atribui aos vocábulos que a integram.

4.2.2 Emprego da teoria do domínio do fato em delitos de infração de dever

Conforme exposto no item 3.5 *supra*, a autoria nos chamados delitos de infração de dever não se sujeita aos critérios da teoria do domínio do fato, segundo Roxin. O sujeito ativo de tais delitos, assim como nos crimes próprios do direito brasileiro, deve pertencer a um núcleo específico de pessoas, determinado pela norma, a quem incumbe um dever especial em relação ao objeto jurídico tutelado pelo tipo penal.

Entretanto, alguns atores processuais invocaram a teoria do domínio do fato para identificar os autores de crimes próprios, contrariando a sistemática que Roxin lhes reservara. Exemplo de tal alegação pode ser encontrado à fl. 144 das alegações finais apresentadas pelo Ministério Público Federal, ao pugnar pela condenação do réu João Paulo Cunha às penas do crime de peculato (art. 312 do CP), “tinha o domínio absoluto do fato, na medida em que estava inserida (*sic*) em sua competência dispor sobre o destino a ser dado ao dinheiro”. Outra situação que ilustra o descompasso ora exposto deita raízes na condenação do réu Vinícius

Samarane pelo crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, o qual será trabalhado em tópico próprio (4.2.3.2 *infra*).

4.2.3 Atribuição de responsabilidade penal em razão do cargo

Os debates em torno do emprego da teoria do domínio do fato na Ação Penal 470 suscitaram polêmicas não só no âmbito da Suprema Corte, como também fora dela. Construiu-se a falsa ideia de que referida teoria aprimorada por Roxin chancelaria a responsabilidade penal objetiva (ou seja, independente de dolo, de culpa ou mesmo da própria realização de uma conduta) daqueles que estivessem em posição hierárquica de comando, em relação aos crimes praticados pelos escalões inferiores.

Tal preocupação tem razão de ser. Em primeiro lugar, porque admitir a responsabilidade objetiva no âmbito penal significaria negar o conceito analítico de crime preponderante na atualidade, o qual situa dolo e culpa na seara da tipicidade. Aliás, desprezar tais elementos subjetivos da ação vulneraria a própria noção de culpabilidade, de modo que esta não albergaria mais os elementos de reprovabilidade considerados especificamente em relação ao agente responsabilizado, mas tão somente o fato de ele “ocupar uma posição hierárquica superior”.

Em segundo lugar, a aplicação notoriamente distorcida da teoria do domínio do fato levada a cabo por alguns Ministros do STF abriu margem para tais conjecturas, conforme será abordado a seguir.

4.2.3.1 Voto da Ministra Rosa Weber sobre a preliminar de inépcia da denúncia

A Ministra Rosa Weber (fls. 52.575-52.577), na análise dos motivos que ensejaram a rejeição da preliminar de inépcia da denúncia em relação aos crimes de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86) asseverou que, nos casos de crimes cometidos sob o manto de pessoa jurídica, o requisito de individualização das condutas (exigido pelo art. 41 do Código de Processo Penal) reputar-se-ia satisfeito pela simples enumeração das condutas delitivas praticadas por meio da instituição, não sendo necessário discriminar que conduta corresponderia especificamente a cada acusado. Segundo o voto, os dirigentes de uma empresa, elencados no contrato social, seriam presumivelmente autores dos crimes cometidos através dela. *In verbis* (fls. 52.576-52.577):

Quando há vários concorrentes, tem-se de esclarecer qual a carga de aporte de cada um deles para a cadeia causal do crime imputado. Caso contrário, será impossível aplicar a teoria monista contida no artigo 29 do Código Penal. **Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica [sic]. Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa.**

[...]

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

Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. (grifou-se)

Deixando-se de lado a controvérsia acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, por não ser assunto da presente discussão, impende observar que Rosa Weber consigna uma inaceitável “responsabilidade pela posição”, atribuindo os créditos à teoria do domínio do fato. A autoria dos dirigentes de uma pessoa jurídica quanto aos crimes por meio dela perpetrados constituiria, dessa forma, uma presunção *juris tantum*. É o que se afirma no excerto seguinte:

Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção *juris tantum* de autoria. (grifou-se)

Revestida do caráter de presunção relativa, por definição, seria admissível prova para desconstituí-la. Entretanto, como tal presunção militaria a favor da acusação, o réu teria que suportar a inversão do ônus da prova em seu desfavor, situação completamente discrepante com o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, e com a regra processual de que à acusação cabe provar o alegado, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal¹²⁰.

¹²⁰ Oportuno colacionar trecho de manifestação do Ministro Celso de Mello, no mesmo acórdão (fls. 55.755-55.756), na qual rechaça qualquer hipótese de presunção de culpabilidade. Em transcrição *ipsis verbis*: “O réu **não tem** o ônus de provar a sua própria inocência. A Constituição da República o presume inocente. **Compete** ao Ministério Público **demonstrar** a culpabilidade do acusado, **comprovando, de maneira plena, os fatos constitutivos** do pedido (autoria e materialidade do delito). O ordenamento constitucional brasileiro **não tolera qualquer** presunção de culpabilidade, **valendo destacar** que o Supremo Tribunal Federal **tem amparado, em seus julgados, o direito fundamental de qualquer** pessoa à presunção de inocência (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 45.232/GB, Rel. Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI – HC 94.157/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) [...]”. (grifos no original)

Ademais, ao elencar a prova da inexistência de poder de decisão como único meio de elidir a dita presunção, a Ministra acaba por admitir a responsabilidade penal objetiva. Em outras palavras: se a responsabilidade somente pode ser afastada se o réu comprovar a inexistência de poder de mando, conclui-se que é pura e simplesmente nesse poder de mando que se baseia a responsabilidade (e não em dolo ou em culpa). Da mesma forma, por exemplo, a responsabilidade civil objetiva calcada no art. 932, III, do Código Civil poderia ser eliminada caso o suposto empregador demonstrasse a inexistência de vínculo laboral entre ele e o causador do dano.

Em Sessão posterior, às vésperas do fim do julgamento, a Ministra insiste em trazer à baila novamente o argumento de que a teoria do domínio do fato desincumbia a acusação de promover a individualização das condutas ao oferecer a denúncia. Eis a sua manifestação (fl. 56.845):

Em função ainda da teoria do domínio do fato. Pelo menos no meu voto, pela forma de julgamento segmentado, às vezes as premissas teóricas ficaram um pouco afastadas. O que aconteceu? Inúmeras defesas invocaram a inépcia da denúncia por falta de individualização das condutas. De fato, quando se tratava do núcleo político, havia nome, endereço, telefone, CPF. Havia tudo. Agora, com relação ao núcleo operacional, especificamente ao núcleo societário, não só o Banco Rural, mas ainda com relação às empresas de Marcos Valério, no que dizia respeito a Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, às vezes a denúncia não explicitava a conduta imputada a cada um. E, por isso, a teoria do domínio do fato ajudava a argumentação que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça. Só esse pequeno registro, porque não enfatizei.

Com a devida vênia, calha registrar o entendimento de Eugênio Pacelli em relação à denúncia por crimes em concurso de pessoas¹²¹, com especial enfoque nos delitos de criminalidade empresarial, nos quais é reconhecidamente problemática a individualização das condutas imputadas a cada um dos réus, separadamente. Segundo o autor, não há falar em inépcia da denúncia, em tais casos, se o órgão da acusação imputar a todos, indistintamente, o mesmo fato delituoso, desde que bem determinados tanto o fato em si quanto as pessoas às quais tal fato é imputado. Mas isso não porque os dirigentes sejam “presumivelmente autores”, conforme se depreende do trecho do voto supramencionado, mas porque tais elementos já seriam considerados, por ora, suficientes ao legítimo exercício da ampla defesa pelos acusados, pois o objeto da questão penal e a respectiva autoria já estariam bem delimitados. A questão relativa à efetiva contribuição de cada um no contexto criminoso seria, no entender de Pacelli, matéria referente à prova, e não requisito a ser preenchido já por ocasião da denúncia, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal.

¹²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, p. 169-171.

Definitivamente, a conclusão a que chegou a Ministra Rosa Weber não pode ser fruto da teoria do domínio do fato, conforme explicitado no capítulo anterior. A autoria dos crimes comissivos dolosos deve ser oriunda ou do domínio da ação, ou do domínio da vontade (autoria mediata), ou do domínio funcional do fato (coautoria), cujos requisitos já foram esquadrihados na instância apropriada e não permitem vislumbrar, em hipótese alguma, a responsabilidade objetiva.

