

Autoria como domínio do fato

Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro

Luís Greco

Alaor Leite

Adriano Teixeira

Augusto Assis

Direito penal & Criminologia



Marcial
Pons

Coleção
Direito Penal e Criminologia

Direção
Íñigo Ortiz de Urbina / Ramon Ragués / Luis Greco

Conselho Científico Editorial
Manuel ATIENZA / Carlos BERNAL / Mauro BUSSANI / Jordi FERRER
José María Serna de la GARZA / Luís GRECO / Daniel González LAGIER / Raúl LETELIER
Judith MARTINS-COSTA / Daniel MITIDIERO / José Juan MORESO / Juliana NEUENSCHWANDER
Jordi NIEVA / Eduardo OTEIZA / Ángel Luis Prieto de PAULA / Ramón RAGUÉS
Claudia ROESLER / María SALVADOR / José María Rodríguez de SANTIAGO / Adrian SGARBI
Virgílio Afonso da SILVA / Carlos Ari SUNDFELD / Michele TARUFFO / Íñigo Ortiz de URBINA

Autoria como domínio do fato:
Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro
Luís Greco / Alaor Leite / Adriano Teixeira / Augusto Assis

Capa
Nacho Pons

Preparação e Edição eletrônica
Ida Gouveia / Oficina das Letras®

Todos os direitos reservados.
Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CIP-Brasil. Catalogação na Publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

A899

Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro / Luís Greco ... [et alii]. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014. (Direito Penal e Criminologia)

ISBN 978-85-66722-25-3

1. Direito penal. 2. Processo penal. I. Greco, Luís. II. Título. III. Série.

14-12621

CDU: 343.1(81)

© Luís Greco / Alaor Leite / Adriano Teixeira / Augusto Assis

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461, conj. 64/5, Torre Sul
Jardim Paulistano CEP 01452-002 São Paulo-SP

☎ +55 (11) 3192.3733

www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil [07-2014]

O QUE É E O QUE NÃO É A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE AUTOR E PARTÍCIPE NO DIREITO PENAL¹⁻²

LUÍS GRECO e ALAOR LEITE

SUMÁRIO: 1. A origem da teoria do domínio do fato e as razões concretas de seu desenvolvimento; 2. A ideia reitora: a figura central do acontecer típico; 3. As três manifestações concretas da ideia de domínio do fato: 3.1. Domínio da ação: autoria imediata; 3.2. Domínio da vontade: autoria mediata; 3.3. Domínio funcional do fato: coautoria; 4. Ausência de pretensão de universalidade. Domínio do fato, delito de infração de um dever e delitos de mão própria: 4.1. Delitos de dever; 4.2. Delitos de mão própria; 4.3. Delitos culposos?; 5. Repercussão; 6. O que não é a teoria do domínio do fato: 6.1. «Segundo a teoria do domínio do fato, o mandante é autor»; 6.2. «Agora, com o domínio do fato, não vai escapar mais ninguém»; 6.3. «X é autor, porque possuía o domínio do fato»; 6.4. «X dominava o fato, porque era o chefe do grupo»: 6.4.1. «Não importa o que X fez; X era o chefe, logo, tinha o domínio do fato»; 6.4.2. «Não importa o que X sabia; X era o chefe, logo, tinha o domínio do fato»; 6.5. «Segundo a teoria do domínio final ou funcional do fato, Bin Laden foi o autor do atentado de 11 de setembro de 2001»; 7. Conclusão.

¹ Publicado, com pequenas alterações, em: *RT* 933 (2013), p. 61 e ss.

² Dedicamos o texto ao nosso professor, Claus Roxin, por uma dupla razão: pelos seus 82 anos completados em 15 de maio de 2013, e pelos 50 anos de seu livro fundamental, *Autoria e domínio do fato* (ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. ed., Hamburg, 1963, 8. ed., Berlin, 2006, trad. espanhola da 7. ed., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madri-Barcelona, 2000).

Há exatamente cinco décadas, em 1963, publicava Claus Roxin sua monumental monografia sobre *Autoria e domínio do fato*, que iria conferir à chamada *teoria do domínio do fato* sua expressão mais acabada. Ainda assim, apenas há pouco, a quinquagenária teoria, cuja função dogmática é distinguir entre autor e partícipe em sentido amplo,³ mereceu maior atenção dos penalistas e dos tribunais brasileiros.⁴ Do ponto de vista teórico, pode-se atribuir esse quadro de recepção tardia, entre outras coisas, à contingência legislativa de o art. 29 do Código Penal de 1984, nesse aspecto pouco diferindo do art. 25 do CP de 1940,⁵ indicar e mesmo inclinar-se a um modelo extensivo e unitário de autor, que não distingue, no plano do injusto, entre autores e partícipes, mas que declara autor todo aquele que, de qualquer forma, concorre para o crime.⁶ A razão imediata do interesse é, obviamente, a menção da teoria no contexto do julgamento da Ação Penal 470, o «caso mensalão».

O presente estudo não se reveste de maiores pretensões. O cada vez mais crescente interesse em torno da teoria, somado à inegável relevância prática que ela possui, tornam necessário, antes de qualquer passo mais ousado, um estudo de *caráter introdutório e expositivo*. Mais concretamente: o presente estudo tem como meta, em um sentido positivo, descrever o conteúdo básico da teoria do domínio do fato e, em um aspecto negativo, esclarecer o que ela não é, ou para o que ela não se presta. Uma tomada de posição crítica a respeito da teoria ou uma análise dos inúmeros problemas mais específicos da intrincada dogmática da autoria e da participação são empreendimentos que devem ficar para uma outra oportunidade, e que serão, em boa parte, desenvolvidos nos estudos subsequentes desta coletânea. Os autores não escondem, contudo, estarem convencidos do acerto tanto da teoria, como da generalidade dos resultados aos quais, com base nela, se chega, mas apenas esclarecem que o lugar para justificar essa convicção seria outro estudo, com finalidades mais pretensiosas.

³ Cúmplice e instigador.

⁴ A monografia de BATISTA, *Concurso de agentes*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004 (1. ed., 1979) é, segundo nos parece, pioneira em retirar consequências mais concretas da chamada teoria do domínio do fato. Nilo Batista informa que aparentemente foi Aníbal Bruno, em 1956, o primeiro jurista entre nós a mencionar a ideia de domínio do fato, ainda, todavia, sem a conotação que a ela se atrela no estado atual da teoria do delito (BATISTA, *Concurso*, p. 69 e ss.).

⁵ Cuja redação era: «Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas».

⁶ Ver as considerações de CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Curitiba-Rio de Janeiro, 2006, p. 353: apesar da adoção em princípio da teoria unitária de autor, a lei penal brasileira admite o emprego de teorias diferenciadoras, «como, por exemplo, a teoria do domínio do fato (...)»; no mesmo sentido, com fundamento em razões dogmáticas e também no princípio da legalidade, GRECO, *Cumplicidade através de ações neutras*, Rio de Janeiro, 2004, p. 11 e s. Para um panorama da discussão brasileira, BATISTA, *Concurso*, p. 59 e ss., p. 69 e ss., sobre a teoria do domínio do fato, chamada por Nilo Batista de «critério final-objetivo».

1. A ORIGEM DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E AS RAZÕES CONCRETAS DE SEU DESENVOLVIMENTO

Refazer o percurso da chamada teoria do domínio do fato, cujas linhas mestras foram traçadas na já mencionada tese de habilitação⁷ de Roxin sobre «Autoria e domínio do fato», publicada originalmente em 1963 e que foi republicada em 8.^a edição em 2006 – um fato histórico na Alemanha, país em que, pela abundância de boas bibliotecas, é em geral desnecessário que cada jurista construa sua biblioteca particular, de modo que monografias dificilmente chegam a uma segunda edição –, exigiria mais do que um artigo que pretende uma mera introdução descritiva ao problema. É tarefa árdua a de avaliar com exatidão a importância da obra, sua riqueza de ideias e a dimensão de sua influência na doutrina e na jurisprudência, tanto alemã, como estrangeira.⁸

A expressão domínio do fato foi usada, pela primeira vez, por Hegler no ano de 1915, mas ainda não possuía a conotação que se lhe empresta atualmente, estando mais atrelada aos fundamentos da culpabilidade.⁹ A primeira formulação da ideia central da teoria do domínio do fato no plano da autoria, em termos assemelhados aos contornos que lhe confere Roxin, deu-se efetivamente em 1933, por Lobe,¹⁰ mas produziu eco apenas quando Welzel a mencionou – sem referir-se, no entanto, ao seu antecessor – em famoso estudo de 1939, referindo-se a um *domínio final do fato* como critério determinante da autoria.¹¹ Em razão dessa sucessão de referências esparsas e pouco lineares

⁷ A tese de habilitação equivale, grosso modo, à livre-docência e é requisito para se tornar professor catedrático na Alemanha.

⁸ Roxin retornou ao tema da autoria e da participação em vários trabalhos ulteriores, com destaque para os comentários aos dispositivos da autoria e da participação em duas edições do mais renomado dos comentários ao código penal alemão, o *Leipziger Kommentar* (ROXIN, em: JESCHECK/RUSS/WILLMS (coords.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10. ed., Berlin, 1978, §§ 25-29; em: JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY (coords.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11. ed., Berlin, 1993, §§ 25-29) e no segundo volume de seu tratado (ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. II, München, 2003, §§ 25-27).

⁹ HEGLER, «Die Merkmale des Verbrechens», *ZStW* 36 (1915), p. 19 e ss., p. 184 e ss. Ver a exposição do próprio ROXIN, *Täterschaft*, p. 60 e ss.

¹⁰ LOBE, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Berlin, 1933, especialmente p. 122 e s.

