

# **A incompatibilidade da teoria do domínio do fato, em especial a de roxin, com a ordem jurídico-penal brasileira**

**Rafael Augusto Damasceno Penati**

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo aborda a teoria do domínio final do fato, de Welzel, e a teoria do domínio do fato, de Roxin, com a possibilidade de aplicação ou não da aludida figura na ordem jurídico-penal pátria, ressaltando-se os julgados divergentes e indevidamente fundamentados da jurisprudência, que se mostram como uma representação da igualmente confusa doutrina nacional. Aborda-se, superficialmente, os conceitos de autoria, participação e concurso de agentes, permitindo-se, desse modo, uma ideal familiarização do leitor com as teorias do domínio do fato criadas pelos conceituados juristas alemães.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, haja vista que o artigo visa a analisar a aplicação ou não da teoria do domínio do fato, em especial a de Roxin, no ordenamento jurídico pátrio.

No que tange ao método jurídico, insta salientar que segue a linha do historicismo crítico, eis que indaga a possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro, que adotou o sistema unitário de autor, à medida que Roxin pensou mencionada teoria com base no sistema diferenciador adotado pelo Código Penal Germânico.

Destarte, o objetivo do presente artigo é sintonizar o leitor, expondo os conceitos de autoria, participação e concurso de agentes, possibilitando uma análise sobre a aplicação da teoria do domínio do fato, em especial a de Roxin, no ordenamento jurídico-penal pátrio.

Inicialmente, insta salientar que, ao longo dos tempos, emergiram diversas teorias que buscaram definir o conceito de autor. Assim, passaremos a abordar as principais delas.

### **Teoria subjetiva, monista ou unitária**

Não existe a diferença das figuras de autor e partícipe. Autor, para aludida teoria, seria o indivíduo que contribui de qualquer modo à produção de um resultado com relevância penal.

Ao fulcrar a teoria subjetiva ou unitária, aduz Masson (2011, p.501):

Seu fundamento repousa na teoria da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*, pois qualquer colaboração para o resultado, independente do seu grau, a ele deu causa. Essa teoria foi adotada pelo Código Penal, em sua redação primitiva datada de 1940.

Complementando, De Azevedo e Salim (2017, p.352):

Exemplo: no crime de homicídio, são considerados autores tanto aquele que efetua o disparo (ato de matar) como aquele que fornece a arma desejando auxiliar na execução do crime, ou seja, não há diferença entre autor e partícipe, pois todos são autores, já que deram causa ao resultado. Lembremos que causa é toda conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Portanto, a teoria subjetiva, monista ou unitária foi a adotada pelo Código Penal de 1940, primeiramente, a qual, além de não distinguir autor de partícipe, considera aquele quem, de qualquer maneira, deu causa ao resultado, eis que preconizou em seu artigo 29 que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas”.

No entanto, com a reforma da Lei nº 7.209/1984, o artigo 29, do Código Penal, passou a ter a seguinte redação: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Portanto, verifica-se que o Código Penal pátrio adotou a teoria monista ou unitária temperada do conceito de autor e não a teoria diferenciadora, com supedâneo no sistema unitário funcional, eis que estabelece uma diferenciação somente conceitual de autoria e participação, entretanto renuncia a toda e qualquer distinção valorativa e existencial entre eles, ou seja, autor e partícipe concorrem e respondem pelo mesmo crime praticado. Em outras palavras: há diferenças entre autoria e participação apenas na teoria, contudo não na prática.

### **Teoria extensiva**

Conceituada por Mezger, fundamenta-se, igualmente, na teoria da equivalência dos antecedentes, à medida que não diferencia partícipe de autor.

Nessa linha de raciocínio, Masson (2011, p.501) suscita uma simples diferença com a teoria mencionada no item anterior: “É, todavia, mais suave, porque admite causas de diminuição da pena para estabelecer diversos graus de autoria. Aparece nesse âmbito a figura do cúmplice: autor que concorre de modo menos importante para o resultado.”.

Destarte, a teoria extensiva do conceito de autor preceitua graus distintos de autoria, permitindo causas de diminuição da pena, nascendo, desse modo, a figura do cúmplice, isto é, aquele autor que concorre de maneira menos importante para a produção do resultado, o que ocasiona a aplicação menos severa da sanção penal.

### **Teoria restritiva, objetiva ou dualista**

Alguns doutrinadores entendem que se trata da teoria adotada pela Lei nº 7.209/1.984. Destacam tais autores que a mencionada teoria difere essencialmente autor de partícipe, com fulcro no item 25, da Exposição de Motivos nº 211:

Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas”, decreto mais abrangentes, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Em completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos critérios dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria de participação. Distinção, aliás, reclamada com eloqüência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.

Destarte, como grande parte da doutrina adota referida teoria, será amplamente abordada no presente artigo. Assim, a teoria restritiva, objetiva ou dualista se subdivide em outras três, quais sejam:

#### a) Teoria objetivo-formal

Conforme Masson (2011, p.502):

Autor é quem realiza o núcleo (“verbo”) do tipo penal, ou seja, a conduta criminosa descrita pelo preceito primário da norma incriminadora. Por sua vez, partícipe é quem de qualquer modo concorre para o crime, sem praticar o núcleo do tipo. Exemplo: quem efetua disparos de revólver em alguém, matando-o, é autor do crime de homicídio. Por sua vez, aquele que empresta a arma de fogo para essa finalidade é partícipe de tal crime.