Consoante prelecionam Alaor Leite e Luís Greco¹²², didaticamente, “No direito penal, só se responde por ação ou por omissão, nunca por mera posição”. Nessa toada, aduz Nilo Batista, em sua monografia de 1979, que “Está claro que essa posição de *domínio* só é concebível com a intervenção da consciência e vontade do agente: não pode haver domínio do fato sem dolo, aqui compreendido como conhecer e querer os elementos objetivos que compõem o tipo legal.”¹²³

4.2.3.2 O caso do réu Vinícius Samarane

Vinícius Samarane, então Diretor Estatutário e atual Vice-Presidente do Banco Rural, foi apontado pela denúncia como um dos integrantes do núcleo financeiro da quadrilha. A exordial imputou-lhe os delitos de lavagem de dinheiro, de gestão fraudulenta de instituição financeira, de evasão de divisas, bem como o de formação de quadrilha.

Por ocasião da tomada de votos acerca do item V da denúncia, o qual versava sobre o crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, vieram a lume alguns argumentos que podem interpretados de modo a conduzir à errônea associação entre a teoria do domínio do fato e a responsabilização pela posição hierárquica.

O Ministro Luiz Fux (fls. 54.309-54.312), antes de dar início ao mérito propriamente dito, fixa corretamente as premissas do domínio funcional do fato, lançando mão da teoria desenvolvida por Roxin para explicar a coautoria. Obtempera o Ministro que tais premissas são “imperiosas em razão da natureza dos ilícitos aqui imputados aos acusados” (fl. 54.312).

Entretanto, cumpre rememorar que a gestão fraudulenta de instituição financeira configura crime próprio, cujos possíveis sujeitos ativos estão elencados no art. 25 da Lei nº 7.492/86. Conforme foi destacado alhures, a sistemática da teoria do domínio do fato

¹²² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 18 out 2013. Disponível em: <<http://folha.com/no1358310>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

¹²³ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 71.

idealizada por Roxin não se aplica aos crimes próprios, ou “delitos de infração de dever”. A rigor, portanto, a delimitação entre autor e partícipe no crime em questão sequer se submete aos paradigmas do domínio do fato.

O Ministro Gilmar Mendes também incorreu no referido equívoco, ao fundamentar a autoria de Kátia Rabello pelo crime de gestão fraudulenta, mencionando que a ré “tinha absoluto domínio dos fatos” (fl. 54.490), e ao descaracterizar a autoria de Ayanna Tenório pelo mesmo delito, concluindo não ter restado comprovado que esta última detivesse “domínio sobre os fatos” (fl. 54.492).

Vencidas tais considerações, os votos de ambos os Ministros (bem como os dos demais membros da Corte) afirmaram que Vinícius Samarane não havia sido responsável imediato por qualquer das condutas caracterizadoras de gestão fraudulenta de instituição financeira, visto que não havia participado da concessão dos empréstimos simulados às empresas do núcleo publicitário e ao PT, bem como não havia deferido pessoalmente as renovações de tais contratos.

Entretanto, os que votaram pela condenação do indigitado réu alegaram que os cargos por ele ocupados dentro do Banco Rural (Superintendente e Diretor de Controles Internos, a partir do final de 2002, e Diretor Estatutário de Controles Internos e *Compliance*, a partir de abril de 2004), responsáveis pela auditoria interna e inspetoria, tinham por objetivo exatamente prevenir e combater ilícitos contra o Sistema Financeiro Nacional naquela instituição. Segundo os Ministros que o condenaram, Samarane era conhecedor das práticas criminosas que ocorriam no seio do Banco Rural e, no entanto, “permaneceu inerte”, “ajudou a encobri-las” ou “omitiu-se dolosamente”. É o que se extrai dos seguintes excertos:

A condescendência do 13º réu (Vinícius Samarane) com a prática rotineira de lavagem de dinheiro conduz inexoravelmente à gestão fraudulenta. Nesse contexto, é de extremo relevo o fato de o réu Vinícius Samarane exercer, atualmente, o cargo de vice-presidente do Banco Rural, porquanto revela o profundo conhecimento das práticas de sua instituição, bem como a sua relação íntima com os administradores do referido banco. **A atuação do réu no sentido de permanecer inerte diante dos saques ilícitos ocorridos em agências do Banco Rural caracteriza a conduta criminal de gestão fraudulenta.** Por essas razões, o pedido de condenação do réu Vinícius Samarane em relação ao crime de gestão fraudulenta capitulado no art. 4º da Lei nº 7.492/86 deve ser julgado procedente. (Voto do Min. Luiz Fux, fl. 54.348) (grifou-se)

Embora não tenha atuado diretamente nas operações envolvendo as empresas SMP&B, DNA ou Graffiti, ou mesmo o Partido dos Trabalhadores, na sua esfera de poder e atuação, **viabilizou o encobrimento das irregularidades, na medida em que era o responsável pela confecção e produção de documentos internos** (subscritor do relatório de administração, das demonstrações financeiras e respectivas notas explicativas ao exercício de 2004) [...]. (Voto do Min. Gilmar Mendes, fl. 54.491) (grifou-se)

Como se vê, **tanto SAMARANE, quanto AYANNA também eram**, em última análise, **responsáveis pela verificação da conformidade ou não das operações de crédito em questão com as normas** aplicáveis à espécie, especialmente as **do Banco Central**. Dessa forma, para que o grupo criminoso obtivesse sucesso, era necessária, dentro da divisão de tarefas verificada entre os réus, a omissão dolosa de AYANNA e SAMARANE no exercício de suas obrigações. (Voto do Min. Rel. Joaquim Barbosa, fl. 54.185) (grifos no original)

O recurso indevido à teoria do domínio do fato, vinculado à condenação de um réu por um delito em cujos atos executórios não tomara parte, pode conduzir à falsa impressão de que a teoria desenvolvida por Roxin viabilizaria a responsabilidade penal em virtude da posição hierárquica do agente. Na verdade, não é isso que se está a dizer, pelo simples motivo de que a teoria do domínio do fato (cuja aplicação ao caso nem deveria ter sido cogitada) nada tem a ver com a fundamentação que serviu de base à condenação de Vinícius Samarane.

No entender de Alaor Leite, caso quedassem convencidos de que o réu se omitira dolosamente, quando tinha o dever extrapenal de agir, os Ministros poderiam ter fundamentado que o agente cometeu o crime do art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86 na modalidade comissiva por omissão, com fulcro no art. 13, §2º, do Código Penal. Para tanto, seria necessário fundamentar que o acusado detinha posição de garante do bem jurídico afetado e que sua omissão se encontrava eivada do dolo específico exigido pelo tipo, isto é, o de gerir fraudulentamente a instituição financeira.¹²⁴

A análise dos votos não permite constatar, de forma estreme de dúvidas, que a menção à teoria do domínio do fato tenha servido de mero artifício para proferir juízo condenatório com base unicamente na posição de Vinícius Samarane. Há, de fato, inúmeras menções à natureza do cargo ocupado pelo réu, porém com a pretensão de delinear o dever do acusado de zelar pelo respeito à ordem jurídica. O fundamento dos votos inclinados à condenação radicou-se na indicação de provas que, no entender dos Ministros que os prolataram, convergiram no sentido de que o réu tinha amplo conhecimento das práticas ilícitas que ocorriam no interior do Banco Rural e, tendo o dever de fazer cumprir normas

¹²⁴ A respeito do tema, explica Alaor Leite que a posição de garantidor dos *compliance officers* (cargo ocupado por Vinícius Samarane, no Banco Rural, a partir de 2004) tem configurado o cerne de intensos debates, atualmente, no direito penal econômico. Conforme preleciona, não constitui tarefa simples justificar a posição de garantidor do *compliance officer*, tendo em vista que ele não possui poder de mando em relação aos subordinados, estando, ao contrário, um escalão abaixo da cúpula da organização, bem como submetida aos ditames por ela emanados. Repousando exatamente nessa autoridade o substrato da posição de garantidor, não se afiguraria pertinente fundamentar esta última sem a presença daquela. O tema foi alvo de perfunctória discussão entre os Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski (fls. 54.295-54.299), o qual iniciou a divergência no tocante à condenação de Vinícius Samarane. O Ministro Revisor questionou, exatamente, o poder de mando do réu e a possibilidade de evitar o curso dos acontecimentos, tendo em vista sua condição de subordinado à Vice-Presidência comandada pela corrê Ayanna Tenório. Tal debate, porém, foi inconclusivo.

legais e infralegais direcionadas a repeli-las, permaneceu deliberadamente inerte (ou seja, omitiu-se dolosamente).