¹¹ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, *ZStW* 58 (1939), p. 491 e ss., p. 539 e ss. Sobre a história ver SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12. ed., Berlin, 2007, § 25 nm. 7 e ss. Entre nós, Fragoso ensaiou adotar a ideia de domínio final do fato, por «representar mais exata caracterização da autoria, em correspondência com a realidade dos fatos», mas logo depois afirmou manter a chamada teoria formal-objetiva, FRAGOSO, *Lições de direito penal*, 5. ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 256. Exposição pouco inteligível, no entanto, apresenta JESUS, *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*, São Paulo, 2. ed., 2001, p. 17 e ss., p. 26 («domínio finalista do fato») que, ao que parece, tenta filiar-se às concepções de Welzel e à teoria do domínio do fato em sua elaboração posterior. O autor introduz designações próprias e equívocas («reunião de autorias» ou «autoria propriamente dita (?)», por exemplo), e

à ideia de domínio do fato é que se pode dizer, sem exagero, que apenas em 1963, com o estudo monográfico de Roxin, a ideia teve os seus contornos concretamente desenhados, o que lhe permitiu, paulatinamente, conquistar a adesão de quase toda a doutrina.¹²

A teoria do domínio do fato, como toda teoria jurídica, direta ou indiretamente, o deve ser, é uma *resposta a um problema concreto*.¹³ O problema que a teoria se propõe a resolver, como já se insinuou, é o de *distinguir entre autor e partícipe*. Em geral,¹⁴ assim, não se trata de determinar se o agente será ou não punido, e sim se o será como autor, ou como mero partícipe. Os Códigos penais alemães, tanto o vigente à época da monografia de Roxin, como o atual, exigem que se faça essa distinção. O CP brasileiro (art. 29, *caput*), todavia e como já se observou, não o exige, e mesmo insinua uma interpretação segundo a qual todo aquele que concorre para o crime – quem efetuou o disparo, quem convenceu esse primeiro a que cometesse o delito, quem emprestou a arma – é simplesmente autor do homicídio.¹⁵ Haveria mesmo autores de maior ou menor importância (cf. art. 29, § 1.º, do CP), mas todos os concorrentes seriam autores. O atual CP alemão (StGB) já exclui de antemão essa possibilidade e exige que se diferencie entre autor e partícipe. Veja-se a redação dos dispositivos:

«§ 25. Autoria. (1) É punido como autor, quem comete o fato por si mesmo ou por meio de outrem. (2) Se vários cometem conjuntamente o fato, cada um é punido como autor (coautor). § 26. Instigação. É punido como instigador, com pena igual à do autor, quem determinou dolosamente outrem ao cometimento de fato antijurídico doloso. § 27. Cumplicidade. (1) É punido como cúmplice quem prestou dolosamente auxílio a outrem para o cometimento de fato antiju-

chega a conclusões escandalosamente erradas, como a de que «o mandante é autor intelectual e não partícipe, uma vez que detém o domínio do fato» (p. 27), da qual nos ocuparemos infra 6.1.

¹² Embora, evidentemente, não seja uma teoria incontestada, como comprovam as últimas investidas dos críticos (ver infra 5.).

¹³ Isso é algo que nunca se deve esquecer, quando se tenta importar uma teoria estrangeira. As teorias jurídicas, ao menos as de qualidade, não surgem no limbo, para satisfazer capricho de algum acadêmico, mas respondem a indagações bem concretas, cf. a respeito já GRECO, *Duas formas de fazer dogmática jurídico-penal*, em: *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, ano 1, fascículo 1 (2009), p. 3 e s. A indagação concreta a que responde a teoria do domínio do fato é se o agente é autor ou partícipe. No direito alemão, a própria lei já obriga a resolver esse problema; no brasileiro, ter-se-ia, antes de importar acriticamente a teoria, estudar se isso é necessário; a respeito infra 6.2.

¹⁴ Sobre a coautoria, que permite uma imputação recíproca, cf. infra 3.3 e especialmente 6.2, nota 91.

¹⁵ Para dizê-lo com jargão mais técnico, isso significa que a teoria do domínio do fato é uma tentativa de fundamentar um conceito diferenciador (e não unitário) e restritivo (e não extensivo) de autor.

rídico doloso. (2) A pena do cúmplice tem como base a cominação dirigida ao autor. Ele deve ser mitigada segundo o § 49 Abs. 1.»¹⁶

Concretamente: a teoria do domínio do fato se propõe a auxiliar na subsunção do comportamento do autor ao § 25 StGB.

A importância dessa distinção, no direito alemão, não é meramente simbólica, e sim prática. A cumplicidade – emprestar a arma – é punida com pena atenuada (§ 27 II 2 StGB, que acabamos de transcrever). Sua tentativa é impunível. A instigação – convencer quem atirou a fazê-lo – é punida com a pena do autor (§ 26 StGB, também transcrito). Ocorre que a tentativa de instigação não é punível nos delitos leves (§ 30 I StGB). Mas a importância principal está numa consideração que interessa também para o direito brasileiro. Essa consideração é a de que, se os tipos forem mais do que mera causação, só o autor realiza o tipo.¹⁷ Desenvolver essa consideração será tarefa do próximo estudo dessa coletânea.¹⁸

A *jurisprudência alemã*, ao contrário, transitava e ainda transita aleatoriamente entre vários critérios, fixando-se, em regra, na chamada *teoria subjetiva da autoria e participação*,¹⁹ cuja ideia fundamental é distinguir entre autor e partícipe (cumplicidade e instigação) segundo a existência de uma vontade de autor (*animus auctoris*) ou de uma vontade de partícipe (*animus socii*).²⁰ Segundo uma versão *extrema*, hoje não mais defendida, seria possível até que aquele que realiza de mão própria todos os elementos do tipo – quem efetua o disparo que vem a matar a vítima – fosse punido como mero partícipe, no caso, como cúmplice, e não como autor do delito, se lhe faltasse a vontade de autor de que fala a teoria (o agente comete o delito a pedidos insistentes e no exclusivo interesse de outra pessoa). Com base nessas premissas considerou-se que poderiam ser partícipes a mulher que afogou o bebê da irmã, porque a sua atuação estava motivada por fazer um favor a esta (chamado caso da banheira, RGSt 74, 84 [1940]), e o agente do serviço secreto soviético que, a mando de um superior, assassinou uma pessoa em território alemão (caso Staschinsky,

¹⁶ No original:

«§ 25. Täterschaft. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).

§ 26. Anstiftung. Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.

§ 27. Beihilfe. (1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat. (2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.»

¹⁷ Cf. GRECO, *Cumplicidade*, p. 11 e s.

¹⁸ A respeito, também infra, 6.2.

¹⁹ SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 25 nm. 17 e ss.

²⁰ ROXIN, AT II, § 25 nm. 17 e ss.

BGHSt 18, 87 [1962])). Na atualidade, a jurisprudência ainda se vale de um ponto de partida subjetivo, principalmente a existência ou não de um interesse próprio na realização do fato, ponto de partida esse que é mitigado por meio de critérios de caráter objetivo. Não há, na jurisprudência alemã, uma linha unitária e coerente, razão pela qual Roxin fala em uma «*teoria normativa da combinação*»,²¹ que, ao lado de outros fatores, se vale também do domínio sobre o acontecer típico para adscriver ao agente um «interesse próprio» na conduta, combinando assim o critério do domínio do fato com uma teoria subjetiva.²²

A situação de instabilidade jurisprudencial, somada à indefinição conceitual que caracterizava a doutrina – faltava uma sistematização do lugar da ideia de domínio do fato na dogmática da autoria –, foram os fatores que motivaram a busca de um critério reitor comum, capaz de, por um lado, estabelecer de forma sólida o traço distintivo do conceito de autor e, por outro, guiar as decisões judiciais, resguardando os cidadãos de decisões judiciais intuitivas e arbitrárias.

2. A IDEIA REITORA: A FIGURA CENTRAL DO ACONTECER TÍPICO

Roxin propôs a construção de um sistema da autoria no direito penal levando adiante a ideia, até então meramente insinuada, como já foi dito, de que autor é quem atua com o domínio do fato. Essa ideia não deve ser entendida como uma natural continuação de argumentos lançados por teorias antigas ou como uma mera combinação, por exemplo, entre uma teoria objetivo-formal, para a qual autor é quem realiza o núcleo do tipo,²³ e uma teoria subjetiva da autoria e da participação. A ideia de domínio do fato desenvolvida por Roxin é, nesse sentido, uma descoberta, uma inovação dogmática.²⁴ Ponto de partida é a ideia, situada num plano ainda mais abstrato, de que o autor é a *figura central do acontecer típico* (*Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens*).²⁵ O conceito de autor é *primário* e possui significado central no injusto típico,²⁶ no sentido de que as formas de participação (a instigação

²¹ ROXIN, AT II, § 25 nm. 22 e ss.; exposição pormenorizada do estado atual da jurisprudência em SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 25 nm. 17 e ss.

²² Em língua espanhola, o leitor encontrará referências históricas a respeito da ideia de domínio do fato em DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, 1991, p. 545 e ss. Ver, em língua portuguesa, a sucinta e precisa exposição de FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, tomo I, 2. ed., Coimbra, 2007, p. 765 e ss.

²³ ROXIN, *Tüterschaft*, p. 34 e ss.

²⁴ ROXIN, *Tüterschaft*, p. 322 e ss., 326.

²⁵ ROXIN, *Tüterschaft*, p. 25 e ss.; AT II, § 25 nm. 10 e ss., 27.

²⁶ Nesse sentido é que ROXIN fala que o conceito de autor é «indiferente em relação à culpabilidade» e também não é mera questão de merecimento de pena ou determinação judicial da pena, sendo antes uma categoria relacionada ao tipo, ROXIN, *Tüterschaft*, p. 330 e s. Essa é uma

e a cumplicidade) são causas de extensão da punibilidade,²⁷ que só entram em cena quando o agente não é autor. O partícipe é, da perspectiva do tipo penal, quem contribui para um fato típico em caráter meramente secundário, é a figura marginal, lateral do acontecer típico, o que se extrai ante a ausência de algum dos elementos que determinam positivamente a autoria do fato.²⁸

A ideia reitora da *figura central do acontecer típico* retém pretensão de validade geral, e se expressa pelo domínio do fato (nos chamados delitos de domínio, que compreendem, fundamentalmente, os delitos comuns comissivos dolosos, como veremos abaixo no item 3), pela violação de um dever especial (nos delitos próprios, que Roxin chama de delitos de dever) ou pelo elemento típico que exige a prática da conduta com as próprias mãos (nos delitos de mão própria). O domínio do fato é, assim, uma das expressões, mas não a única, da ideia de que autor de um delito é, sempre, a figura central do acontecer típico.