Desse modo, insta salientar que autor é quem pratica o verbo núcleo do tipo (exemplo: matar), à medida que o partícipe apenas concorre para a prática do ilícito, sem realizar o verbo núcleo do tipo.

Complementa Masson (2011, p.502):

Destarte, a atuação do partícipe seria impune (no exemplo fornecido, a conduta de auxiliar a matar não encontra correspondência imediata no crime de homicídio) se não existisse a norma de extensão pessoal prevista no art. 29, *caput*, do Código Penal. A adequação típica, na participação, é de subordinação mediata.

Conclui-se, dessa forma, que apenas se torna punível a conduta realizada pelo partícipe em razão da previsão de norma de extensão pessoal no artigo 29, *caput*, do Código Penal: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”.

A teoria objetivo-formal é a aceita por grande parte da doutrina, mas se revela falha no que tange à autoria mediata, a qual, segundo Masson (2011, p.502): “é a modalidade de autoria em que o autor realiza indiretamente o núcleo do tipo, valendo-se de pessoa sem culpabilidade ou que age sem dolo ou culpa.”.

#### b) Teoria objetivo-material

Diz Masson (2011, p.502):

Autor é quem presta a contribuição objetiva mais importante para a produção do resultado, e não necessariamente aquele que realiza o núcleo do tipo penal. De seu turno, partícipe é quem concorre de forma menos relevante, ainda que mediante a realização do núcleo do tipo.

Assim, para a teoria objetivo-material pouco importa quem pratica o verbo núcleo do tipo, mas sim quem colabora de forma mais ou menos relevante, sendo considerado autor aquele e partícipe este.

#### c) Teoria do domínio do fato

Hans Welzel, pai do finalismo penal, inventou essa teoria com o escopo de inseri-la no meio das teorias subjetiva e objetiva, posicionando-se, destarte, entre as duas.

Masson (2011, p.502) aduz: “Para essa concepção, autor é quem possui controle sobre o domínio final do fato, domina finalisticamente o trâmite do crime e decide acerca da sua prática, suspensão, interrupção e condições.”. Destarte, o jurista brasileiro adota a teoria do domínio do fato pensada por Welzel e não a de Roxin, razão pela qual somente se abordará aquela neste tópico e de maneira bastante simplificada.

Complementa Masson (2011, p.503): “A teoria do domínio do fato amplia o conceito de autor, definindo-o como aquele que tem o controle final do fato, apesar de não realizar o núcleo do tipo penal.”.

Conclui-se que autor, segundo a teoria do domínio do fato, de Welzel, é quem possui o controle da intenção criminosa, não sendo necessária, destarte, a prática do verbo núcleo do tipo.

Nesse diapasão, há os seguintes conceitos de autor para Masson:

I) Autor Propriamente Dito: aquele que realiza o verbo núcleo do tipo;

II) Autor Intelectual: consoante Masson (2011, p.503):

É aquele que planeja mentalmente a empreitada criminosa. É autor, e não partícipe, pois tem poderes para controlar a prática do fato punível. Exemplo: o líder de uma organização criminosa pode, do interior de um presídio, determinar a prática de um crime por seus seguidores. Se, e quando quiser, pode interromper a execução do delito, e retomá-la quando melhor lhe aprouver.

Autor intelectual seria então o planejador do fato tido como crime. Diverge do partícipe, eis que detém poderes de controle acerca da prática do ilícito penal.

III) Autor Mediato: é quem utiliza um inimputável ou uma pessoa que age sem culpa ou dolo para a prática do crime;

IV) Coautores: segundo Masson (2011, p.503): “A coautoria ocorre nas hipóteses em que o núcleo do tipo penal é realizado por dois ou mais agentes. Coautor, portanto, é aquele que age em colaboração recíproca e voluntária com o outro (ou os outros) para a realização da conduta principal (o verbo do tipo penal).”.

Portanto, considera-se autor quem pratica o verbo núcleo do tipo em conjunto com uma ou mais pessoas.

Já a teoria do domínio do fato de Welzel diferencia as figuras de autor e partícipe. Masson (2011, p.503) tece os seguintes comentários:

Partícipe, no campo da teoria do domínio do fato, é quem de qualquer modo concorre para o crime, desde que não realize o núcleo do tipo penal nem possua o controle final do fato. Dentro de uma repartição estratificada de tarefas, o partícipe seria um simples concorrente acessório.

Conforme Welzel, partícipe é quem concorre à produção do resultado, desde que não pratique o verbo núcleo do tipo e não detenha o domínio final do fato.

Em suma, cumpre consignar que o partícipe apenas possui o domínio da vontade da própria conduta, caracterizando-se como um verdadeiro “colaborador”, ou seja, uma figura marginal, não detendo, por conseguinte, o domínio final (intencional) do fato. O crime, em si, não lhe pertence, isto é, o partícipe contribui no ilícito de outrem (JESUS, 2002, p. 26).