Nessa esteira, faz-se necessário aparar algumas arestas. Apesar de os Ministros terem-se debruçado longamente sobre o dever do réu de evitar os resultados danosos, apenas dois Ministros teceram alusão ao art. 13, § 2º do Código Penal, o que seria imprescindível à vertente hipótese, tendo em vista se tratar de um crime omissivo impróprio¹²⁵. Por via de consequência, não foi devidamente enfrentada a específica questão acerca da posição de garante do *compliance officer* no seio da criminalidade empresarial. Demais disso, cumpre relembrar que toda a discussão aqui travada em nada diz respeito à teoria do domínio do fato, muito embora inadequadamente evocada em algumas manifestações. Ou seja, houve uma solução de continuidade entre a teoria mencionada no início do voto e a fundamentação efetivamente empregada em seu decorrer.

4.2.3.3 O caso do réu José Dirceu

O caso envolvendo o réu José Dirceu de Oliveira foi, sem dúvida, o mais emblemático a propósito da aplicação da teoria do domínio do fato na Ação Penal 470. O mais latente alvo de controvérsia a esse respeito, especialmente posto em pauta pelo Ministro Ricardo Lewandowski, foi a suposta potencialização de seu alto cargo no Governo Federal à época dos crimes com o fito de viabilizar sua condenação por corrupção ativa e por formação de quadrilha. Teria havido, na linha de pensamento que divergiu da externada pelo Relator, escassez de evidências hábeis a comprovar sua autoria em relação aos crimes que lhe foram imputados, e o emprego da teoria do domínio do fato teria sido, em grande parte, responsável por tal manobra processual efetivada à revelia de sua presunção de inocência.

A fim de melhor abordar o tema, descrever-se-á o desdobramento dos atos processuais relativos ao julgamento do réu nos quais haja menção à teoria, à medida que serão traçados comentários em paralelo acerca de sua utilização. Mais precisamente, serão analisadas a denúncia, as alegações finais do réu e os votos do Relator Joaquim Barbosa, do Revisor Ricardo Lewandowski, do Ministro Gilmar Mendes e do Decano Celso de Mello. Os demais votos e peças processuais não foram incluídos por não despertarem maior relevância no que tange ao vertente estudo.

¹²⁵ Um deles foi o Ministro Ricardo Lewandowski, à fl. 54.278, ocasião na qual pugnou pela absolvição do acusado, ao qual negou o status de garante traçado pela norma em apreço. O segundo foi o Ministro Ayres Britto, às fls. 54.525 e 54.539, concluindo, ao contrário, pela relevância da omissão do réu e pela sua consequente condenação.

Cumpra recapitular, por oportuno, que as observações aqui projetadas dizem respeito tão somente à condenação do indigitado réu pelo crime de corrupção ativa, pelas razões já expendidas no início do presente capítulo.

4.2.3.3.1 Denúncia

Por ocasião da denúncia, José Dirceu de Oliveira foi apontado como chefe do núcleo central da quadrilha, responsável por conduzir as decisões mais importantes da empreitada criminosa. De fato, não é possível constatar, através de uma leitura sistemática da exordial, quais condutas seriam especificamente atribuídas a Dirceu, as quais robustecem seu envolvimento nos referidos crimes.

Seu nome aparece, quase sempre, associado genericamente ao dos réus José Genoíno, Delúbio Soares e Sílvio Pereira (cointegrantes do núcleo político-partidário), e os indícios mais contundentes coligidos em seu desfavor foram oriundos dos depoimentos do ex-Presidente do PTB, o corréu Roberto Jefferson. A denúncia menciona, ainda, que sua influência forte e capilarizada na estrutura do Governo teria sido imprescindível à consecução dos desígnios da quadrilha. Foram-lhe imputados, em decorrência da narrativa dos fatos, os crimes de peculato (art. 312 do CP), de corrupção ativa (art. 333 do CP) e de formação de quadrilha (art. 288 do CP, com a redação vigente à época dos fatos). É o que se extrai dos excertos:

É certo que José Dirceu, então ocupante da importante Chefia da Casa Civil, em razão da força política e administrativa de que era detentor, competindo-lhe a decisão final sobre a indicação de cargos e funções estratégicas na administração pública federal, foi o principal articulador dessa engrenagem, garantindo-lhe a habitualidade e o sucesso. (fl. 21 da denúncia)

[...]

Com a base probatória colhida, pode-se afirmar que José Genoíno, até pelo cargo partidário ocupado, era o interlocutor político visível da organização criminosa, contando com o auxílio direto de Sílvio Pereira, cuja função primordial na quadrilha era tratar de cargos a serem ocupados no Governo Federal. Delúbio Soares, por sua vez, era o principal elo com as demais ramificações operacionais da quadrilha (Marcos Valério e Rural), repassando as decisões adotadas pelo núcleo central. **Tudo sob as ordens do denunciado José Dirceu, que tinha o domínio funcional de todos os crimes perpetrados, caracterizando-se, em arremate, como o chefe do organograma delituoso.** (grifou-se) (fl. 25 da denúncia)

[...]

Merece destaque, para o completo entendimento de todos os mecanismos de funcionamento do esquema, a relevância do papel desempenhado por José Dirceu no Governo Federal. De fato, conforme foi sistematicamente noticiado pela imprensa após o início do Governo atual, José Dirceu inegavelmente era a segunda pessoa mais poderosa do Estado brasileiro, estando abaixo apenas do Presidente da República. Assim, a atuação voluntária e consciente do ex Ministro José Dirceu no esquema garantiu às instituições financeiras, empresas privadas e

terceiros envolvidos que nada lhes aconteceria, como de fato não aconteceu até a eclosão do escândalo, e também que seriam beneficiados pelo Governo Federal em assuntos de seu interesse econômico, como de fato ocorreu. (grifou-se) (fl. 28 da denúncia)

Embora a defesa de José Dirceu tenha alegado a inépcia da denúncia em decorrência de seu caráter rarefeito, a Suprema Corte considerou as sucessivas reuniões entre os membros dos três núcleos, cuja atuação teria sido pautada na divisão de tarefas, como indícios suficientes de materialidade e de autoria para que se instaurasse a ação penal pelos crimes de formação de quadrilha e de corrupção ativa. Por outro lado, rejeitou-se a denúncia em relação ao peculato, pela falta de indícios suficientes à deflagração da persecução penal em juízo do referido crime. Segue a ementa quanto ao recebimento da denúncia em relação aos crimes de corrupção ativa descritos no item VI, na qual se faz menção à teoria do domínio do fato:

CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. ATO DE OFÍCIO. VOTO DOS PARLAMENTARES. TIPICIDADE, EM TESE, DAS CONDUTAS. COMPLEXIDADE DOS FATOS. INDIVIDUALIZAÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. CONCURSO DE VÁRIOS AGENTES. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. DIVISÃO DE TAREFAS. OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. O “ato de ofício” mencionado no tipo legal do art. 333 do Código Penal seria, no caso dos autos, principalmente o voto dos parlamentares acusados de corrupção passiva, além do apoio paralelo de outros funcionários públicos, que trabalhavam a serviço desses parlamentares.

2. As condutas tipificadas no artigo 333 do Código Penal, supostamente praticadas pelo 1º, o 2º, o 3º, o 4º, o 5º, o 6º, o 7º, o 8º, o 9º e o 10º denunciados, teriam sido praticadas mediante uma divisão de tarefas, detalhadamente narrada na denúncia, de modo que cada suposto autor praticasse uma fração dos atos executórios do *iter criminis*. O que deve ser exposto na denúncia, em atendimento ao que determina o artigo 41 do Código de Processo penal, é de que forma cada um dos denunciados teria contribuído para a suposta consumação do delito, ou seja, qual papel cada um teria desempenhado na execução do crime.

3. Assim, o denominado “núcleo político partidário” teria interesse na compra do apoio político que criaria as condições para que o grupo que se sagrou majoritário nas eleições se perpetuasse no poder, ao passo que os denunciados do dito “núcleo publicitário” se beneficiariam de um percentual do numerário que seria entregue aos beneficiários finais do suposto esquema de repasses.

4. Condutas devidamente individualizadas na denúncia.

5. Existência de base probatória mínima, suficiente para dar início à ação penal.

[...]

8. Denúncia recebida contra o 1º, o 2º, o 3º, o 4º, o 5º, o 6º, o 7º, o 8º, o 9º, o 10º e o 37º acusados, pela suposta prática do crime definido no art. 333 do Código Penal. (grifou-se) (acórdão de recebimento da denúncia, ementa relativa ao item VI)

Nessa oportunidade, o Presidente da Corte, Ministro Ayres Britto, alertou para o risco de que se procedesse à supervalorização do cargo do ex-Ministro da Casa Civil, de modo que a notória influência do réu no Governo Federal não sobrepujasse a necessidade de provas quanto ao alegado. Salientou, inclusive, a importância de discernir entre as atividades

próprias do cargo de José Dirceu, na condução dos legítimos interesses do Governo recém-empossado, e os efetivos indícios da prática de ilícitos (fl. 12.757).