3. AS TRÊS MANIFESTAÇÕES CONCRETAS DA IDEIA DE DOMÍNIO DO FATO

O domínio do fato como expressão da ideia reitora da figura central do acontecer típico manifesta-se, por sua vez, de três formas concretas, a saber: o domínio da ação (infra 3.1); o domínio da vontade (infra 3.2) e o domínio funcional do fato (infra 3.3).

3.1 Domínio da ação: autoria imediata

O domínio sobre realização do tipo pode manifestar-se, primeiramente, como um *domínio sobre a própria ação* (*Handlungsherrschaft*), que é o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo, isto é, do *autor imediato*.²⁹ Trata-se da hipótese do § 25 I StGB, descrita pelas palavras «comete o fato por si mesmo».

Quem aperta o gatilho tem o domínio da ação e nunca poderá ser mero partícipe, ao contrário do que, como vimos, muitas vezes decidira a jurisprudência alemã, partindo de uma teoria subjetiva extrema. Aquele que domina a ação permanece autor ainda que aja a pedido ou a mando de outrem, ou

das razões pelas quais está equivocada a ilação de JESUS, *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*, p. 28, de que a teoria do domínio do fato é adotada em nosso código penal na medida em que o legislador determina a agravação da pena daquele «que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes» (art. 62, I).

²⁷ Nesse sentido é que se pode dizer que a teorias do domínio do fato adota um conceito restritivo de autor. Cf. ROXIN, *Täterschaft*, p. 26 e ss., 328.

²⁸ ROXIN, *Täterschaft*, p. 268.

²⁹ ROXIN, *Täterschaft*, p. 127 e ss.; AT II, § 25 nm. 38 e ss.

mesmo em erro de proibição inevitável determinado por um terceiro (§ 17 do StGB; art. 21 do nosso CP); será um autor exculpado, mas ainda assim autor do fato típico, ainda que não necessariamente o único.³⁰

3.2 Domínio da vontade: autoria mediata

A segunda maneira de dominar um fato está no chamado *domínio da vontade* (*Willensherrschaft*) de um terceiro que, por alguma razão, é reduzido a mero instrumento.³¹ As razões desse domínio, próprio do *autor mediato*, descrito também pelo § 25 I do StGB, por meio da expressão «comete o fato por meio de outrem», são, fundamentalmente, três:

Em primeiro lugar, a *coação* exercida sobre o homem da frente.³² Aqui propõe Roxin o por ele chamado *princípio da responsabilidade* (*Verantwortungsprinzip*): ao exculpar o homem da frente em certos casos de coação (§ 35 do StGB; art. 22, CP), o legislador dá a entender que quer responsabilizar o homem de trás que provoca ou que se aproveita dessa situação, o que entre nós é expressamente indicado no art. 22 do CP.³³ O princípio da responsabilidade é, para Roxin, o único parâmetro viável nos casos de coação, uma vez que dominar alguém que sabe o que faz é algo, em princípio, excepcional, que só pode ser admitido com base nos parâmetros fixados pelo legislador.

Um segundo grupo de razões para a autoria mediata está no *erro*.³⁴ Roxin desenvolve uma teoria escalonada dos vários erros que fundamentam autoria mediata, que vão desde o erro de tipo até o erro de proibição evitável.³⁵⁻³⁶ A dá a B uma arma supostamente descarregada e convence-o a «assustar» C, apertando o gatilho; o «susto» é mortal. O estudante de direito X diz a Y que não é proibido sair do país portando U\$\$ 30.000 sem declarar à autoridade competente. Aqui, A e X são autores mediatos do homicídio doloso e da evasão de divisas. Para Roxin, e este é um dos aspectos mais controvertidos da teoria, também erros que não excluem nem diminuem o dolo ou a culpabilidade do homem da frente, como o *error in persona* (A diz a B: «pode atirar, é C», mas, como sabia A, se trata de D), ou mesmo erros sobre a quantidade do injusto (A diz a B: «destrua esse quadro, é uma mera cópia de um Rubens»,

³⁰ ROXIN, AT II, § 25 nm. 43.

³¹ ROXIN, *Täterschaft*, p. 141 e ss.; AT II, § 25 nm. 45 e ss.

³² ROXIN, *Täterschaft*, p. 143 e ss.; AT II, § 25 nm. 47 e ss.

³³ ROXIN, *Täterschaft*, p. 146 e s.; AT II, § 25 nm. 48. Observe-se que Roxin não aceita esse princípio nos casos de erro, que discutiremos a seguir, porque todo conhecimento superior do homem de trás significaria o domínio da vontade do homem frente, cf. *Täterschaft*, p. 172.

³⁴ ROXIN, *Täterschaft*, p. 171 e ss.; AT II, § 25 nm. 61 e ss.

³⁵ Sobre os elementos do conceito de «erro de proibição evitável» ver em detalhes LEITE, *Existem deveres gerais de informação no direito penal?* RT 922, 2012, p. 323 e ss., e LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*, São Paulo, 2012, p. 35 e ss., p. 143 e ss.

³⁶ ROXIN, *Täterschaft*, p. 197 e ss.; AT II, § 25 nm. 61.

apesar de saber que se trata de um original), bastam para fundamentar uma autoria mediata, pois esta, para Roxin, encontra sua razão última no *conhecimento superior* (*überlegenes Sachwissen*) do homem de trás, que lhe permite controlar, dominar o homem da frente como se esse fosse uma marionete.³⁷ Nesses casos, tanto o homem de trás, A, quanto o homem de frente, B, serão autores; ou seja, Roxin reconhece a possibilidade de autoria mediata por meio de um instrumento plenamente responsável: um autor por trás do autor.

Há, além das acima mencionadas, uma situação adicional, mais notória de autoria mediata por meio de um instrumento plenamente responsável. Trata-se da terceira forma de autoria mediata: além do domínio sobre a vontade de um terceiro por meio de erro ou de coação, propõe Roxin, de forma original, que se reconheça a possibilidade de domínio por meio de um *aparato organizado de poder*, categoria que ingressou na discussão científica em artigo publicado por Roxin em 1963 na revista *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*,³⁸ e que é objeto constante das manifestações de Roxin.³⁹ Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores funcionais, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática,

³⁷ ROXIN, *Täterschaft*, p. 212 e ss.; AT II, § 25 nm. 94 e ss. Cf. também o estudo *Bemerkungen zum «Täter hinter dem Täter»*, em WARDA *et alii* (coords.), *Festschrift für Lange*, Berlin/New York, 1976, p. 173 e ss.

³⁸ ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA 1963, p. 193 e ss.; *Täterschaft*, p. 242 e ss. Em sua tese habilitação, Roxin dedica apenas 10 das 600 páginas a essa categoria, devendo o artigo do Goltdammer's Archiv ser considerado o *locus classicus* da origem do domínio da organização. Ver a esse respeito SCHÜNEMANN, *Schrumpfbasis, wuchernder Überbau? Zum Schicksal der Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren*, HEINRICH *et alii* (coords.), *Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin/New York, 2011, p. 799 e ss., p. 799.

³⁹ ROXIN, *Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität*, Samson *et alii* (coords.), *Festschrift für Grünwald*, Baden Baden, 1999, p. 549 e ss.; *Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Herzberg*, AMELUNG (coord.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000, p. 55 e ss.; *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, NStZ Sonderheft für Schäfer, München, 2002, p. 52 e ss. (há trad. brasileira, Autoria mediata por meio do domínio da organização, trad. Tavares Lobato, L. GRECO/TAVARES LOBATO (coords.), *Temas de direito penal*. Parte General, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2008, p. 323 e ss.); *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*, SchwZStr 125 (2007), p. 1 e ss. (há trad. brasileira, O domínio por organização como forma independente de autoria mediata, trad. Aflen da Silva, *Revista Panóptica*, ano 3 vol. 17 [2009], p. 69 e ss.); *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, HOYER *et alii* (coords.), *Festschrift für Schroeder*, Heidelberg, 2006, p. 387 e ss.; AT II, § 25 nm. 105 e ss.; *Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru*, ZIS 2009, p. 565 e ss. (há tradução brasileira: Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori, trad. A. Leite, RBCC 91, 2011, p. 11 e ss.); *Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft*, AMELUNG *et alii* (coords.), *Festschrift für Krey*, Stuttgart, 2010, p. 449 e ss.; *Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, GA 2012, p. 395 e ss.

não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados. Isso significa que pessoas em posições de comando em governos totalitários ou em organizações criminosas ou terroristas são autores mediatos, o que está em conformidade não apenas com os parâmetros de imputação existentes na história, como com o inegável fato de que, em estruturas verticalizadas dissociadas do direito, a responsabilidade tende não a diminuir e sim a aumentar em função da distância que se encontra um agente em relação ao acontecimento final.⁴⁰ Esse – e não, por exemplo, o número de vítimas ou o número de intervenientes⁴¹ – é o critério material que indica que o domínio do aparato organizado compensa a perda de controle relativa ao distanciamento em relação ao fato concreto (a morte de determinada pessoa, por exemplo).⁴² Os requisitos dessa forma de autoria mediata são, assim, a emissão de uma ordem a partir de uma posição de poder dentro de uma organização verticalmente estruturada (1) e dissociada do direito (2), e a fungibilidade dos executores (3).⁴³ O exemplo mais cristalino é o processo contra Eichmann, que inclusive serviu de paradigma a Roxin quando formulou a teoria, no início da década de 1960.⁴⁴

A figura do domínio da organização originou uma das mais intensas *discussões* da atualidade, em que se debate, principalmente, se a figura sequer deve ser reconhecida⁴⁵ e, num plano mais concreto, se ela deve ser aplicada também a organizações não dissociadas do direito, isto é, a empresas.⁴⁶⁻⁴⁷

⁴⁰ ROXIN, *Täterschaft*, p. 247. Isso não significa, obviamente, que os executores sejam meros partícipes, como decidira a jurisprudência no caso Staschinsky, acima mencionado. Como já foi dito, quem realiza de mão própria todos os elementos de um tipo tem o domínio sobre a ação e, portanto, é sempre autor.