### **Conceito de autor seguido pelo código penal**

Infere-se, assim, com o estudo realizado até o momento, que o Código Penal adota a teoria unitária temperada do conceito de autor, com supedâneo no sistema unitário funcional, que diferencia autor e partícipe apenas na teoria, não trazendo relevância para a prática, haja vista que, segundo verificado no artigo 29, do CP, pela reforma de 1984, o gente responde pelo fato típico na medida de sua culpabilidade, ressaltando-se que um partícipe pode possuir maior culpabilidade a um autor e vice-versa.

Todavia, como bem destaca Masson (2011, p.504), a ideia de autor de um crime “deve, todavia, ser complementada pela teoria da autoria mediata”, o que será abordado a seguir.

### **Autoria mediata**

Caracteriza-se como uma idealização doutrinária, eis que o Código Penal não a previu expressamente em seus artigos.

Nessa linha de raciocínio, Masson (2011, p.509-510):

Trata-se da espécie de autoria em que alguém, o “sujeito de trás”, se utiliza, para a execução da infração penal, de uma pessoa inculpável ou que atua sem dolo ou culpa. Há dois sujeitos nessa relação: (1) autor mediato: quem ordena a prática do crime; e (2) autor imediato: aquele que executa a conduta criminosa. Exemplo: “A”, desejando matar sua

esposa, entrega uma arma de fogo municada a “B”, criança de pouca idade, dizendo-lhe que, se apertar o gatilho na cabeça da mulher, esta lhe dará balas.”

Autoria mediata é aquela, destarte, em que o “sujeito de trás” faz o uso de alguém inculpável ou desmunido de culpa ou dolo para praticar o tipo penal. Nascem, desse modo, duas figuras nessa relação, isto é, o autor mediato, qual seja o mandante do ilícito, e o autor imediato, que é quem que executa o crime.

O Código Penal preconiza cinco hipóteses acerca de ocorrência da autoria mediata, conforme Masson:

- I) Erro de tipo escusável provocado por terceiro (artigo 20, § 2º, do Código Penal);
- II) Erro de proibição escusável provocado por terceiro (artigo 21, caput, do Código Penal);
- III) Obediência hierárquica (artigo 22, do Código Penal);
- IV) coração moral irresistível (artigo 22, do Código Penal) e
- V) Embriaguez, doença mental ou inimputabilidade penal do executor por menoridade penal (artigo 62, inciso III, do Código Penal).

Tem-se, assim, um rol exemplificativo, havendo que se falar em outras situações caracterizadoras de autoria mediata, tais como nos casos de hipnose e coação física irresistível.

## **Participação**

Explicado o conceito de autor de um crime, com a adoção pelo Código Penal da teoria unitária temperada, com fulcro no sistema unitário funcional, passa-se a conceituar a figura da participação, o que servirá à contextualização oportuna da teoria do domínio do fato de Roxin.

Ensina-nos Masson (2011, p.513):

É a modalidade de concurso de pessoas em que o sujeito não realiza diretamente o núcleo do tipo penal, mas de qualquer modo concorre para o crime. É, portanto, qualquer tipo de colaboração, desde que não relacionada à prática do verbo contido na descrição da conduta criminoso. Exemplo: é partícipe de um homicídio aquele que, ciente do propósito criminoso do autor, e disposto a com ele colaborar, empresta uma arma de fogo municada para ser utilizada na execução do delito.

Destarte, ressalte-se que pela teoria unitária temperada adotada, o Código Penal não afasta a conceituação teórica da participação, sendo que participe nada mais é do que quem colabora com a prática do crime sem realizar o verbo núcleo do tipo. É o conceito objetivo-formal (pensado no conceito restritivo de autor), porém aplicado no campo teórico, em atenção ao sistema unitário funcional.

A participação pode ser material ou moral, ou seja, com o auxílio efetivo para a facilitação da prática do crime ou induzimento e instigação, respectivamente. Por fim, urge asseverar que a participação deve ter o propósito de contribuir para a conduta do autor e deve ser efetiva, ou seja, alterar substancialmente o deslinde do fato criminoso.

### **Participação de menor importância**

Conquanto o sistema adotado pelo Código Penal pátrio seja o unitário, isto é, autor e participe respondem pela prática do mesmo crime, sendo-lhes imposta a mesma pena, via de regra, existe uma previsão legal sobre uma causa de diminuição de pena: a participação de menor importância, a qual consagra, inclusive, a teoria unitária temperada, que combate excessos na punição e estabelece diferentes níveis de participação.

Conforme Masson (2011, p.518):

Estabelece o art. 29, § 1.º, do Código Penal: “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço)”. Cuida-se de causa de diminuição da pena, É aplicável, pois, na terceira fase da fixação da pena. Em que pesem posições em contrário, trata-se de direito subjetivo do réu. Assim, se provada sua participação de menor importância, o magistrado deve diminuir a pena. Sua discricionariedade reserva-se apenas no que diz respeito ao montante da redução, dentro dos limites legais.

A participação de menor importância se constitui, destarte, como um direito subjetivo do acusado, ou seja, aferida no caso concreto o juiz deve, de maneira necessária, realizar a diminuição da pena na terceira fase da dosimetria, sendo livre apenas na quantia da mencionada diminuição, que varia de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), utilizando-se o critério da maior contribuição para a prática do ilícito.