4.2.3.3.2 Alegações finais do réu

Os patronos do acusado em questão argumentaram, insistentemente, no bojo de suas alegações finais, que o Ministério Público Federal não conseguiu colacionar prova alguma em juízo, sob o crivo do contraditório, que cabalmente demonstrasse seu envolvimento em atos de corrupção ativa, tampouco de formação de quadrilha. Segundo a tese da defesa, José Dirceu não exercia mais qualquer ingerência ou controle sobre o Partido dos Trabalhadores desde que renunciou ao cargo de Presidente do mencionado partido, em 2003. Dessa forma, procurou-se negar que o réu tenha praticado qualquer conduta desabonadora, com o fito de ilidir-lhe a autoria dos crimes. *In verbis*:

Ao final desta ação penal, a Acusação não trouxe uma única prova produzida sob o crivo do contraditório para sustentar que José Dirceu integrava e chefiava uma quadrilha.

Nenhuma prova para indicar que o ex-Ministro-Chefe da Casa Civil beneficiou o banco BMG, garantiu a omissão dos órgãos de controle, emitia decisão final para o preenchimento de cargos públicos, comandava as ações dos dirigentes do PT ou manteve vínculos com o corrêu Marcos Valério. Para tentar suprir esta clamorosa falta de provas, o Ministério Público pede sua condenação somente com base em indícios colhidos na fase policial ou em comissão parlamentar de inquérito. (alegações finais, p. 156)

Segundo a defesa, a falta de provas que pudessem ensejar uma condenação somente poderia desembocar na absolvição do acusado. Interpretar de modo diverso, na opinião manifestada pelos causídicos, equivaleria a sustentar uma situação de responsabilidade penal objetiva, unicamente em razão do alto cargo ocupado á época dos fatos.

4.2.3.3.3 O voto de Joaquim Barbosa

Seguindo a ordem do Regimento Interno da Corte, o Ministro Relator Joaquim Barbosa foi o primeiro a proferir seu voto sobre os fatos e provas dos crimes de corrupção ativa correspondentes aos crimes de corrupção passiva, ambos elencados no item VI da denúncia. A expressão “domínio do fato” aparece uma única vez no decorrer de sua manifestação em relação especificamente a José Dirceu (fl. 56.288), *in verbis*:

A meu sentir, está comprovado que o acusado JOSÉ DIRCEU controlava os destinos da empreitada criminoso, especialmente mediante seus braços executores mais diretos, senhores MARCOS VALÉRIO e DELÚBIO SOARES, com a colaboração do denominado “núcleo financeiro”. **JOSÉ DIRCEU detinha o domínio final dos fatos.**

Em razão do cargo elevadíssimo que exercia à época dos fatos, o acusado JOSÉ DIRCEU atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, executando os atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso, executado mediante divisão de tarefas em que as funções de cada corréu encontrava nítida definição. (grifou-se)

Uma leitura de soslaio, descompromissada com o teor integral do voto proferido pelo Ministro Relator, poderia conduzir à conclusão equivocada de que, unicamente “em razão do cargo elevadíssimo que ocupava à época dos fatos”, é plausível concluir que o réu “detinha o domínio final dos fatos”, ou seja, que se estava associando o cargo ao domínio do fato de maneira passiva e automática. Tal interpretação poderia, ainda, ganhar fôlego a partir da seguinte declaração, contida no mesmo voto (fl. 56.232):

O papel do acusado JOSÉ DIRCEU na condução dos rumos daquelas votações é mais do que conhecido. Apesar da tentativa do réu de transferir a responsabilidade por essas reformas aos Ministros das pastas envolvidas, **é fato público e notório que foi o Sr. JOSÉ DIRCEU o principal articulador político a determinar os rumos das votações realizadas no período.** (grifou-se)

Ao exclamar ser fato “público e notório” que José Dirceu foi o principal articulador político a determinar os rumos das votações da EC’s nº 40/2003 e nº 41/2003, o Ministro Joaquim Barbosa quis deixar claro que independia de prova o fato de José Dirceu reunir-se com as lideranças dos partidos no contexto mencionado, exatamente porque condiz com as próprias atribuições de seu cargo fazê-lo. O sentido que se quis conferir não foi o de que prescindia de prova o fato de José Dirceu ter comandado os rumos das votações mediante o pagamento de propina aos membros da Câmara dos Deputados.

Ao proferir juízo de condenação às penas do crime de corrupção ativa em relação a José Dirceu, o Ministro Joaquim Barbosa discorreu longamente sobre os elementos probatórios responsáveis pela formação de seu convencimento. Apenas para citar alguns exemplos: reuniões entre o réu e os dirigentes do Banco Rural e do BMG, na presença de Marcos Valério (chefe do núcleo publicitário, responsável pela distribuição de propina) e de Delúbio Soares (também responsável pelo repasse do numerário), dias antes da aprovação de empréstimos comprovadamente fraudulentos por aquelas instituições financeiras às empresas do núcleo publicitário; saques de vultosas quantias de dinheiro em espécie nas agências dos indigitados bancos, por diversos intermediários, em datas próximas às votações das Emendas Constitucionais nº 40/2003 e nº 41/2003; repasse dos valores às lideranças partidárias com as quais José Dirceu reunia-se com frequência.

Desse modo, não é possível constatar, até então, qualquer referência à teoria do domínio do fato como sucedâneo de elementos probatórios, de maneira a vulnerabilizar os cânones do devido processo legal. A mencionada alusão à teoria deveu-se à conclusão de que, no entender de Joaquim Barbosa, José Dirceu teria reunido os elementos indispensáveis à caracterização do domínio funcional do fato (decisão comum e contribuição relevante para um fato em que haja divisão de tarefas), sendo, portanto, autor.

Não deve passar despercebida, entretanto, nova menção à teoria do domínio do fato que o Relator faz à guisa de conclusão do voto, desta feita em relação a todos os corréus acusados de corrupção ativa no item VI da denúncia (fls. 56.317-56.319). Nessa passagem, após descrever o *modus operandi* da quadrilha¹²⁶, a divisão de tarefas e a fração cominada a cada um dos integrantes, Joaquim Barbosa disserta sobre a teoria do domínio do fato, conferindo maior relevo ao prisma do domínio do fato funcional. Transcreve excertos de Juarez Cirino dos Santos, Cezar Roberto Bitencourt e Damásio de Jesus, nos quais apõe grifos à modalidade de domínio do fato funcional. Por fim, de maneira a destoar da perspectiva que vinha sendo delineada, o Ministro transpõe excerto de obra de Zaffaroni e Pierangeli, na qual os autores tratam da chamada “autoria de escritório” (a qual também será mencionada pelo Revisor Ricardo Lewandowski), modalidade que guarda sensível proximidade ao domínio da organização. O fragmento selecionado sustenta exatamente que o determinador, aquele que está o mais perto possível das fontes de decisão, possui o domínio do fato tanto quanto o executor.

Essa quebra de paradigma parece sedimentar outro equívoco comum quando se trata da teoria do domínio do fato: o que de que ela chancelaria a autoria do mandante. Talvez pela notoriedade adquirida pelo caso Eichmann, e pelo papel que a teoria do domínio da organização assumiu ao possibilitar a responsabilização do “homem de trás” em casos semelhantes, incorporou-se a noção de que a teoria do domínio do fato, em quaisquer de suas vertentes, respaldaria a responsabilização daquele que dá as ordens.

Por oportuno, calha recobrar o arrazoado expendido no item 3.4.2 *supra*, no qual se aduziu que tal conclusão não pode ser extraída de Roxin com tanta segurança. Isso porque, caso o organizador não intervenha nos atos executórios, apenas ajudando a planejar o delito, os agentes diretos terão livre arbítrio para executá-lo ou não, de modo que, caso consumado ou tentado o crime, o mandante só poderá ser responsabilizado a título de participação. Sobre tal entendimento, aliás, também pairam controvérsias, inclusive entre os próprios adeptos da

¹²⁶ Aqui relacionada em sentido lato, não necessariamente atrelada ao sentido que lhe confere o art. 288 do diploma penal.

teoria do domínio do fato. O próprio Roxin, na obra estudada, reserva um tópico (“A polêmica com Welzel¹²⁷”), no qual expõe – e procura refutar – os argumentos do pai do finalismo no tocante a esta particularidade, os quais se mostram frontalmente contrários aos seus.