⁴¹ ROXIN, *Täterschaft*, p. 247.

⁴² Ver também o esclarecimento de ROXIN, *Täterschaft*, p. 251 e ss.

⁴³ Cf. ROXIN, AT II § 25 nm. 105, 107; SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 25, nm. 122 e s.

⁴⁴ ROXIN, GA 1963, p. 193 e ss.; *Täterschaft*, p. 243, 246 e ss.

⁴⁵ O que é recusado, principalmente, por KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 1997, p. 510 e s.; JAKOBS, Anmerkung zu BGHSt 40, 228, NStZ 1995, p. 26 e s.; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. ed. Berlin, 1996, § 62 II 8 (p. 664 e s., 670); MURMANN, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, GA 1996, p. 269 e ss. (p. 273 e ss., 275); ROTSCH, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen, NStZ 1998, p. 491 e ss.; OTTO, Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, Jura 2001, p. 753 e ss. (p. 756, 757); RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997, p. 89. Ver ROXIN, *Täterschaft*, p. 704 e ss.

⁴⁶ A favor BGHSt 40, 218, 237; no mesmo sentido HEFENDEHL, *Tatherrschaft im Unternehmen aus kriminologischer Perspektive*, GA 2004, p. 575 e ss. (586); NACK, *Mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe*, GA 2006, p. 342 e ss. Schünemann afirmou recentemente que pensa que, caso Roxin tivesse usado outra expressão no lugar de «aparatos organizados de poder», como por exemplo «regimes terroristas que agem por meio de coação», teria ao menos dificultado a desnaturação de sua ideia pela jurisprudência, SCHÜNEMANN, *Schrumpfende Basis, wuchernder Überbau? Zum Schicksal der Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren*,

⁴⁷ O principal argumento dos críticos da teoria é o chamado princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual seria inadmissível um autor por trás de outro autor plenamente responsável. Esse princípio, contudo, tem caráter duvidoso, como o primeiro autor do presente estudo demonstrará minuciosamente noutro estudo desta coletânea.⁴⁸ Voltemo-nos, assim, ao outro foco da discussão, ao segundo dos três requisitos acima mencionados, isto é, a dissociação ou desvinculação da ordem jurídica (*Rechtsgelöstheit*). Quem quer aplicar a construção a empresas começa, em geral, por negar a necessidade desse requisito, para com isso aplicar essa forma de autoria mediata a toda organização verticalmente estruturada e com executores funcionais.

Roxin, desde sua primeira⁴⁹ manifestação até a última,⁵⁰ e Schünemann⁵¹ insistem nesse critério. Apenas organizações de natureza criminosa, que se encontrem, nesse sentido, *dissociadas, apartadas da ordem jurídica*, como máfias, grupos terroristas ou ditaduras, conferem ao superior que emite ordens o domínio sobre a atuação concreta e responsável dos executores de suas ordens. Em empresas, caso o superior emita ordens ilegais e não haja outro fundamento para a autoria mediata (como erro ou coação), há, em regra, apenas instigação: «nesses casos não se age *com* o aparato, mas *contra* o aparato».⁵² O fundamento da autoria mediata por domínio da organização não repousaria, assim, em um cru poder de mando, mas no funcionamento «clandestino», na conformação completamente apartada da ordem jurídica. Em organizações moldadas conforme à ordem jurídica, como sociedades empresárias em geral, é de se esperar que ordens ilegais emitidas por algum superior não sejam automaticamente cumpridas por terceiros autorresponsáveis, isto é, que não estão

Festschrift für Claus Roxin, Berlin/New York 2011, p. 799 e ss., p. 803. Em língua espanhola ver as considerações gerais de CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2004, p. 305 e ss. Em detalhes sobre esse problema o estudo de GRECO/ASSIS, na presente coletânea, p. 81 e ss.

⁴⁷ Há também uma interessante, mas menos prática discussão sobre o terceiro requisito, a fungibilidade (ROTSCH, *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?*, ZStW 112 (2000), Berlin/New York, p. 518 e ss. (p. 527 e ss.); Neues zur Organisationsherrschaft, NSiZ 2005, p. 13 e ss. (p. 16); «Einheitstäterschaft» statt Tatherrschaft, Tübingen, 2009, p. 324 e ss.; HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, AMELUNG (coord.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftätern in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, p. 33 e ss. (p. 37 e s.); *Antwort auf die Anmerkung von Prof. Dr. Roxin*, no mesmo volume, p. 57 e ss. (p. 58 e ss.); só mais recentemente se tem voltado os olhos para o primeiro requisito, a organização verticalmente estruturada (cf. AMBOS, *Zur «Organisation» bei der Organisationsherrschaft*, Festschrift Roxin, 2011, p. 837 e ss.).

⁴⁸ GRECO, nesta coletânea, p. 203 e ss.

⁴⁹ ROXIN, *Täterschaft*, p. 249 e ss.

⁵⁰ ROXIN, GA 2012, p. 409 e s.

⁵¹ SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 25, nm. 130 e ss.; FS Roxin, 2011, p. 803 e ss.

⁵² ROXIN, *Täterschaft*, p. 249.

em erro e nem coagidos. Doutro modo, estar-se-ia partindo da presunção de que sociedades empresárias são organizações criminosas.⁵³ Isso não exclui que o superior seja, ao final, autor; essa atribuição de autoria se fundamenta, contudo, em outras razões, que não o seu domínio sobre o fato de executor.⁵⁴

A ideia do domínio da organização causou grande *impacto* na doutrina e na jurisprudência. Schünemann considera, inclusive, o receio de Roxin de que, com o espetacular sucesso jurisprudencial da ideia de domínio da organização, essa categoria seja vítima de manipulações teóricas, a razão maior pela qual o autor insiste em se manifestar a esse respeito.⁵⁵ Por fim, o chamado domínio da organização não se confunde com o domínio do fato, sendo antes uma entre várias outras concretizações da ideia reitora de que autor do delito é a figura central do acontecer típico. Dominar a organização é «uma forma de aparição de domínio mediato do fato»⁵⁶ ao lado do domínio por erro ou por coação, e essas por sua vez têm a seu lado o domínio da ação, característico do autor imediato, e o domínio funcional do fato, característico da coautoria, ao qual em seguida nos voltaremos.

3.3 Domínio funcional do fato: coautoria

A terceira maneira de dominar um fato está numa atuação coordenada, em divisão de tarefas, com pelo menos mais uma pessoa. A aponta uma pistola para a vítima (grave ameaça), enquanto B lhe toma o relógio do pulso (subtração de coisa alheia móvel): aqui, seria inadequado que A respondesse apenas pelo delito de ameaça (art. 147, CP) ou de constrangimento ilegal (art. 146, CP), e B apenas pelo furto (art. 155, CP). Se duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuem para a sua realização com um ato relevante⁵⁷ de um delito, elas terão o *domínio funcional*

⁵³ Sobre o conceito vide ESTELLITA/GRECO, Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosas. «Uma análise sob a luz do bem jurídico protegido», *RBCC* 91 (2011), São Paulo, p. 393 e ss.

⁵⁴ Observe-se, por fim, que as reflexões em torno do domínio da organização não significam que todos aqueles que integram o aparato organizado de poder são, sempre, autores. Há a possibilidade de cumplicidade no interior desses aparatos, por exemplo, quando o sujeito pratica fatos que não influenciam o direcionamento concreto do aparato, como aquele que, sem poder decisório qualquer, auxilia tecnicamente na elaboração de um plano de aniquilação de um grupo de pessoas (cúmplice), assim como aquele que, de fora do aparato, denuncia um determinado grupo e causa na cúpula uma ideia de aniquilação, sem possuir qualquer influência no decorrer dos acontecimentos (instigador). Cf. quanto a isso ROXIN, *Täterschaft*, p. 249.

⁵⁵ SCHÜNEMANN, *Festschrift Roxin*, 2011, p. 799 e ss., p. 801. Esse medo é fundado, como demonstra o fato de a jurisprudência alemã ter ampliado sensivelmente a aplicação da ideia de domínio da organização na decisão BGHSt 40, 218 e ss.

⁵⁶ ROXIN, *Täterschaft*, p. 247.

⁵⁷ Segundo ROXIN, *Täterschaft*, p. 275 e ss., na fase de execução (e não na fase preparatória); em sentido contrário, a posição dominante, cf. por todos RENGIER, *Strafrecht* AT, 3. ed., München,

do fato (*funktionale Tatherrschaft*), que fará de cada qual *coautor* do fato como um todo, ocorrendo aqui, como consequência jurídica, o que se chama de imputação recíproca.⁵⁸ A e B responderão, assim, ambos pelo delito de roubo (art. 157, CP). A existência de uma imputação recíproca, que, concretamente, significa imputar a um sujeito fatos de terceiros, não é óbvia, e exige uma forte fundamentação jurídica, como se verá no decorrer deste livro.

4. AUSÊNCIA DE PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE. DOMÍNIO DO FATO, DELITOS DE DEVER E DELITOS DE MÃO PRÓPRIA

O critério do domínio do fato não é proposto com pretensões de universalidade, isto é, tal como se fosse aplicável a todas as espécies de delitos.⁵⁹ Há delitos cuja autoria se determina com base em outros critérios, que não a ideia de domínio do fato. A despeito disso, permanece como critério geral de orientação a já mencionada ideia de que autor é a figura central do acontecer típico.

4.1 Delitos de dever

O primeiro e mais importante desses delitos em que não se opera com a teoria do domínio do fato é o grupo dos chamados delitos de dever ou, como preferem os espanhóis,⁶⁰ delitos de violação de dever (*Pflichtdelikte*). A figura dos *delitos de dever* não só encontrou acolhida em grande parte da doutrina,⁶¹

2011, § 44, nm. 40 e s., p. 400 e ss.; JOECKS, *Münchener Kommentar*, § 25, nm. 53 e ss., p. 1.157 e ss.