Explica-se, por fim, ao concurso de pessoas para depois ingressarmos na teoria do domínio do fato.



## **Concurso de Pessoas**

Cumpre consignar que, segundo Masson (2011, p.496), concurso de pessoas: “É a colaboração empreendida por duas ou mais pessoas para a realização de um crime ou de uma contravenção penal.”.

Sendo assim, o concurso de pessoas é caracterizado por cinco elementos, quais sejam a pluralidade de agentes culpáveis, a relevância causal das condutas à produção do resultado, o vínculo subjetivo entre os agentes, a unidade de infração penal para todos os agentes do ilícito e, finalmente, a existência de fato punível.

Passa-se, assim, à teoria do domínio do fato.

## **Teoria do domínio do fato**

Apesar de ter sido criada pelo pai do finalismo penal, Welzel, insta salientar que a mais bem desenvolvida teoria do domínio do fato feita até os dias atuais é a pensada por Claus Roxin, a qual será abordada no presente artigo. O jurista alemão funcionalista explica o domínio do fato desde os idos anos 60, mais precisamente desde 1963. Roxin preconiza principalmente o domínio da vontade e a autoria mediata.

Destaca Alflen (2014, p.104):

Não há dúvida de que os maiores esforços e a maior construção edificada até então, especificamente a respeito da ideia de domínio do fato como critério para delimitação da autoria, partem de Roxin, o qual desenvolve sua concepção já desde o ano de 1963. O principal aspecto, nesse contexto, radica justamente na ideia de domínio da vontade e na caracterização da autoria mediata. Entretanto, o exame desta supõe o daquela, sobretudo, porque ambas são passíveis de questionamentos e suscetíveis à crítica.

Roxin, desde o princípio, diversamente de Welzel, preocupou-se em conceituar verdadeiramente o que seria o domínio do fato. Assim, passa-se a destrinchar a teoria, .

## **Conceito diferenciador de autor**

Claus Roxin assevera que a legislação alemã trouxe das legislações anteriores no atual código penal, em seu § 14, I, 1, o conceito unitário de autor em razão da superficialidade da distinção entre autor e partícipe, assim como pelo fato de que a punibilidade deve estar atrelada ao

preenchimento do tipo penal e se referir a ele como exigência do Estado de Direito, destacando-se que o Código Penal alemão, no § 27, preconiza a redução obrigatória da pena ao partícipe do ilícito, diferenciando-o, assim, do autor do crime.

Nesse sentido, Alflen (2014, p.109):

Apesar dessa distinção, observa que a legislação alemã ainda conserva o chamado *conceito unitário de autor* no § 14, I, 1 da OWiG. A opção por tal conceito, em sua opinião, justifica-se não só pela necessidade de tornar supérflua a difícil delimitação entre autor, instigador e cúmplice, como também porque é decorrência da exigência do princípio do Estado de Direito que a punibilidade esteja vinculada ao preenchimento do tipo e se refira a ele. Apesar disso, Roxin considera que tal conceito deve ser rechaçado, visto que, por meio da redução ao preenchimento do tipo, conduz ao estabelecimento da causalidade como parâmetro delimitador da autoria e, conseqüentemente, a uma intolerável ampliação da punibilidade, o que, no entanto, entraria em conflito com alguns preceitos da legislação vigente, tais como o § 27, que prevê a redução obrigatória de pena para o partícipe. Contudo, o rechaço ao conceito unitário conduz, automaticamente, ao rechaço ao conceito extensivo de autor.

Infere-se, desse modo, que o Código Penal alemão adotou o critério diferenciador de autor, haja vista que há a diferenciação da figura da autoria com a participação, diversamente do Código Penal brasileiro, que adotou a teoria unitária temperada do conceito de autor, com fulcro no sistema unitário funcional, consoante abordado no início do presente artigo.

Ato contínuo, Roxin, com supedâneo no Código Penal germânico, atesta que o legislador alemão conceituou três modos de autoria: a direta (quem pratica o fato ilícito por si próprio), a mediata (quem pratica o fato ilícito mediante outra pessoa) e, finalmente, a coautoria, na qual duas ou mais pessoas praticam o fato ilícito de modo conjunto.

Explica-nos Alflen (2014, p.110):

Esclarecido isso, o jurista alemão adverte que o legislador distingue três formas de autoria, a saber: a autoria direta (§ 25, I: “quem comete o fato punível por si mesmo”, a autoria mediata (§ 25, I: “quem comete o fato punível por meio de outrem”) e a coautoria (§ 25, II: “vários cometem o fato conjuntamente”).

Sendo assim, Roxin pensou a sua obra “Autoria e Domínio do Fato”, preconizando que autor é quem tem o domínio do fato, isto é, trata-se da figura central do tipo, ou seja, mostra-se determinante à execução do ilícito penal, dominando o verbo núcleo do tipo.