Consequência – e evidência – desse modo de pensar é o trecho de um debate em que o Ministro Joaquim Barbosa afirmou, categoricamente, que “[...] o autor intelectual, o mandante, o controlador, o organizador é autor, e não partícipe.” (fl. 56.842) Obviamente, tal fato significa tão somente que, para Roxin – o que não exclui entendimento diverso -, o mandante que apenas intervém na organização prefacial do crime é partícipe em vez de autor, mas também deverá ser responsabilizado pelo crime para o qual concorreu, na medida de sua culpabilidade, caso haja provas suficientes para tanto.

4.2.3.3.4 O voto de Ricardo Lewandowski

O voto que se está prestes a apreciar padece de dois equívocos insanáveis em relação à teoria do domínio do fato: primeiro, o de considerá-la uma teoria de cunho processual, adotada com o fito de suprir a insuficiência da produção probatória; segundo, o de equiparar “domínio do fato” a “domínio da organização”, confundindo perigosamente gênero e espécie.

O Ministro Revisor argumentou que o Ministério Público Federal não se desincumbiu do ônus de provar, a contento, a autoria de José Dirceu em relação ao crime de corrupção ativa. Ademais, entendeu que não restou comprovada sequer a existência de corrupção ativa, pois o repasse de valores a parlamentares teria ocorrido em virtude de acordos interpartidários visando ao pagamento de despesas de campanha. Nenhuma relação teria havido, portanto, entre os saques e as votações dos deputados federais. Sobre o assunto, o Ministro é taxativo: “[e]u não vi a prova, eu gostaria de ver uma prova. Olha, fulano entregou esse dinheiro, essa pessoa pessoa (*sic*) saiu de lá e foi votar em tal sentido” (fl. 56.582).

Segundo o magistrado, o processo carceraria de elementos mais robustos que comprovassem a autoria e a materialidade do crime em tela, tais como vídeos ou interceptações telefônicas demonstrando o oferecimento das vantagens ilícitas para determinar que parlamentares praticassem o ato de votar favoravelmente ao Governo. No seu entender, as

¹²⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 326-329.

provas carreadas aos autos não passariam de meros indícios, suficientes a elaborar ilações ou deduções, mas nunca a servir de lastro probatório para uma condenação.

Aduziu ainda que, ante a ausência de provas acerca do envolvimento direto de José Dirceu com os crimes supostamente cometidos, impossível concluir pela sua condenação, “[...] a menos que se queira imputar àquele uma responsabilidade penal objetiva, decorrente do fato de ele ter ocupado no período descrito na denúncia o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil”. (fl. 56.562)

A seguir, o Ministro iniciou o penúltimo tópico de seu voto, intitulado “Da teoria do domínio do fato”, no qual confere à teoria significado completamente discrepante do original, com o claro propósito de demonstrá-la incompatível com o julgamento da Ação Penal 470.

A primeira insinuação tecida pelo Ministro Lewandowski a respeito da teoria abordou a questão da instrução probatória. Argumentou que o Ministério Público Federal, não logrando provar a autoria de José Dirceu, lançou mão da teoria do domínio do fato, a qual prescindiria da produção de evidências concretas para a condenação de um acusado, com base em um “raciocínio especulativo”.¹²⁸ É o que ele afirma no trecho a seguir (fl. 56.565):

Incapaz, portanto, de comprovar as acusações lançadas contra **JOSÉ DIRCEU**, o Ministério Público recorre, num derradeiro esforço de convencimento desta Suprema Corte, à denominada “teoria do domínio do fato”.
Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo *Parquet* como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado.
No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém. (grifos no original)

Conforme se pode extrair do que foi até então exposto, não se trata de uma teoria processual. A teoria do domínio do fato se propõe à diferenciação entre autor e partícipe, traçando os requisitos que considera relevantes para ambas as espécies de intervenção no feito. Obviamente, ela define quais são os pontos-chave que devem ser objeto de comprovação caso se queira aplicá-la, aliás, como toda teoria jurídica. Alaor Leite adverte, oportunamente, que os reflexos na produção probatória podem ser tanto perseguidos na

¹²⁸ A mesma noção de que a teoria do domínio do fato serviria de sucedâneo probatório pode ser percebida em voto exarado pelo Ministro Luiz Fux sobre o item IV da denúncia (correspondente aos crimes de lavagem de dinheiro), embora de forma bem menos explícita. É o que se observa no excerto (fl. 54.864):

“Em síntese justa e apertada: **o seu domínio funcional da ação delituosa acrescido das premissas probatórias descritas na inicial revelam-se prova suficiente**, máxime nesse campo de valoração da prova em crimes de autoria coletiva.” (grifou-se)

própria formulação da teoria como mera decorrência da teoria em si. A teoria do domínio do fato, como teoria material, estaria incluída no segundo grupo; no primeiro grupo, referido doutrinador cita como exemplo a teoria utilizada nos crimes de perigo abstrato, para cuja configuração não há necessidade de se comprovar a efetiva lesão ao bem jurídico protegido, a qual já se presume diante da prática da conduta prevista no tipo. Observe-se que se trata de duas hipóteses substancialmente distintas, de modo que a teoria do domínio do fato não infirma, de modo algum, os direitos e garantias inerentes ao devido processo legal, a exemplo da presunção de inocência e o consequente ônus do Ministério público de provar o alegado. Tais conclusões não são dedutíveis da pena de Roxin, e admitir o contrário seria clara deturpação do comprometimento científico.

Prosseguindo, o Ministro aduz: “[n]ão quero dizer com isso que tal teoria não tenha espaço em situações especialíssimas, como na hipótese de sofisticadas organizações criminosas, privadas ou estatais” (fl. 56.565). Nesse momento, o magistrado começa a discorrer sobre por que a teoria do domínio do fato não se aplicaria ao vertente caso, argumentando, em vários momentos, que ela é reservada a “[...] situações excepcionais, extremas, quando se coloca em xeque o próprio Estado de Direito” (fl. 56.567). Em suma, o domínio do fato foi reduzido a uma de suas subespécies, qual seja o domínio da organização, modalidade de domínio da vontade. Os termos “domínio do fato” e “domínio da organização” são mencionados com indiferença semântica no voto em epígrafe, como se sinônimos fossem.

Conforme detalhado no item 3.3.4 *supra*, o domínio da organização depende dos seguintes requisitos para aperfeiçoar-se: estrutura de poder organizada com rígida hierarquia, fungibilidade de executores imediatos, a qual atua desvinculada do direito, e cujos executores possuem disponibilidade consideravelmente elevada ao fato. Ou seja, o domínio da organização é, de fato, reservado a ocasiões específicas, o que não é verdadeiro afirmar em relação ao domínio do fato, como gênero. Interessante perceber que as menções à teoria do domínio do fato até então direcionadas a José Dirceu, especialmente a do voto anterior, guardavam mais proximidade com o domínio funcional do fato e não com o domínio da organização.

Para suplantar sua confusão entre domínio do fato e domínio da organização, Lewandowski cita o artigo “O mensalão e o ‘domínio do fato – tipo ponderação’”, do jurista Lênio Streck¹²⁹. O título de referida publicação já antecipa o seu conteúdo: o receio de que

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. “O mensalão e o domínio do fato – tipo ponderação”. *Consultor Jurídico*. 6/8/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

aconteça com a teoria do domínio do fato a mesma generalização observada no método da ponderação desenvolvido por Robert Alexy, para tratar de colisão entre princípios. Streck adverte para o elevado de risco de vulgarização de uma tese concebida para tratar da autoria em situações muito específicas, “porque mais destinada – o que não quer dizer exclusivamente – a acusar os mandantes de crimes políticos ou de violadores dos direitos humanos”. E vai além, ao asseverar que o próprio Roxin confirmou ter elaborado a tese em virtude do caso Eichmann (ocasião na qual lança dúvida sobre se seria esta uma “tese de exceção”).

Prosseguindo com o voto, o Ministro ressalta que existem autores, a exemplo de Zaffaroni e Pierangeli, que “[...] restringem a utilização da referida teoria a casos muito específicos, na linha, aliás, da formulação inicial de Roxin” (fls. 56.567 e 56.568), procedendo à transcrição um excerto da obra *Manual de direito penal brasileiro*, dos referidos autores, a qual “corroboraria” o que vem sendo defendido até então. Entretanto, cumpre ressaltar que o trecho trazido à colação está inserto no item “VII – autoria mediata com determinado culpável e punível” do Capítulo “XXXIII – A Autoria” da indigitada obra. Na passagem trazida à baila, Zaffaroni e Pierangeli tratam da chamada “autoria mediata especial”, ou “autoria de escritório”, cuja configuração guarda mais afinidade com a modalidade de autoria mediata por domínio da organização sustentado por Claus Roxin¹³⁰. Esta não é a oportunidade em que o manual trata da teoria do domínio do fato, e também não confina a teoria em tela ao âmbito da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder, como quer fazer crer o Ministro Lewandowski.