⁵⁸ ROXIN, *Täterschaft*, p. 277 e ss.; AT II, § 25 nm. 188 e ss.

⁵⁹ Ver a exposição de FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, p. 767 e ss.

⁶⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, p. 728 e ss., com esclarecimento sobre a terminologia. Ver também ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, Barcelona, 2007, p. 31 e ss.; *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid/Barcelona, 2003, p. 226 e ss. Sobre a aceitação e crítica na doutrina espanhola ver S. BACIGALUPO, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Madri, 2007, p. 89 e ss., autora que compreende que a teoria da infração de um dever é um complemento necessário da teoria do domínio do fato (p. 15 e ss.); ver também Sánchez-Vera, citado na nota 62.

⁶¹ JOECKS, *Münchener Kommentar*, § 25, nm. 43; Heine, em: Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. ed., München, 2010, vor § 25, nm. 84; PARIONA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, Baden Baden, 2010, p. 71 e ss.; todos com ulteriores referências. Críticos SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 25, nm. 43 e s.; J.H. Chen, *Das Garantensonderdelikt*, Berlin, 2006, p. 68 e ss., 108 e ss.; PIZARRO BELEZA, *Die Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten – Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft*, em: SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS, *Bausteine eines europäischen Strafrechts*. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Köln etc., 1995, p. 267 e ss. (p. 271 e ss.); Hoyer, em: Rudolphi *et alii* (coords.), *Systematischer Kommentar zum Strafbuch*, 7. ed., Köln, 2000, § 25, nm. 22 e ss. Contrário a essa teoria, em Portugal, FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, p. 771. No Brasil, manifestou-se a esse respeito, com relativo pioneirismo, MOURA, *Autoria e participação nos crimes desde a empresa*, *Revista CEPPG* 25 (2011), p. 54 e ss., que critica a incompatibilidade entre a ideia de domínio do fato e a de delitos de infração de

como também foi erigida por Jakobs e sua escola a um dos pilares de sua teoria normativista do injusto penal.⁶²

Tipos penais há em que o legislador, ao invés de descrever da forma mais precisa possível as ações humanas que lesionam o bem jurídico, serve-se de outra técnica e se apóia em deveres, concretizados em outros setores da ordem jurídica, e cuja violação passa a ser um requisito do tipo penal.⁶³ Aqui, Roxin entende que autor é quem viola um dever especial,⁶⁴ pouco importando o domínio que tenha sobre o fato;⁶⁵ quem concorre para o fato sem esse dever será mero partícipe. Nesses casos, «é característico que o detentor desses deveres surge entre os outros intervenientes como aquele que possui uma relação especial com o conteúdo de injusto do fato, de modo que o legislador o considera, em função exclusiva dessa obrigação, a figura central do acontecer típico e, assim, autor».⁶⁶

Se se seguisse, aqui, à risca a teoria do domínio do fato, poder-se-ia considerar suficiente para a autoria (mediata), por exemplo, que a qualificação pessoal existisse na pessoa do instrumento. Pense-se no *extraneus* que coage um funcionário público a cometer um delito funcional: o *extraneus* possui, sim, o domínio do fato, mas não poderá ser autor do delito funcional.⁶⁷ Consi-

um dever. Não se entende bem o porquê da crítica; a teoria do domínio do fato, que, como dito, não tem pretensões de universalidade, não cuida e nem pretende cuidar dos delitos de infração de dever.

⁶² JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. ed., Berlin/New York, 1993, § 1, nm. 7, § 7, nm. 70 e ss., § 21, nm. 115 e ss., § 29, nm. 57 e ss.; Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen, 1996, p. 19 e ss.; La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación, trad. Cancio Meliá, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madri, 2001, p. 619 e ss.; SÁNCHEZ VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlin, 1999, p. 51 e ss. (= *Delito de infracción de deber y participación*, Madri: Marcial Pons, 2002); *Delito de infracción de deber*, Montealegre Lynett (coord.), *El funcionalismo en derecho penal*, vol. II, Bogotá, 2003, p. 273 e ss.; PERDOMO TORRES, *El concepto de deber jurídico*, no mesmo volume, p. 231 e ss. (248 e ss.); PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema jurídico-penal*, Montealegre Lynett (coord.), *El funcionalismo en derecho penal*, vol. I, Bogotá, 2003, p. 271 e ss. e ss. (p. 54 e ss.); MONTEALEGRE LYNETT/PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal*, Bogotá, 2006, p. 49 e ss.

⁶³ ROXIN, *Täterschaft*, p. 352 e ss., p. 353; AT II, § 25, nm. 14, 267 e ss.; *Política criminal e sistema jurídico-penal*, trad. Greco, Rio de Janeiro, 2000, p. 34 e ss.

⁶⁴ Anteriormente, Roxin afirmou que esses deveres possuíam natureza extrapenal, pertenciam a outros ramos do direito (ROXIN, *Täterschaft*, p. 352 e ss., a explicação da mudança de opinião na p. 742). Em seu tratado, no entanto, publicado em 2003, Roxin dá ouvidos à crítica de Schünemann (por último, Leipziger Kommentar, § 25, nm. 39 e ss.) e altera essa posição, afirmando que esses deveres, uma vez incluídos no tipo penal, são deveres jurídico-penais, são parte do tipo penal: ROXIN, AT II, § 25 nm. 14, 267 e ss. Assim também o aluno peruano de Roxin, PARIONA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, Festschrift Roxin, 2011, p. 855 e ss.

⁶⁵ ROXIN, *Täterschaft*, p. 352 e ss., p. 353; AT II, § 25, nm. 14, 267 e ss.

⁶⁶ ROXIN, *Täterschaft*, p. 354.

⁶⁷ ROXIN, *Täterschaft*, p. 352 e ss.

derá-lo autor seria estranho, porque o que justifica a pena elevada do delito funcional – pense-se no peculato (art. 312, CP), com pena de 2 a 12 anos, e na apropriação indébita (art. 168, CP), com pena de 1 a 4 anos – é a violação de um dever que se dirige apenas ao detentor da função, e não a um terceiro.

O fundamental nos delitos de dever é a relevância da descrição típica para a determinação da autoria. Caso o tipo penal descreva a ação proibida e indique uma qualidade pessoal do autor, como ocorre nos delitos de dever, autor é apenas quem preenche esses dois requisitos, e a participação, como causa de extensão da punibilidade (conceito restritivo de autor) pode ocorrer ainda que falte um desses requisitos.⁶⁸ Nesses casos, o que determina a condição de autor ou de partícipe é a vinculação ao dever, e não a forma da contribuição concreta, se omissiva ou comissiva, de maior ou de menor importância. Autor é sempre e apenas aquele que possui o dever elevado a requisito do tipo penal em questão.

A *ratio* da proibição penal, nesses casos, é a violação de deveres ligados a um papel social assumido pelo próprio sujeito, mas a infração ao dever não constitui, ao contrário dos rumos que concedeu Jakobs à teoria,⁶⁹ o conteúdo de injusto típico, sendo apenas determinante para o conceito de autor.⁷⁰ Entre os delitos de dever se encontram, principalmente, os delitos próprios (delitos de funcionário público, por ex.), como é o caso dos delitos de corrupção passiva (art. 316, CP) e de peculato (art. 312, CP), e os delitos omissivos impróprios (em razão da posição de garantidor, art. 13, § 2.º, CP).⁷¹ Os delitos omissivos não podem ser regidos pelos critérios dos delitos de domínio também porque o «domínio do fato pressupõe necessariamente um controle ativo do curso causal e não pode ser atingido por um mero não-fazer».⁷²

4.2 Delitos de mão própria

Outro grupo de delitos cuja autoria é regida por critérios distintos do domínio do fato é o dos *delitos de mão própria*: neles, autor é exclusivamente quem pratica em sua própria pessoa a ação típica, sendo impossível a autoria mediata e a coautoria.⁷³ Há muita controvérsia sobre a classificação de um delito como delito de mão própria. Antes, discutia-se se o critério deveria

⁶⁸ ROXIN, *Täterschaft*, p. 353.

⁶⁹ Cf. as referências acima, nota 62.

⁷⁰ Sobre essa diferença ver ROBLES PLANAS, *Garantes*, p. 34.

⁷¹ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, Madri, 2012, p. 404 e ss.

⁷² ROXIN, AT II, § 31, nm. 133 e ss. Assim também SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 25, nm. 209. Recentemente, um crítico da teoria do domínio do fato se manifestou especificamente sobre a autoria e a participação nos delitos omissivos: V. HAAS, *Die Beteiligung durch Unterlassen*, ZIS 2011, p. 392 e ss.

⁷³ ROXIN, *Täterschaft*, p. 399 e ss.; AT II § 25, nm. 15, 288 e ss.

ser a formulação típica (chamada teoria da letra da lei) ou o fato de o delito não exigir um resultado separável da ação proibida (chamada teoria do movimento corporal).⁷⁴ Roxin propõe que sejam diferenciados aqui três grupos de delitos: os delitos de comportamento vinculado (nossa tradução de «*verhaltensgebundene Delikte*»), em que o injusto repousa na reprovabilidade de um determinado modo de se comportar sem que seja necessária a comprovação de uma lesão a bem jurídico (exemplo do código alemão seria o incesto, § 173 StGB); os delitos de direito penal de autor (*täterstrafrechtliche Delikte*), que elegem como *ratio* da punição um modo de condução de vida, como o rufianismo, ainda existente em nosso Código Penal (art. 230 do CP); e os delitos de infração de um dever personalíssimo, como o delito de falso testemunho (art. 342, CP).⁷⁵ Os dois primeiros grupos são corpos estranhos no moderno direito penal e, em verdade, apenas o último grupo é de maior relevância.⁷⁶

Para a dogmática da autoria e participação isso significa que, nesses casos, autor é quem realiza, por si próprio, o verbo de que se vale o legislador para descrever o tipo penal. Não é possível autoria mediata. Partindo dessas premissas, quem fornece informações falsas à testemunha, que, nelas crendo, acaba por incorporá-las na declaração prestada em juízo, não é autor do delito de falso testemunho (art. 342, CP). Como tampouco há fato principal, sequer culposo (inexiste falso testemunho culposo),⁷⁷ esse sujeito terá de ficar impune.