Nesse sentido, dispõe Alflen (2014, p.110):

A partir daí, em sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (“Autoria e domínio do fato”), Roxin desenvolve a ideia de domínio do fato sob o fundamento de que “o autor é a figura central (“*Zentralgestalt*”), a figura-chave (“*Schlüsselfigur*”) do acontecimento mediado pela conduta”. Já em seu *Strafrecht*, refere que autor é sempre “a figura central de um acontecimento executório” (“*Ausführungshandlung*”) e que a “figura central do processo delitivo é quem domina o acontecimento dirigido à realização do delito”. Daí referir expressamente que autor é aquele “que domina o fato, isto é, que desempenha o papel decisivo na realização do tipo”. Em outras palavras, afirma Roxin que “tem o domínio do fato e é autor, quem aparece como a **figura central**, a **figura-chave** na realização do delito, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento”.

## **Tripartição Teórica**

Partindo da premissa de que o autor é a figura-chave do acontecer típico, Roxin idealiza um modelo tripartido da sua teoria do domínio do fato, estabelecendo os domínios da ação, da vontade e o funcional, os quais correspondem, respectivamente, às autorias imediata ou direta, coautoria e, finalmente, à mediata.

Portanto, explica-se cada uma das figuras de domínio do fato (ação, funcional e da vontade) com as respectivas autorias imediata ou direta, coautoria e mediata.

### **Autoria direta ou imediata (domínio da ação)**

A autoria imediata ou direta se faz presente no fato de o agente realizar por si próprio a conduta típica, havendo um verdadeiro domínio da ação. Assim, o autor imediato ou direto é quem, por meio de sua conduta, pratica todos os elementos do fato ilícito. Roxin parte da premissa de que autor direto é quem realiza o verbo núcleo do tipo, à medida que aquele que pratica outro elemento do fato não se configura como senhor do mesmo, assemelhando-se à teoria objetivo-formal antes discutida no presente artigo, na qual se diferencia as figuras do autor e do partícipe.

Dessa feita, pode-se afirmar que o instrumento utilizado pelo autor mediato é, igualmente, um autor, ainda que inculpável.

### **Coautoria (domínio funcional)**

Para Roxin, a coautoria se constitui como a contribuição funcionalmente importante realizada por um agente durante a prática de um crime, havendo que se falar em um domínio funcional, isto é, o fato ilícito é exercido mediante uma essencial divisão de papéis.

## **Autoria mediata (domínio da vontade)**

Roxin afirma que na autoria mediata o autor do crime é o “homem de trás”, isto é, o agente que se utiliza de um instrumento (executor) para atingir a sua finalidade ilícita, dominando, dessa forma, o acontecimento do fato de forma mediata, chamado de domínio da vontade. Roxin aduz, de início, que o instrumento na autoria mediata somente poderia ser um sujeito impunível, ao passo que posteriormente muda essencialmente o seu pensamento, admitindo ainda que um agente punível aja como executor do crime.

Segundo Roxin, o domínio da vontade pela inexigência de outra conduta do agente que age como instrumento na autoria mediata acontece em três hipóteses: nos casos de coação, induzimento a erro e, finalmente, em virtude de aparatos organizados de poder.

Consoante Alflen (2014, p.216):

Tal hipótese de domínio da vontade se verifica, segundo Roxin, em três casos, a saber: a) quando o homem de trás (“Hintermann”) domina o fato na medida em que coage o executor imediato à realização do tipo, hipótese que configura o chamado *domínio da vontade em virtude de coação*; b) quando o homem de trás induz o executor em erro, mantendo-o sem saber do seu planejamento delitivo, hipótese em que configura o chamado *domínio da vontade em virtude de erro*; c) quando o homem de trás, enquanto emissor de ordens em um aparato organizado de poder, pode se servir de órgãos de execução substituíveis e, por isso, pode prescindir da disposição do autor individual à execução, hipótese que configura o chamado *domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder*.

Destarte, o domínio da vontade ocorre quando o executor é coagido irresistivelmente a praticar um fato criminoso, assim como quando o homem de trás induz terceiro em erro, além de quando o homem de trás emite ordens em um organizado aparato de poder, servindo-se de órgãos fungíveis.

## **A jurisprudência brasileira e a teoria do domínio do fato**

A jurisprudência representa a confusão feita pela doutrina nacional no que diz respeito à aplicação da teoria do domínio do fato, o que será corroborado a seguir em dois julgados emblemáticos, nos quais os operadores do direito se equivocam acerca do tema, possivelmente, mais complexo do direito penal, isto é, a autoria e suas modalidades, além da figura do partícipe.

## **Latrocínio**

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia utilizou-se da teoria do domínio do fato para a delimitação da coautoria na Apelação Criminal nº 100.501.2004.010245-4, segundo narra o caso em seu artigo Alflen (2014, p.146):

No caso, “L” e “V” entraram na casa de “P” e “M” e enunciaram um assalto. Na ocasião, pediram à vítima “M” para ficar parada, porém, quando esta se movem em direção ao fogão, “V”, que portava uma arma de fogo, efetuou um disparo que atingiu sua cabeça, matando-a instantaneamente. Assustada com a situação, a vítima “P” travou luta corporal e acabou matando o assaltante “V”, sendo que “L” fugiu do local levando um videocassete. “L” restou condenado pela prática do crime tipificado no art. 157, § 3.º (final), do CP. Ao julgar o recurso interposto por “L”, o Tribunal entendeu que “*o agente também tinha o domínio do ajuste e da colaboração material, ainda que seu comparsa tenha sido o único autor dos disparos contra a vítima*”.