A patente mixórdia entre gênero e espécie traz resultados catastróficos à comunidade jurídica. Admitindo-se domínio do fato e domínio da organização como sinônimos, a conclusão é a de que o Supremo Tribunal Federal estaria transportando para um caso brasileiro uma teoria alemã que “permite responsabilizar o mandante”, porém concebida para situações de anormalidade institucional, e que referida estratégia teria escondido a finalidade de condenar um réu sem provas. Obviamente, tal afirmação, que é de todo falaciosa, soa absurda aos ouvidos de qualquer operador do direito e parece subverter todas as garantias de processo penal até então consolidadas no Texto Maior.

A rigor, nem a correta aplicação do domínio funcional do fato permite responsabilizar o mandante que não intervenha nos atos executórios, conforme lembrado nas observações direcionadas ao voto de Joaquim Barbosa. De outro giro, Roxin também não

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 607-608.

admite que se empregue o domínio da organização em situações de normalidade institucional, a exemplo da criminalidade organizada empresarial. O jurista alemão é inflexível quanto à imprescindibilidade desse atributo, pois a falta dele acarretaria a de outros dois: a fungibilidade dos executores diretos e a sua elevada disponibilidade para o fato¹³¹. O assunto já havia sido alvo de esclarecimento quando da exposição do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder.

É verdade que Roxin não ignora a dificuldade de se conformar a criminalidade empresarial aos parâmetros hoje existentes de autoria e participação, mas sustenta que encará-las sob a ótica da autoria mediata dos dirigentes por meio do domínio da organização não seria a melhor solução. Para o deslinde de tais casos, o doutrinador propõe que se aplique a sistemática dos delitos de infração de dever (examinada no item 3.5 *supra*), embora ainda não haja consenso sobre o tema¹³² e haja diversas propostas de soluções para essa intrigante questão¹³³.

Por fim, o voto remete à aula inaugural proferida por Roxin na Universidade de Lucerna, em 21 de junho de 1963, ocasião na qual o jurista teria manifestado preocupação “[...] com o alcance indevido que alguns juristas e certas cortes de justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal alemão, estariam dando a ela, especialmente ao estendê-la a delitos econômicos, sem observar os pressupostos essenciais para sua aplicação [...]”, dentre os quais são citadas a fungibilidade de seus membros e a desvinculação do aparato organizado de poder em relação ao ordenamento jurídico.

Trata-se, mais uma vez (e já se torna modorrento afirmá-lo novamente), da sedimentada confusão entre gênero e espécie de que padece o voto em epígrafe. A preleção de Claus Roxin a que se refere Ricardo Lewandowski consiste na versão atualizada do artigo *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*, traduzida para o espanhol como *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, e até mesmo para o português, sob o título *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, sendo este último a fonte indicada em nota de rodapé do voto.

¹³¹ ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómes Navajas. **Revista Penal**, n. 18, 2006, p. 242-248.

¹³² Sobre o assunto, consultar DUTRA, B. M. A. *A Imputação Penal dos Dirigentes de Estruturas Organizadas de Poder: teoria do domínio da organização*. 2012. 204 p. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

¹³³ Muñoz Conde, por exemplo, embora reconheça as insuficiências teóricas para atribuir a condição de autor aos dirigentes e administradores de complexos empresariais, também partilha do entendimento de que não lhes é aplicável a teoria do domínio da organização. Entretanto, diverge de Roxin ao admitir que o dirigente seja autor mediato em virtude de erro, se o executor direto for penalmente irresponsável, ou mesmo coautor, se o executor for responsável. (¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho”? **Revista Penal**, n. 6, 2000, p. 104-114.)

No bojo desse artigo, o objeto do desalento externado por Roxin é exatamente a extensão, que ele considera indevida, da teoria do domínio da organização para a esfera da criminalidade empresarial, sobretudo pelo Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH)¹³⁴. O assunto já foi revisitado linhas acima, só merecendo ser tangenciado novamente para deixar claro que quase todas as fontes enunciadas pelo voto em análise, em vez de confirmarem a posição exarada pelo Ministro, só servem a infirmá-la e a denunciar o desalinho de ideias, caso estudado o contexto em que se inserem.

4.2.3.3.5 O voto de Gilmar Mendes

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes esclarece, em boa hora, que a teoria do domínio do fato não se presta a elastecer o conceito de autoria, tampouco a suprir a ausência de provas com o fito de servir de substrato a uma condenação. Aduz ainda que não é necessário recorrer à teoria estrangeira como fundamento, bastando atentar-se para o conteúdo proclamado pelo art. 29 do CP.

Nessa esteira, adverte que, embora não exista uma prova direta cabal acerca da autoria de José Dirceu em relação à corrupção ativa, de que tanto se ressentiu o Ministro Lewandowski, tal não impossibilitava os magistrados de exercerem seu poder-dever crítico quanto à concatenação das provas efetivamente constantes dos autos, em cotejo com o contexto em que estão inseridas.

Transcreveu excertos de *A lógica das provas em Matéria Criminal*, de Nicola Malatesta, os quais professam a existência de tênues fios condutores que revelariam ao espírito humano aquilo que não está à disposição diretamente, justamente aquilo que o agente obviamente se esforça para esconder. Os trechos revelam, ademais, a importância de não se menosprezar o conhecimento obtido indiretamente, visto que a percepção direta seria responsável por revelar muito pouco da realidade.

Empós, prosseguiu acerca da importância da prova indiciária, prevista no art. 239 do CPP. Com espeque em *A motivação das decisões penais*, de Antônio Magalhães Gomes Filho (fl. 56.726), ilustrou que as provas dividir-se-iam em direta (ou histórica) e indireta (ou crítica), segundo a sua relação entre o fato a ser provado e o objeto da prova: com a primeira espécie de prova, o fato a ser provado seria descoberto a partir de uma única inferência; a

¹³⁴ ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómes Navajas. **Revista Penal**, n. 18, 2006, p. 242-248.

segunda espécie de prova, por outro lado, suporia a realização de duas inferências. Desse modo, não haveria hierarquia ou diferença ontológica entre uma e outra.

Como provas suficientes à demonstração de autoria de José Dirceu, o ministro Gilmar Mendes considerou as declarações de outros corréus, de testemunhas, documentos, laudos técnicos, relatórios da CPMI dos Correios, *etc.*, de modo que “[a] conclusão, portanto, deriva de um juízo crítico da prova dos autos, num exame contextualizado dos diversos elementos de prova, concatenado lógica e cronologicamente” (fl. 56.728). Todos esses elementos, aparentemente desconexos, serviriam de base a um “grande mosaico”, em paráfrase a termo utilizado no voto do Relator.

Convém citar, por apego ao debate científico, que o valor de provas indiciárias, sobretudo para efeitos de condenação penal, não goza de tamanho consenso na doutrina. Em posições divergentes, calha colacionar o que subscrevem, respectivamente, Nestor Távora e Eugênio Pacelli no tocante ao tema em apreço:

Estamos diante de prova indireta, que exige uma ilação para que se chegue à determinada conclusão, mas nem por isso de menor importância do que as demais provas, indiretas ou não. Tem valor relativo como todas as demais, podendo lastrear validamente sentença condenatória ou absolutória.¹³⁵

Quando, ao contrário, pretender-se, com os indícios, demonstrar fatos ou circunstâncias que podem normalmente se reduzir à prova *material*, tais como a *autoria*, e sobretudo correndo o risco de ser redundante, a *materialidade*, o valor probatório dos indícios haverá de ser muito reduzido, quando nenhum. Nesse campo, é bom lembrar que o próprio Código de Processo Penal não faz referência expressa a *fatos*, mas, sim, a *circunstâncias*, com o que não deve aceitar a prova da existência do crime ou da autoria por meio de simples provas indiciárias, que são *circunstanciais* por excelência. Nesses casos, elas deverão ser consideradas o que verdadeiramente são: indícios.¹³⁶ (grifos no original)

É verdade que o dissenso doutrinário quanto às provas indiciárias pôde ser observado no campo da Ação Penal 470. Contudo, à margem das discussões que gravitaram em torno de ser a prova dos autos suficiente ou não, o que já se pode afirmar, seguramente, é que, caso alguém conclua que o réu José Dirceu foi condenado à revelia de suficiente lastro probatório, tal consequência gravosa não pode ser debitada à teoria do domínio do fato.