4.3 Delitos culposos?

Por fim, os delitos culposos, que inicialmente haviam sido entendidos como delitos de dever por Roxin,⁷⁸ devem ser regidos pelo sistema unitário de autor, isto é, renunciando-se a uma distinção entre autor e outras formas de participação e igualando, em regra, todas as formas de contribuição causal para o resultado.⁷⁹ Essa concepção vem sendo criticada cada vez mais,⁸⁰ e a

⁷⁴ ROXIN, AT II, § 25, nm. 288 e ss.

⁷⁵ ROXIN, AT II, § 25, nm. 297 e ss.

⁷⁶ ROXIN, AT II, § 25, nm. 301 e ss.

⁷⁷ O que só seria relevante se se aceitar a possibilidade de participação em delito não doloso; na Alemanha, como se pode ver da redação dos dispositivos do direito alemão citados supra, isso é excluído pela própria lei.

⁷⁸ Até a segunda edição, *Täterschaft und Täterschaft*, 2. ed. Berlin/New York, 1967, p. 527 e ss.; esse capítulo 11º sobre «Autoria e participação nos delitos culposos» foi retirado das edições seguintes, cf. 3. ed. Berlin/New York, 1975, p. 527 e ss., p. 741 e ss. Sobre o conceito unitário de autor e o seu desenvolvimento ver SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, vor § 25, nm. 5 e ss. No Brasil ver SOUZA SANTOS, *Coautoria em crime culposo e imputação objetiva*, Barueri, 2004, especialmente p. 93 e ss. e p. 109 e ss.

⁷⁹ ROXIN, *Täterschaft*, p. 737 e ss., p. 741; SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 25, nm. 215 e ss.

⁸⁰ Principalmente RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 154 e ss., 261 e ss.

possibilidade, por exemplo, de uma coautoria culposa não é de todo descartada, nem pelo próprio Roxin.⁸¹

5. REPERCUSSÃO

A doutrina aderiu amplamente à teoria do domínio do fato como ideia capaz de indicar contornos mais concretos para a distinção entre autor e partícipe. Evidentemente, não se trata de uma construção teórica incontestada. Na década de 80, mencione-se especialmente a monografia de Stein, que propôs uma teoria do concurso de pessoas fundada numa teoria das normas;⁸² na atualidade, vejam-se especialmente os modelos de Jakobs, que propõe um retorno a um conceito extensivo de autor,⁸³ de Haas, que recorre a concepções civílicas (entendendo, por exemplo, a instigação como mandato, o instigado, assim, como representante, na forma do § 164 I BGB, art. 116 do nosso CC),⁸⁴ e de Robles Planas e Rotsch, que propõem um retorno ao conceito extensivo de autor que, em última análise, reconduz a teoria do concurso de agentes à imputação objetiva.⁸⁵

Como foi dito logo no início, a influência do livro do Roxin mal pode ser dimensionada. As ideias nele contidas estão no centro da discussão desde os anos que se seguiram à sua enunciação até os dias de hoje. A sistematização das formas de autoria, a diferenciação entre as diversas espécies de autoria mediata, segundo os seus fundamentos (e não apenas segundo o defeito presente no homem da frente, como procedem, contudo, ainda boa parte das exposições didáticas⁸⁶), a clarificação da estrutura da coautoria, como atuar conjunto fundado em divisão de tarefas ou funções, a teoria dos delitos de dever e dos delitos de mão própria, todas essas contribuições foram decisivas e representam um *point of no return* na teoria do concurso de pessoas. Que a teoria ainda está em plena evolução, configura uma obviedade.

A mais notória consequência da construção de Roxin, contudo, é a figura de *autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder*, que depois de tornar-se doutrina majoritária,⁸⁷ foi admitida não apenas pela jurisprudência

⁸¹ A esse respeito ver SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 25, nm. 215 e ss.; e Roxin, AT II, § 25, nm. 8., 239 e ss. Ver o estudo de GRECO/TEIXEIRA, nessa coletânea, p. 63 e s.

⁸² STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlin, 1988, p. 221 e ss.

⁸³ JAKOBS, *Beteiligung*, DÖLLING (coord.), *Festschrift für Lampe*, Berlin, 2003, p. 561 e ss.; *La normativización*, p. 619 e ss.

⁸⁴ HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, Berlin, 2008, p. 58 e ss. (sobre a instigação cf. p. 85 e ss.); v. Também HAAS, *Kritik der Tatherrschaftslehre*, *ZStW* 119 (2007), p. 519 e ss.

⁸⁵ ROBLES, *La participación*, p. 182 e ss.; ROTSCH, *Einheitstäterschaft*, p. 421 e ss.

⁸⁶ Por exemplo, RENGIER, *Strafrecht*, § 43, nm. 6 e ss., p. 370 e ss.

⁸⁷ Com ulteriores referências LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 27. ed. München, 2011, § 25, nm. 2; HEINE, SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 12), § 25, nm. 25a; em língua portuguesa por

alemã,⁸⁸ como também pela de outros países, como a Argentina e o Peru,⁸⁹ e encontrou reconhecimento no direito penal internacional.⁹⁰ Ao que parece, o nosso Supremo Tribunal Federal fez uso da teoria da Ação Penal n. 470; em que medida dela serviu-se ao julgar o caso, é outra questão, cujo exame terá de ser reservado para o estudo detalhado do segundo autor do presente artigo, na sequência deste livro.

6. O QUE NÃO É A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Observamos acima que só de recente data a quinquagenária teoria do domínio do fato passou a ser objeto de interesse generalizado da comunidade jurídica brasileira. Desde que a teoria foi mencionada na sustentação oral do Procurador Geral de Justiça na Ação Penal 470, diante do Pleno do Supremo Tribunal Federal, avolumam-se manifestações sobre a teoria, e, na mesma proporção, cresce o estado de incerteza e desorientação generalizada. Infelizmente, tem-se a impressão de que boa parte daqueles que se auto-intitulam conhecedores da teoria e que se propõem a explicá-la para o grande público – sem meias palavras – não sabem verdadeiramente do que se trata. Não é à toa que a maior parte dessas manifestações carece de referências bibliográficas.

ex. FIGUEIREDO DIAS, *Autoria e participação no domínio da criminalidade organizada: alguns problemas*, em: *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, São Paulo, 1999, p. 355 e ss. (p. 365 e ss.).

⁸⁸ BGHSt 40, 218, 236 s.; 307, 316 s.; 42, 65, 69; 44, 204, 206; 45, 270, 296 ss.; síntese em SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 25, nm. 124 e s.

⁸⁹ Sobre a situação argentina, com várias informações, ver AMBOS, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, GA 1998, p. 226 e ss. (p. 238). Sobre o caso Fujimori no Peru, ver os estudos publicados na ZIS 2009: ROTSCH, *Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus*, p. 549 e ss.; AMBOS, *Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. Peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori*, p. 552 e ss.; ROXIN, *Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru*, p. 565 e ss.; SCHROEDER, *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*, p. 569 e ss.; JAKOBS, *Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori*, p. 572 e ss.; HERZBERG, *Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates*, p. 576 e ss.; CARO CORIA, *Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori. Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal*, p. 581 e ss.; GARCÍA CAVERO, *La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori*, p. 596 e ss.; MEINI, *La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009* (Exp. a.v. 19 – 2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema p. 603 e ss.; PARIONA, *La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori*, p. 609 e ss.; VAN DER WILT, *On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the Case against the former Peruvian president Alberto Fujimori*, p. 615 e ss. Ver a coletânea peruana, que reúne todos os estudos acima citados: AMBOS/MEINI (orgs.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima, 2010.

⁹⁰ Referências em AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 2. ed., 2008, § 7 nm. 25; ZIS 2009, p. 564 nota 127.

Constrói-se, assim, uma ciência penal de ouvir-dizer, o que seria divertido, se se tratasse de um jogo de telefone-sem-fio, mas se torna trágico, quando o que se segue desse «segundo Roxin...» é uma sentença condenatória que enjaula alguém por tantos e tantos anos. Nem mesmo juristas de renome podem ser poupados desse reproche.⁹¹ Cuidaremos, em seguida, de alguns dos erros que nos parecem mais difundidos.

6.1 «Segundo a teoria do domínio do fato, o mandante é autor»

A contrata B, para que este mate C, o amante de sua esposa. Após anos de maus-tratos nas mãos de P, M pede ao filho F maior de idade que mate o pai tirano. A e M são «mandantes», mas não autores, e sim partícipes, instigadores. Isso com ou sem a teoria do domínio do fato, mais até com ela, do que sem ela. Porque sem a teoria, o natural seria entender, arrimado na letra