Portanto, o TJRO entendeu pela configuração da coautoria ao agente que não efetuou o disparo, pois, conquanto não o tenha feito, possuía o domínio do fato, haja vista a realização conjunta da conduta criminosa, assim como teria havido ajuste prévio e contribuição material.

Todavia, ressalte-se que o Tribunal não deixou claro o que seria a aludida contribuição material, se esta caracterizaria atos simplesmente preparatórios ou de execução.

### **“Caso Mensalão”**

O caso nacional mais paradigmático no que tange à aplicação da teoria do domínio do fato na jurisprudência é, sem sombra de dúvidas, o versado na Ação Penal nº 470, julgada pelo STF, isto é, o “caso mensalão”, em virtude de sua repercussão estrangeira, além de complexidade e relevância únicos.

No que diz respeito ao caso, urge asseverar que foi instaurado em 20.07.2005 um inquérito policial perante o STF com o escopo de serem apuradas a materialidade e a autoria de um esquema de corrupção, além do desvio de verbas públicas. Pensava-se que havia um pagamento mensal de propina a membros do CN para que mostrassem apoio ao governo federal.

Findada a investigação, o MPF denunciou quarenta pessoas pela possível prática de crimes, tais como quadrilha ou bando (atual associação criminosa), corrupções passiva e ativa, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e, finalmente, gestão fraudulenta de instituição financeira. A inicial acusatória foi recebida em 28.08.2007 pelo STF, recebendo a denominação de APn 470.

Portanto, com o intuito de delimitar a autoria dos acusados, o STF usou a expressão “teoria do domínio do fato”, que diverge absolutamente dos pensamentos de Welzel e de Roxin, nas mais de oito mil páginas que constituem o acórdão, vez que não individualizou os critérios utilizados em sua teoria, assim como misturou teorias incompatíveis e totalmente diversas entre si, além de não fazer o devido cotejo analítico dos fatos concretos da APn 470 com o domínio do fato levantado. Alflen critica a realidade de que o domínio do fato foi usado no “caso mensalão” somente para atribuir responsabilidade aos acusados de maneira retórica, segundo se afere em trecho de seu artigo:

Por ocasião do julgamento da referida ação penal, na tentativa (e no afã) de proceder à delimitação da autoria dos acusados, o Supremo Tribunal Federal utilizou de uma anomalia, a qual intitulou de “teoria do domínio do fato”. De forma absolutamente incongruente, ao longo de mais de oito mil páginas que integram o acórdão, a Corte fundiu teorias incompatíveis entre si, não especificou os critérios que utilizou para nortear aquilo que denominou de “domínio do fato”, e, sobretudo, deixou de indicar analiticamente ados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão. De maneira surpreendente, a corte tentou, inclusive, proceder a um retrospecto histórico sintético da teoria do domínio do fato, sem sequer chegar ao seu conteúdo (o qual, no entanto, deveria ter sido o principal aspecto a ser discutido). Na decisão restou demonstrado de forma clara, que a “teoria” foi utilizada como simples retórica para fins de atribuição de responsabilidade. (ALFLEN, 2014, p.149)

A primeira questão a ser abordada no vasto acórdão é o equívoco da Suprema Corte no que tange à sua afirmação de que a teoria do domínio do fato caracterizar-se-ia como decorrente da teoria finalista criada por Welzel, que não corresponde à realidade por dois motivos, consoante reza Alflen (2014, p.149):

Como primeiro aspecto a ser analisado, pode-se apontar a afirmação de que “*a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel*”. Tal assertiva é equivocada e incoerente, por duas razões: A) em primeiro lugar, tal afirmação não pode ser utilizada em relação à “teoria do domínio do fato” de modo geral, mas tão só em relação à teoria do *domínio final do fato*, conforme originariamente desenvolvida por Welzel. Isso, porque a teoria elaborada por Roxin não é decorrência da teoria finalista, ao contrário, foi desenvolvida justamente a partir do rechaço absoluto à concepção de domínio final do fato, de welzel; b) em segundo lugar, ao longo da decisão há referência constante à concepção de Roxin e às formas de domínio o fato por ele desenvolvidas e denominadas (principalmente, o chamado “domínio funcional”), de modo que, evidentemente, a decisão procurou encontrar amparo muito mais na concepção de Roxin do que na de Welzel. Logo, deveria ter sido levada em conta a estrutura dogmática delineada por Roxin e, com isso, observado que a mesma não coaduna com o sistema de Welzel.

*A priori*, insta salientar que a teoria do domínio do fato de Roxin surgiu exatamente como contraponto da teoria do domínio final do fato pensada por Welzel, não havendo que se falar,

destarte, em decorrência desta. Portanto, apenas a teoria do domínio final do fato, de Welzel, decorreu de sua própria teoria finalista.

Já o segundo motivo pelo qual se revela equivocado o pensamento do STF é o de que desenvolveu o seu raciocínio ao longo do acórdão com base na teoria do domínio do fato pensada por Roxin, mormente no que diz respeito ao domínio funcional, que afasta absolutamente a teoria do domínio final do fato, motivo pelo qual não há que se falar em decorrência da teoria finalista de Welzel.