Em primeiro lugar porque, conforme mencionado alhures, tal teoria não tem o propósito de suprir eventual ausência de provas. Em segundo lugar, e principalmente, porque não foi constatada, em qualquer dos votos que opinaram pela condenação do acusado, alusão

¹³⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 464.

¹³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.*, p. 439.

à teoria com vistas a essa finalidade. Pelo menos no campo do que foi dito expressamente, as condenações basearam-se em provas, e não na teoria do domínio do fato.

4.2.3.3.6 O voto de Celso de Mello

O Decano da Corte também proferiu voto refutando as premissas adotadas pelo Ministro Revisor, no tocante à teoria do domínio do fato. Após discorrer acerca das bases históricas da teoria, atentou para as subdivisões que se operam em torno do domínio do fato, dentre as quais o domínio da organização, bem como rejeitou que referida teoria, de alguma forma, atenuasse o ônus do Ministério Público de provar o alegado. Ao final, asseverou (fl. 56.821):

De outro lado, e uma vez reconhecida a plena compatibilidade dessa formulação teórica com o sistema constitucional **e com** a regulação normativa, *pelo Código Penal*, do concurso de pessoas, **e tendo em vista, sobretudo, o que venho** de acentuar **em torno** da jurisprudência **desta** Corte **que ampara, sem restrições quaisquer, a presunção constitucional** de inocência, **cabe repelir** a alegação, *de todo inadmissível*, de que a teoria do domínio do fato *poderia ensejar* o reconhecimento da responsabilidade penal objetiva dos réus.

Tenho para mim, consideradas **as espécies de autoria em matéria penal, que a acusação** formulada pelo Ministério Público contra os denunciados **que compõem** o *núcleo político e o núcleo operacional*, **examinada, inclusive**, a questão pertinente à *coautoria*, **afasta qualquer hipótese, no caso, tal como bem o demonstrou** o eminente Relator, *de responsabilidade penal objetiva* dos réus, *de resto inexistente* em nosso sistema constitucional. (grifos no original)

Apesar de deveras oportuno e esclarecedor, o voto do Ministro Celso de Mello demanda duas observações.

Em primeiro lugar, afirma que o reconhecimento da teoria do domínio do fato, a diferenciar autor de partícipe, apenas poderia influenciar no *quantum* estabelecido na dosimetria da pena, nos termos do art. 29 do CP. Assim o diz o Ministro (fl. 56.814):

Há que se destacar, ainda, *por necessário*, **que a adoção**, pela legislação brasileira, **da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta** a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, **da teoria do domínio do fato**.

Na realidade, uma teoria **não exclui** a outra, **pois** o reconhecimento de uma **ou** de outra apenas poderá influenciar no “*quantum*” **a ser definido** na operação de dosimetria penal, **nos termos** do art. 29 do CP. (grifos no original)

Tal simplificação teórica é fortemente combatida por Roxin, o qual defende ser a questão da autoria/participação referente ao injusto, e não ao merecimento de pena¹³⁷. De fato, uma das consequências advindas da separação entre autor e partícipe consiste, em regra, na diminuição de pena deste último; entretanto, não se pode olvidar que a participação

¹³⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 49.

desempenha uma função de acessoriedade em relação à autoria, com todos os conseqüentários oriundos dessa subordinação (a exemplo do art. 31 do CP).

Em segundo lugar, ao estabelecer as espécies do gênero “domínio do fato”, assim o faz (fl. 56.818): “(a) a do domínio de ação, (b) a do domínio de vontade, (c) a do domínio funcional e (d) a do domínio das organizações (ou dos aparatos organizados, tanto os aparatos governamentais quanto os aparatos empresariais)”. Cumpre observar que o item “d” deveria estar contido, conforme a taxonomia sugerida por Roxin, no item “b”. Entretanto, não é esse o motivo principal do reparo aqui proposto, e sim, o fato de os aparatos empresariais estarem confortavelmente elencados no âmbito de aplicação da teoria do domínio da organização¹³⁸, como se o assunto fosse pacífico doutrinariamente. Entretanto, além de tal posição ser frontalmente contrária à tese defendida por Roxin, o tema é alvo de intensa polêmica e está longe de abrigar uniformidade doutrinária e jurisprudencial.

¹³⁸ Semelhante equívoco também pôde ser percebido na fala do Ministro Ayres Britto, ao dispor: “[...] refiro-me à circunstância de o delito de gestão fraudulenta (na linha dos demais crimes econômicos) estar imbricado com o funcionamento de pessoa jurídica, ou, parafraseando Claus Roxin, **com o funcionamento de um “aparato organizado de poder”**” (fl. 54.502). Nesse excerto, ignora-se o fato de que, para Roxin, “aparatos organizados de poder” remetem tão somente às organizações delitivas concebidas com a tutela do Estado ou completamente dissociadas dele (como máfias, organizações terroristas *etc.*). Tal não é o caso, repise-se, das sociedades empresárias.”

5 CONCLUSÃO

A análise voltada à aplicação da teoria do domínio do fato no bojo da Ação Penal 470 demonstrou acentuado descompasso entre o sentido que lhe foi conferido por Claus Roxin e as menções à teoria ao longo do processo. Se, em alguns pontos, o desalinhamento entre ambos não parece digno de relevo, em outros casos é imprescindível que se proceda à adoção de máxima cautela para que não se afrontem as garantias processuais dos acusados estampadas na Constituição Federal.

Comungando-se as informações extraídas dos Capítulos 2 e 3, é viável concluir que o manuseio da teoria do domínio do fato não se configura imprescindível a uma sentença penal condenatória, pelo menos segundo a sistemática vigente no Brasil. Isso porque a referida teoria se propõe a diferenciar autor de partícipe, e o Código Penal brasileiro não dispôs sobre a obrigatoriedade dessa distinção. Por outro lado, se o legislador não a reputou compulsória, também não a vedou, visto que não há na lei opção expressa por um conceito unitário ou diferenciador de autoria, gozando este último, aliás, de preferência doutrinária. Dessa forma, com vistas a respeitar o caráter individualizado das penas de acordo com a participação específica de cada agente, a teoria do domínio do fato exsurge como uma opção cuja aplicação é plenamente plausível, porquanto sustenta um conceito diferenciador e restritivo de autoria.

Admitir a teoria do domínio do fato, a qual sedimenta um conceito restritivo de autor, implica dizer que os requisitos para identificar a autoria de um delito estão contidos no próprio tipo penal, e todos os demais intervenientes no delito, chamados partícipes, serão responsabilizados por meio de normas de extensão contidas na Parte Geral. Nessa medida, segundo a teoria do domínio do fato, o autor deverá necessariamente praticar a conduta descrita no tipo, seja executando-a diretamente e por completo (por meio do domínio da ação), seja executando apenas fração dos atos executórios em coautoria com outrem, com quem partilha a decisão comum do fato (por meio do domínio funcional do fato), seja de maneira ficta, por meio de interposta pessoa cuja vontade lhe é juridicamente subordinada (por meio do domínio da vontade). Fora desses casos, delineados no Capítulo 3, não há autoria, e sim participação.

Com relação ao emprego da teoria ora debatida na Ação Penal do “mensalão”, registra-se que, diante de tão complexo amálgama de votos, intervenções, debates e divergências, tornou-se necessário não apenas detectar tecnicamente o que seria considerado “certo” ou “errado” sob a ótica da teoria do domínio do fato trazida a lume por Roxin, ou

mesmo se tal aplicação da teoria colidiria com o ordenamento jurídico nacional. Era preciso vislumbrar o impacto que aquela interpretação da teoria, realizada correta ou equivocadamente, teria efetivamente acarretado para o valor sistemático da manifestação exarada, em cotejo com os demais argumentos coligidos à guisa de fundamentação.

Observou-se, nos autos em estudo, o reiterado emprego da expressão “domínio do fato” de maneira genérica, sem que houvesse qualquer preocupação com seu significado científico. Em alguns trechos, foi possível constatar uma utilização tautológica, circular, na qual o agente foi reputado autor “porque tinha o domínio do fato”, e não porque efetivamente se preocupasse em demonstrar a presença dos requisitos que o tornassem senhor do fato, seja na modalidade de domínio da ação, de domínio da vontade ou de domínio funcional do fato.

Dessa forma, constrói-se uma fundamentação que, embora carente de significado, reveste-se da indumentária de autoridade científica que o termo sugere. Essa postura deve ser fortemente combatida, com o fito de repelir o esvaziamento semântico da expressão “domínio do fato” de modo a ser possível subsumir-lhe simplesmente a opinião pessoal do magistrado, na solução do caso concreto.