⁹¹ Veja-se, por todos, o artigo de Lênio Streck (acessível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>). A despeito de criticar o fato de que «os autores que fundaram as diversas teorias são lidos por *apud*» e a «cultura manualesca», «que ensina teoria do delito (...) de segunda ou terceira mão», Streck faz o mesmo e ainda vai além. Em primeiro lugar, ele cria termos em língua estrangeira, chama a teoria do domínio do fato (em alemão: *Tatherrschaft*) repetidamente de *Theorie der Tatsache und Theorie Domäne der objektiv-subjektiv*, o que, em alemão, é ainda menos compreensível do que em português (traduzido: «teoria do fato e teoria domínio do [inserir substantivo] objetivo-subjetivo»). Em segundo lugar, o que é ainda mais grave, o autor comete uma série de erros materiais. O principal deles encontra-se na passagem segundo a qual a teoria «tem como pressuposto determinar a possibilidade de se “pegar” “*Der Mann hinter*”, ou seja, o homem que está por trás do crime ou da organização criminosa». Aqui, Streck não apenas faz errôneo e novamente desnecessário uso de expressões em língua estrangeira (sucintamente, o correto seria dizer *Hintermann*; a expressão criada por Streck contém tantos erros, que teríamos de fazer mais uma nota para apontá-los), como comete um triplice deslize: ele reduz a teoria a uma de suas aplicações concretas, como se domínio do fato fosse o mesmo que domínio da organização; insinua que, sem a teoria, não se «pegaria» esse homem de trás, que ficaria impune, o que contraria frontalmente qualquer leitura que se dê ao art. 29 do CP; por fim, ao escrever que *Der Mann hinter* está «por trás do crime ou da organização», dá a entender que a autoria deriva da mera posição em face da organização, e que não precisa ter relação direta com o crime (sobre esse erro, infra 6.4). Por fim, o artigo contém citações visivelmente emprestadas de publicações cujo conteúdo o autor aparentemente desconhece. Veja-se a passagem: «há farto material sobre isso, v.g., *Festschrift für Claus Roxin zu (sic) 70. Geburtstag (sic) am 15 mai (sic) 2001, Verlag de Gruyter*. Berlin, 2001 – Bernd Schünemann e Cristian Jäger – editores». Nesse livro, a coletânea de estudos em homenagem a Roxin pelos seus 70 anos, que reúne 85 estudos e alcança quase 1600 páginas, apenas 6 cuidam de problemas relativos ao concurso de pessoas (a saber, os estudos de OTTO, p. 483-502; CEREZO MIR, p. 549-562; VOLK, p. 563-574; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA, p. 575-608; MUÑOZ CONDE, p. 609-624; CHARALAMBAKIS, p. 625-640), e apenas um, o de Muñoz Conde, trata do domínio sobre a organização. Enfim, ainda que o diagnóstico geral de Streck («estamos diante de uma tese que corre o risco de não ser bem entendida»; «trata-se de uma tese complexa. O seu risco é que ela seja transformada em uma nova “ponderação” ou em uma espécie de “argumento de proporcionalidade ou de razoabilidade”, como se fosse uma cláusula aberta, volátil, dúctil») esteja correto, o autor critica o cisco no olho alheio e ignora a trave que está no próprio.

do art. 29, *caput*, CP, que A e M, já por terem concorrido para o crime, são autores. Só teorias que conectam a autoria à realização do tipo, como a teoria formal-objetiva ou a teoria do domínio do fato, farão de A e M partícipes.

A ideia de que, segundo a teoria do domínio do fato, ter-se-ia aqui autoria, de que o «mandante» (termo, diga-se de passagem, coloquial, de conteúdo jurídico obscuro) é autor, de que existiria um «autor intelectual» – é um grande equívoco cuja origem parece ser o pequeno livro de D. Jesus.⁹² A raiz do equívoco é uma confusão entre domínio do fato, autoria mediata por domínio da organização e instigação. É verdade que quem aceita a autoria mediata por domínio da organização transforma algumas hipóteses de instigação em autoria. Mas apenas algumas hipóteses, aquelas em que o comando é dado a partir de uma organização em que se apresentem os três requisitos acima mencionados. A e M não agem a partir de uma tal organização e não são, portanto, autores.

6.2 «Agora, com o domínio do fato, não vai escapar mais ninguém»

Como se disse repetidamente, a teoria do domínio do fato parte da ideia de que autor é a figura central do acontecimento típico. Os tipos penais são o ponto de partida dessa teoria. Ela é, portanto, uma manifestação de um chamado conceito restritivo de autor: apenas o autor realiza diretamente o tipo, a conduta do partícipe só se torna punível em razão de um outro dispositivo legal, que opera como causa de extensão da punibilidade.

A leitura mais natural do art. 29, *caput*, CP, que diz responder pelo crime todo aquele que para ele concorre, é no sentido de um conceito extensivo de autor. Tal é o caso especialmente se se entender, como tradicionalmente se faz, a expressão «concorrer de qualquer modo» como sinônima de «causar», que é definida no art. 13, *caput*, CP como «a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido». Todos os causadores seriam, assim, autores, ainda que a pena concreta deva ser imposta «na medida da culpabilidade» de cada qual (art. 29, *caput*, CP), e ainda que se possa reduzir a pena para a «participação de menor importância» (art. 29, § 1.º, CP). Ou seja: é o art. 29, *caput*, CP, tal como ele é tradicionalmente entendido, que não deixa ninguém escapar. A rigor, o que se teria de estudar é se, por que e de que forma, em um ordenamento jurídico que conhece um dispositivo desse teor, se deve recepcionar a teoria do domínio do fato – o que será realizado no próximo estudo.

De qualquer modo, nem mesmo nos casos de coautoria, em que se deriva da teoria do domínio do fato uma explicação natural para a chamada imputação recíproca (o controle conjunto, chamado de domínio funcional),

⁹² JESUS, *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*, p. 27; assim também, por exemplo, NUCCI, *Código Penal comentado*, 10. ed., São Paulo, 2010, art. 29 item 3.

pune-se, no geral, mais do que com base no tradicional conceito extensivo.⁹³ Pense-se no caso acima mencionado, do primeiro comparsa que subtrai coisa alheia móvel enquanto seu colega aponta pistola para a vítima. O conceito extensivo tradicional diria: quem aponta a arma realiza a grave ameaça, mas também causa a/concorre para a subtração, estando presentes, assim, todos os elementos do tipo objetivo do roubo; inversamente, quem toma o objeto, em momento anterior, disse ao colega que fizesse uso da arma, de modo que ele concorreu para a grave ameaça. Ou seja, também o conceito extensivo de autor chega, no geral, a uma imputação recíproca; ele, contudo, a baseia tradicionalmente numa mera co-causação, que é, por si só, ilimitada, e aqui reside um problema.

6.3 «X é autor, porque possuía o domínio do fato»

Talvez o erro mais comum e menos observado é fundamentar o status de alguém como autor atribuindo-lhe o domínio do fato. Do ponto de vista da teoria e da metodologia do direito, a ideia de autor como figura central do acontecer típico, bem como a ideia de domínio do fato, não são conceitos classificatórios, ou seja, que postulam um conjunto de elementos sob os quais se podem subsumir as diversas formas de comportamento ocorridas na realidade, mas sim conceitos que Roxin caracteriza como *abertos*⁹⁴ e Schünemann como *tipológicos*.⁹⁵ Não entraremos nos detalhes metodológicos dessas caracterizações, e sim nas consequências que daí derivam para o manuseio da teoria no dia-a-dia da atividade forense.

A ideia de domínio do fato não é uma definição de autor, mas um *critério reitor* que deve ser concretizado não pelo juiz no caso concreto, e sim pela doutrina diante de grupos de casos:⁹⁶ «Não se trata de uma descrição da

⁹³ A única situação em que isso talvez se dê seja a de contribuições individuais redundantes; pense-se na chamada coautoria aditiva ou alternativa (a respeito SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 25, nm. 194), caso clássico: pelotão de fuzilamento, dezenove das vinte balas disparadas perfuram órgãos vitais da vítima, não é possível descobrir quem errou o disparo. É intuitivo que nenhum dos vinte membros do pelotão poderá reportar-se ao *in dubio pro reo*, para responder por mera tentativa. Ainda assim, poder-se-ia dizer que compor o pelotão é concorrer, co-causar o fuzilamento, e com isso responsabilizar a todos pela morte. Essa argumentação, contudo, não resolve todos os casos imagináveis; sobre isso, em detalhe, GRECO, *Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten*, ZIS 2011, p. 674 e ss., p. 6.681 e ss. (há tradução para o português, no prelo, feita por Ronan Rocha, intitulada: Problemas de causalidade e imputação nos delitos omissivos impróprios) e o estudo de GRECO/ASSIS, nesta coletânea, p. 81.

⁹⁴ ROXIN, *Täterschaft*, p. 122 e ss.

⁹⁵ SCHÜNEMANN, *Die Rechtsfigur des «Täters hinter dem Täter» und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen*, Festschrift für Schroeder, p. 401 e ss.; *Festschrift Roxin*, 2011, p. 799 e ss., p. 806.

⁹⁶ ROXIN, AT II, § 25, nm. 27 e ss.

autoria, mas de um critério formal, um ponto de apoio metodológico.»⁹⁷ Com a teoria do domínio do fato, «não foi encontrada uma fórmula mágica, da qual se possa deduzir um resultado diante de uma qualquer situação».⁹⁸ No dia-a-dia forense, isto é, no momento de resolver se, em um caso concreto, A é autor ou mero partícipe, de nada serve afirmar «autor, porque tem o domínio do fato» ou «partícipe, porque lhe falta o domínio do fato».⁹⁹ Tais afirmações são vazias de conteúdo, na medida em que o fundamental é determinar quais circunstâncias concretas fazem do sujeito o senhor do fato. Essas circunstâncias estão enumeradas pelos grupos de caso que acima descrevemos: elas são o cometimento de mão própria da ação delituosa (efetuar o disparo, socar a vítima), e é isso que tem de ser mencionado, para daí derivar que há domínio do fato, sob a forma do domínio da ação; o uso de um instrumento em erro, sob coação ou por meio de um aparato organizado de poder, e dessas circunstâncias que derivará o domínio da vontade e, com ela, o domínio do fato; e, por fim, a existência de um plano comum, com repartição de tarefas, e de uma contribuição relevante, do que deriva o domínio do fato, sob a forma do domínio funcional do fato. Os termos domínio da ação, da vontade, ou funcional, aparecem, assim, só ao final da argumentação; eles não a fundamentam, mas são o seu resultado.

Perguntar-se-á, talvez: então para que ou para quem servem esses termos? Eles servem para o doutrinador, ou para o juiz, enquanto está a resolver não o caso concreto, e sim a discutir em abstrato que exigências que devem ser atendidas para que se possa falar, por ex., em um domínio funcional do fato. Eles servem, assim, como ideias reitoras para que se determinem os *contornos gerais* das várias formas de autoria. Será possível reconhecer um domínio funcional, ainda que a contribuição do agente seja dada em fase preparatória (supra 3.3.)? É sequer imaginável um domínio da vontade, se essa vontade é plenamente responsável (supra 3.2.)? No momento de dar uma resposta a um caso concreto, contudo, esses questionamentos têm de estar resolvidos. O juiz tem, de antemão, de dispor de critérios gerais que lhe digam o que importa, e o que não.¹⁰⁰ Se A planejou junto com B e C o roubo, mas ficou em casa, a qualificação de A como autor dependerá não de que se afirme «A tem o domínio funcional do fato», e sim de que o seu comportamento seja passível de subsunção sob o primeiro pressuposto, a saber, a decisão comum para o fato (o que, aqui, é de se afirmar), e sob o segundo pressuposto da contribuição relevante (o que aqui dependerá de se se entendeu ou não necessário que a contribuição seja dada na fase executória).