Confirma a linha de raciocínio de que o STF adotou a ideia de Roxin de domínio do fato o trecho da APn 470, a baixo transcrito, *ipsis litteris*:

Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores são aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal. Nas palavras de Claus Roxin, principal artífice desta teoria do domínio funcional do fato: “se pone de manifesto que entre las dos regiones periféricas del domínio de la acción y de la voluntad, que atienden unilateralmente sólo al hacer exterior o al afecto psíquico, se extiende un amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni outra classe de domínio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa em la realización del delito em los que la acción típica la lleva a cabo outro.

Todavia, conquanto existam várias referências no venerando acórdão de que a teoria do domínio do fato de Roxin foi a adotada pelo STF, existem várias misturas do domínio final do fato de Welzel com o domínio do fato em virtude de aparatos organizados de poder, pensamento este idealizado por Roxin, segundo descrito em trecho da APn 470, *in verbis*:

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.

Conclui-se, desse modo, que, ao afirmar que José Dirceu possuía o domínio final do fato, o STF teria adotado a teoria de Welzel de domínio final do fato. Contudo, aludido pensamento vai de encontro à expressão utilizada de “cargo elevadíssimo de poder”, a qual representa o domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, o que foi pensado por Roxin, segundo se vislumbra no artigo de Alflen (2014, p.150):

A afirmação de que um determinado indivíduo “*detinha o domínio final dos fatos*”, supõe uma tomada e posição pela concepção welzeliana, a qual é absolutamente incompatível

com a ideia de *domínio do fato pelo domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder* (domínio por organização), sendo que a ideia de “cargo elevadíssimo”, igualmente citada na decisão, é utilizada claramente no sentido referido por Bloy, “e que uma conduta coordenada *verticalmente* em regra aponte em direção à autoria mediata”, cujo argumento foi desenvolvido com a finalidade de fundamentar a teoria do domínio por organização, de Roxin.

O grande problema da decisão proferida pelo STF é o de que teria adotado todos os conceitos da teoria do domínio do fato de Roxin, conforme a maior parte das referências no acórdão de oito mil páginas, mas com supedâneo nos pensamentos de doutrinadores brasileiros declarados finalistas, o quais fazem uma mistura e uma confusão entre os critérios desenvolvidos por Roxin e Welzel quanto à teoria do domínio do fato.

Nessa linha de raciocínio, Alflen (2014, p.150-151):

O caráter teratológico da decisão – decorrente da mais absoluta falta de percepção das diferenças terminológicas e, sobretudo, teórico-dogmáticas – é acentuado pelo fato de o Supremo Tribunal Federal utilizar como referencial teórico para a teoria do domínio do fato, que afirma ter adotado (de Roxin), a obra de autores brasileiros *declaradamente finalistas*, os quais, inclusive, como já demonstrado *supra*, elaboram um *mixtum compositum* das teorias existentes (Greco, Cirino dos Santos, Batista e Régias Prado). Em outras palavras, a decisão é embasada em doutrina brasileira orientada pela concepção welzeliana, mas, com isso, procura fundamentar a teoria a partir dos critérios desenvolvidos por Roxin (o que constitui uma *contradictio in adjecto*).

Outrossim, afere-se em trecho da APn 470 o engano cometido por César Bitencourt, que adota a teoria do domínio final do fato de Welzel:

Ensina, ainda, CÉZAR ROBERTO BITENCOURT: 5.3. Teoria do domínio do ato (...) Autor, segundo esta teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata). [...] A teoria do domínio do fato tem as seguintes consequências: 1ª) a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria; 2ª) é autor quem executa o fato utilizando outrem como instrumento (autoria mediata); 3ª) é autor o co-autor que realiza uma parte necessária do plano global (“*domínio funcional do fato*”), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum.

Entretanto, conquanto adote a concepção welzeliana de domínio do fato, César Bitencourt usa de critérios pensados única e exclusivamente por Roxin sem ao menos citá-lo, eis que atesta sobre o domínio funcional do fato, isto é, comete os mesmos equívocos dos demais juristas brasileiros, segundo aferido no trecho acima transcrito da APn 470.

O STF ainda utilizou o critério ultrapassado para delimitar o domínio do fato de alguns agentes, ou seja, a presunção de sua participação em virtude de apenas ocuparem cargos de gerência



ou administração na empresa, isto é, usou a estereotípica responsabilidade objetiva dos coautores no julgamento, consoante se vislumbra em trecho da APn 470:

Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime. Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de CLAUS ROXIN sobre a configuração do domínio do fato [...].

O STF, em que pese o respeito, alcança o ápice do absurdo ao inserir o domínio do fato no conceito analítico de crime, mais precisamente no elemento da culpabilidade, tal como fez Hegler, segundo se visualiza no trecho do acórdão proferido na APn 470: “(...) o fato de se tratar de empregada e, como tal, de trabalhadora subordinada, e de não dispor de poderes sobre o patrimônio da sociedade empresária não afasta, isoladamente, o domínio do fato delitivo, elemento da culpabilidade.”.

Portanto, cumpre consignar que, conforme salientado alhures, o STF usou a concepção de Welzel quanto ao domínio final do fato, todavia, embasou-a no domínio funcional do fato, sendo preceituado referido pensamento por Roxin.