Outro aspecto a ser ressaltado foi o emprego da teoria a delitos próprios, nos quais, segundo Roxin, a autoria seria determinada não segundo o domínio do fato, mas segundo a infração de um dever especial do agente, situado além do direito penal. Desse modo, lançou-se mão da teoria do domínio do fato, indevidamente, para fundamentar autoria em crimes que têm estreita relação com a competência funcional do agente em determinado cargo ou profissão, o que certamente contribuiu para disseminar a concepção errônea de que a teoria do domínio do fato geraria responsabilidade em razão do cargo ocupado pelo acusado, ou ainda, que respaldaria a chamada “responsabilidade objetiva”. Trata-se de um reducionismo apressado e malfeito, que não resiste ao crivo de qualquer análise relativamente apurada.

A indigitada impropriedade pôde ser aferida na condenação do réu Vinícius Samarane, pelo crime de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86). Na oportunidade, apenas os Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes fizeram menção à teoria do domínio do fato em seus votos. Conforme enunciado no tópico destinado à espécie, não se considerou oportuna a alusão à teoria em um crime próprio, principalmente tendo em vista que a própria fundamentação subsequente guardava mais intimidade com a dos crimes comissivos impróprios (ou comissivos por omissão). Os elementos de convicção apontados incluíram o poder e o dever de agir do réu para evitar a concretização e a perpetuação de práticas de gestão fraudulenta no interior do Banco Rural, bem como sua

omissão dolosa. Entretanto, ressaltou-se o fato de não ter sido feita qualquer referência ao art. 13, § 2º do Código Penal, providência que se afigurava necessária em razão do caráter omissivo impróprio do delito em epígrafe.

Problema adicional refere-se à confusão que se fez entre domínio do fato e domínio da organização e a alusão indistinta a ambos os termos, como se fossem sinônimos. Conforme restou demonstrado, esta é espécie daquela e impescinde do adimplemento de condições bem específicas à sua configuração, quais sejam: existência de aparato de poder hierarquizado com forte rigidez hierárquica e poder de mando das instâncias superiores; fungibilidade dos executores de ordens; desvinculação do direito; propensão consideravelmente alta do executor direto para realizar o fato.

Tais requisitos, conforme quedou fartamente consignado, não são extensíveis às demais modalidades de domínio do fato, ou seja, não é correto, por exemplo, aludir à fungibilidade de membros em um contexto que se trate do domínio funcional do fato. Em contrapartida, Roxin defende a imprescindibilidade de todos eles para que caiba aplicar a teoria do domínio da organização, em especial o fato de referida organização se estruturar à revelia da ordem jurídica ou em sobreposição a ela (como no caso dos Estados totalitários, os quais não contrariam formalmente o direito, porém têm o condão de manipulá-lo). Embora tal posicionamento não esteja imune a divergências, tal é o posicionamento de Roxin, que defende a inaplicabilidade do domínio da organização a sociedades empresárias, por exemplo.

Nos autos da ação penal em análise, alguns Ministros, a exemplo de Ricardo Lewadowski, Ayres Britto e Rosa Weber, demonstraram confusão entre gênero e espécie no tocante a esse particular. O Ministro Celso de Mello, por sua vez, embora tenha atestado conhecimento mais profundo acerca das diversas modalidades de domínio do fato, mencionou as empresas como âmbito de aplicação da teoria do domínio da organização, sem sequer mencionar a conflituosa divergência doutrinária que existe a respeito do tema. A transposição da teoria da organização, com a respectiva autoria mediata de seus dirigentes, ao âmbito da criminalidade em bancos ou partidos políticos, por exemplo, necessitaria de robusta fundamentação jurídica a respaldá-la, pois essa possibilidade não foi prevista em sua acepção original e até hoje é rechaçada pelo jurista que a idealizou.

Quanto ao caso envolvendo o réu José Dirceu e o crime de corrupção ativa, impende consignar que a discussão gravitou em torno do juízo de valor acerca do fato de serem as provas carreadas aos autos bastantes ou não para referendar sua condenação. Os Ministros que votaram nesse sentido o fizeram porque reputaram as provas suficientes para lastrear tal decisão, com amparo no art. 29 do Código Penal, de modo que o teriam feito com

ou sem o recurso à teoria do domínio do fato. A referida teoria, a qual exerceu papel coadjuvante nas condenações, não foi invocada – pelo menos segundo se depreende do texto expresso dos votos – com a finalidade de suprir provas faltantes; nem poderia sê-lo, visto que, conforme exposto, não se presta a esse desiderato.

Nesse sentido, o máximo que se pôde apurar sobre a aplicação da teoria do domínio do fato ao réu José Dirceu, em direção tecnicamente oposta à do entendimento roxiniano, foi a afirmação, especialmente, exarada pelo Ministro Joaquim Barbosa, de que o mandante seria autor e não partícipe. Conforme se expendeu, a obra de Roxin veicula o oposto, mas o tema também abriga controvérsias, até mesmo entre os defensores da teoria do domínio do fato. Do mesmo modo, cumpre lembrar que o partícipe também será responsabilizado, na medida de sua culpabilidade, e nada impede, pelo menos na sistemática brasileira, que receba pena equivalente ou superior à do autor.

O cerne do imbróglio era, pois, a (in)suficiência de provas consideradas indiciárias para que se proferisse um juízo de condenação, e não a teoria do domínio do fato. Portanto, caso uma análise voltada especificamente ao teor do manancial probatório acostado aos autos conclua que houve responsabilização penal à míngua da existência de provas idôneas, essa pecha não poderia, de forma alguma, ser associada à teoria do domínio do fato.

Pelas razões acima expendidas, conclui-se que houve supervalorização do papel desempenhado pela teoria do domínio do fato da Ação Penal 470. Pelos fundamentos dos votos, e pela própria estrutura do Código Penal brasileiro, a teoria não teve o condão de desviar os rumos do julgamento, nem para suprir provas faltantes, nem para cancelar uma inaceitável responsabilidade penal objetiva, tal como alardeado pelos meios de comunicação.

É bem verdade que, muitas vezes, a alusão à teoria padeceu de sensíveis impropriedades – as quais foram demonstradas ao longo deste trabalho –, mas eventual falta de intimidade entre os magistrados e a teoria não implica, necessariamente, que o julgamento tenha desembocado em condenação sem provas ou em responsabilidade objetiva. Aliás, o Ministro cujo voto se encontra eivado dos mais graves e im procedentes equívocos em relação especificamente à teoria do domínio do fato – o Revisor Ricardo Lewandowski – votou justamente pela absolvição do réu José Dirceu de Oliveira, cujo caso foi o que mais provocou polêmica no tocante à aplicação da teoria.

Tal qual a “falácia do espantalho”, na qual não se refuta um argumento propriamente dito, mas uma visão distorcida desse mesmo argumento, proliferou-se uma noção da teoria do domínio do fato baseada em reducionismos e em conclusões açodadas, sobretudo pela repetição passiva e acrítica de argumentos de segunda mão, sem consulta às

respectivas fontes. Associou-se, indevidamente, a teoria do domínio do fato a consequências nefastas e intoleráveis em um Estado Democrático de Direito, e isso pareceu ter sido suficiente para desconstituir seu prestígio científico perante a opinião pública. Entretanto, como boatos e argumentos de “ouvir dizer” não devem constituir a tônica do debate jurídico, mister se faz desmistificá-los, sob pena de se engessar o progresso da ciência.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Eichmann in Jerusalem** – A report on the banality of evil. New York: The Viking Press, 1964.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder**: teoria do domínio da organização. 2012. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato. Folha de S. Paulo, São Paulo, 18 out 2013. Disponível em: <<http://folha.com/no1358310>> Acesso em: 5 nov. 2013.

_____. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal** – parte geral. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 106, 2014.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Tradução do alemão de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1995.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A autoria no Código Penal e a teoria do domínio do fato. *Caderno jurídico da ESMP de São Paulo*. São Paulo, v. 1, p. 169-178, abr/jun. 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho”? **Revista Penal**, n. 6, 2000, p. 104-114.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** – parte geral e parte especial. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Autor e cómplice en derecho penal**. Buenos Aires: BdeF, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómes Navajas. **Revista Penal**, n. 18, 2006, p. 242-248.

_____. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. *In*: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55-75.

STRECK, Lenio Luiz. O mensalão e o domínio do fato – tipo ponderação. *Consultor Jurídico*. 6/8/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>, acesso em 28/04/2014>. Acesso em: 10 mai. 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.