Infere-se, assim, que o equívoco do STF se faz presente no fato de que Welzel jamais dividiu o domínio do fato em domínio funcional, isto é, jamais teceu comentários acerca de aludida modalidade de domínio do fato. Destarte, a Suprema Corte, induzida em erro pela doutrina pátria, comete os mesmos equívocos desta, fazendo uma verdadeira mistura e uma grande confusão das teorias do domínio do fato idealizadas por Welzel e Roxin.

Após serem mostrados dois casos emblemáticos da utilização da teoria do domínio do fato pela jurisprudência brasileira, passa-se à finalidade do presente artigo: comprovar a incompatibilidade da teoria do domínio do fato, em especial a de Roxin, com a ordem jurídico-penal brasileira.

### **A Incompatibilidade da Teoria do Domínio do Fato com a Ordem Jurídico-Penal Brasileira**

O maior engano do STF no julgamento do “caso mensalão” se mostra presente em ter afirmado que a teoria do domínio do fato preceituada por Roxin não encontraria obstáculo no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o Código Penal, muito embora tenha adotado o

sistema unitário no que tange ao concurso de pessoas, não afastaria a aplicação da teoria do domínio do fato, consoante se vislumbra no artigo de Alflen (2014, p.153):

Como se não bastassem as incongruências e os equívocos cometidos ao longo da decisão proferida pelo STF na APn 470, no tocante ao emprego da teoria do domínio do fato, maior gravidade apresenta a afirmação da Corte no sentido de que a teoria do domínio do fato, de Roxin, não ofende o ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário, revela-se “compatível com a disciplina que o nosso Código Penal estabeleceu” e 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”.

Ora, segundo se afere no artigo 29, do Código Penal, que dispõe: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas”, insta salientar que adotou o sistema unitário do conceito de autor, conforme frisado, inclusive, no início do presente artigo. Mencionada previsão e respectiva adoção pelo sistema unitário de autor se deu no ano de 1940, período de sua elaboração, ao passo que foi fortemente influenciado pela doutrina italiana.

Destarte, cumpre consignar que o Código Penal brasileiro adotou a teoria unitária temperada do conceito de autor, partindo do sistema unitário funcional, segundo salientado no início do presente artigo, eis que diferencia o conceito de autoria e participação, mas afasta qualquer diferenciação valorativa e existencial entre eles, isto é, autor e partícipe respondem pelo mesmo fato ilícito praticado.

Ante o exposto, urge asseverar que Claus Roxin criou a teoria do domínio do fato com base em um sistema diferenciador do conceito de autor e não levando em consideração um sistema unitário. Outrossim, o domínio do fato, tanto o criado por Roxin quanto o idealizado por Welzel, rechaçam por completo as premissas causais-naturalistas, que embasam o sistema unitário do conceito de autor.

Nesse diapasão, encontra-se o artigo de Alflen (2014, p.154):

Esclarecido este aspecto, cumpre responder à questão se um *sistema unitário* admite a teoria do domínio do fato. Dois fatores conduzem a uma resposta para esta questão, a saber: em primeiro lugar, Roxin não só rechaça categoricamente a adoção de um sistema unitário, como esclarece que desenvolveu sua teoria (do domínio do fato) sobre o pilar do sistema diferenciador; em segundo lugar, a concepção de domínio do fato (tanto finalista quanto funcionalista-normativista) está assentada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar de sustentação do sistema unitário. Por conseguinte, não há como transpor a teoria do domínio do fato ao plano

brasileiro, face à sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional.

Conclui-se, dessa forma, que a teoria do domínio do fato, em especial a de Roxin, mostra-se amplamente incompatível com a ordem jurídica pátria, que adotou o sistema unitário funcional do conceito de autor, eis que o jurista alemão criou a sua teoria a partir do sistema diferenciador de autor preceituado pelo Código Penal alemão, bem como a teoria do domínio do fato, tanto de Roxin quanto de Welzel, afastam completamente as premissas causais-naturalistas embasadoras do sistema unitário do conceito de autor.

## **CONCLUSÃO**

Destarte, deve ser elaborada uma nova teoria do domínio do fato, levando-se em consideração o sistema unitário temperado do conceito de autor adotado pelo Código Penal brasileiro, haja vista que Roxin criou a sua teoria com supedâneo no sistema diferenciador de autor preceituado no Código Penal alemão, adequando-o à nossa realidade jurídica e atendendo, finalmente, às expectativas da sociedade com decisões jurisdicionais mais justas e coerentes, proporcionando, conseqüentemente, a sagrada segurança jurídica.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. 1 ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira – considerações sobre a apn 470 do stf*. Volume 2. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, 2014.

AZEVEDO, Marcelo André de e SALIM, Alexandre. *Direito penal – parte geral*. 7 ed. Bahia: Juspodivm, 2017.

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

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

STF – Ação Penal 470 Minas Gerais – Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 19.04.2013.

Publicado em 22.04.2013. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>

TJRO, Apelação Criminal n.º 100.501.2004.010245-4, Câmara Criminal, Rel. Sandra Maria Nascimento de Souza, Julgada em 19/01/2006.