⁹⁷ ROXIN, *Täterschaft*, p. 25.

⁹⁸ ROXIN, *Täterschaft*, p. 326.

⁹⁹ Cf., no entanto, JESUS, *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*, p. 27.

¹⁰⁰ ROXIN, *Täterschaft*, p. 118.

Não é à toa que a teoria desenvolveu um mapa complexo e diferenciado das várias formas de autoria, com três subformas e uma série de ulteriores distinções. Se bastasse dizer «A tem o domínio do fato», todo esse esforço seria desnecessário. Poder-se-ia ficar com a teoria normativa da combinação, de que se serve a jurisprudência alemã (supra 1), ou com a ideia de «participação de menor importância», de que já fala o art. 29, § 1.º, CP. O que a teoria do domínio do fato almeja é, pelo contrário, superar uma mera aplicação intuitivo-emocional da etiqueta de autor, conforme considerações de merecimento de pena (segundo a tese: autor é quem merece a pena mais grave), que degradaria a ideia de domínio do fato a mero slogan vazio de conteúdo.¹⁰¹

6.4 «X dominava o fato, porque era o chefe do grupo»

Homicídio é «matar alguém» (art. 121, *caput*, CP), furto é «subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel» (art. 155, CP). Ocupar uma posição de destaque ou mesmo de comando em um grupo em que uma pessoa plenamente responsável pratica uma dessas condutas não faz de ninguém, por si só, autor dessas condutas. Aliás, tal não é o caso nem mesmo com base na leitura tradicional do art. 29, *caput*, CP: ter uma posição de comando não significa, necessariamente, concorrer, causar o fato. Confirmando o que dissemos, que a teoria do domínio do fato é, no geral, não mais extensiva e sim mais restritiva que o conceito extensivo de autor em que se baseia o art. 29, *caput*, CP, aqui só será possível falar em autoria se o chefe de um grupo emite uma ordem dentro de uma estrutura que atenda aos requisitos do domínio da organização (estrutura verticalizada, dissociação do direito, fungibilidade do executor, supra 3.2.), ou da coautoria (decisão comum, contribuição relevante [na fase de execução?]).

6.4.1 «Não importa o que X fez; X era o chefe, logo, tinha o domínio do fato»

Uma variante mais concreta do presente equívoco é dizer que domínio do fato é o poder de evitar o fato. O chefe, ainda que não tenha feito nada, poderia ter agido; e se o tivesse, o fato poderia ter sido evitado, ou o teria sido com total segurança.

Essa argumentação é dotada de uma plausibilidade intuitiva. Ela, contudo, nada tem a ver com a ideia de domínio do fato; o que se está fazendo, a rigor, é confundi-la com a omissão imprópria, prevista no art. 13, § 2.º, CP. O domínio do fato, como dito (supra 3), se refere aos delitos de domínio, isto é, a delitos comissivos. Só quem age positivamente tem algo nas mãos, que

¹⁰¹ ROXIN, *Täterschaft*, p. 108 e ss., 320.

pode dominar. Os delitos de omissão não são delitos de domínio, a eles não se aplica o critério do domínio do fato.

Esse poder de evitar o fato nada mais é do que aquilo de que já fala o art. 13, § 2.º, CP: «A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado». Ocorre que a mera posição de chefe não significa, por si só, que o agente teria conseguido evitar o resultado no caso concreto, caso tivesse agido. Há ainda que se avaliar a possibilidade física de o fazer. E, ainda mais importante, nem tudo que uma pessoa pode evitar tem de ser por ela evitado. Por isso, fala o artigo também em um «dever de agir», que é concretizado na frase seguinte do citado dispositivo. Esse ponto ficará melhor esclarecido no estudo de GRECO/ASSIS.¹⁰²

6.4.2 «Não importa o que X sabia; X era o chefe, logo, tinha o domínio do fato»

O presente erro é ainda mais elementar. Como se viu, a ideia domínio do fato se aplica apenas a delitos de domínio, que são, em sua totalidade, delitos dolosos. Dolo é, segundo a definição clássica, conhecimento e vontade de realizar o tipo objetivo,¹⁰³ querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, no dizer do art. 18, I, CP. Isso significa que se o agente não agiu, pelo menos, assumindo o risco da realização do tipo, isto é, com dolo eventual, sequer se poderá falar em domínio do fato. Uma responsabilidade fundada na mera posição de comando, que dispensa qualquer dolo, existe apenas no direito penal internacional, na chamada *command responsibility* (art. 28, Estatuto do Tribunal Penal Internacional), uma figura de duvidosa legitimidade,¹⁰⁴ que nada tem a ver com aquilo de que agora estamos cuidando.

6.5 «Segundo a teoria do domínio final ou funcional do fato, Bin Laden foi o autor do atentado de 11 de setembro de 2011»

Uma tal afirmativa contém várias imprecisões.

Em primeiro lugar, como vimos, domínio do fato não é o mesmo que autoria mediata por *domínio da organização*. Essa forma de autoria mediata é uma das espécies, uma das concretizações do domínio do fato. Analogamente, os EUA fazem parte da América, mas não são a América. E mais, agora aban-

¹⁰² Nesta coletânea, p. 81.

¹⁰³ Por todos, CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, p. 132.

¹⁰⁴ WEIGEND, *Zur Frage eines «internationalen» Allgemeinen Teils*, em: SCHÜNEMANN *et alii*. (coords.), *Festschrift für Roxin*, Berlin/New York, 2001, p. 1375 e ss. (p. 1397); AMBOS, *A parte geral do direito penal internacional*, trad. Japiassu/Raisman, São Paulo, 2008, p. 347; *Internationales Strafrecht*, 3. ed., München, 2011, § 7 nm. 59. Sobre essa figura o estudo de LEITE, na presente coletânea, p. 123.

donando a analogia: é possível aceitar o domínio do fato sem aceitar o domínio da organização, como o faziam ninguém menos que Welzel e Jescheck.¹⁰⁵

Em segundo lugar, *domínio final* do fato é uma denominação usada apenas por finalistas. Como se observou (supra 1), foi o finalista Welzel quem recuperou a ideia do domínio do fato para a dogmática da autoria e da participação. No mencionado estudo de 1939, derivava ele a ideia da teoria finalista da ação. Ocorre, contudo, que a monografia de Roxin construiu a teoria com base em outro fundamento, a saber, a ideia de que autor é a figura central da realização do tipo. Além disso, quase toda a doutrina moderna acolhe o domínio do fato, ao passo quase ninguém mais acolhe em sua integralidade a teoria finalista da ação. Portanto, é, no mínimo, desaconselhável usar o termo domínio final do fato, porque com isso se insinua uma relação de dependência que inexistente.

Por fim, o *domínio funcional* do fato é, como acima exposto, uma fundamentação para a imputação recíproca, a qual, por sua vez, decorre unicamente da figura da coautoria. Ao contrário do que muitas vezes se diz, provavelmente em razão do hábito surgido sob a égide do CP/40, cujo título IV da Parte Geral era denominado «da coautoria», coautoria não é o mesmo que concurso de pessoas.¹⁰⁶ Coautoria é o concurso de vários autores (e não de autor e partícipe), uma autoria conjunta, em que o comportamento de cada qual é imputado a todos os demais (nisso se diferenciando da autoria mediata, em que há imputação unilateral, e não recíproca, porque só o comportamento do instrumento é imputado ao homem de trás, e não vice-versa; e da chamada autoria colateral, em que vários autores agem, e cada um responde apenas pelos seus próprios atos). Pense-se, novamente, no exemplo do roubo mencionado supra, 3.3. A ideia do domínio funcional tenta justificar por que é possível que B responda por uma grave ameaça que, a rigor, não foi ele, e sim A quem cometeu; e por que A pode responder por uma subtração realizada por B. Brevemente, essa fundamentação está em que A e B dão uma contribuição relevante para a realização do tipo de roubo, contribuição essa que se move no marco de uma decisão comum de praticar o fato. Identificar o domínio do fato com esse domínio funcional é, mais uma vez, o mesmo que identificar os EUA com a América.

Talvez a razão que esteja por trás desse último erro, do uso despropositado do termo domínio funcional do fato, seja a vaga ideia de que, se um finalista entende o domínio como um domínio final do fato, o funcionalista, e Roxin é um funcionalista, o entenderá como domínio funcional. O termo

¹⁰⁵ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlin, 1969, p. 98 e ss., p. 100; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. ed., Berlin, 1996, § 62 II 8 (p. 670).

¹⁰⁶ Ao menos para quem defende um conceito restritivo e não unitário de autor (cf. já acima, nota 14), pressuposto de que parte a teoria do domínio do fato.

funcional, no contexto de que agora tratamos, é usado porém noutro sentido: funcional, aqui, significa com diferenciação de funções, com divisão de tarefas. Apenas isso.

7. CONCLUSÃO

As conclusões de nosso estudo introdutório podem ser assim resumidas, a fim de oferecer as linhas mestras para a discussão futura:

7.1. A função dogmática da chamada teoria do domínio do fato é *distinguir entre autor e partícipe* e não oferecer um argumento em favor de uma punição que não ocorreria de outra forma; nosso art. 29 do CP se inclina no sentido de uma teoria que sequer distingue entre autor e partícipe (sistema unitário).

7.2. O critério geral de orientação para determinar o conceito de autor é o da *figura central do acontecer típico*. Partícipe é quem não realiza o tipo. Sua punição dependerá da presença de outros pressupostos.

7.3. A ideia reitora de *domínio do fato* é uma expressão desse critério geral de orientação e se desdobra em três manifestações mais concretas, a saber: o domínio da ação (autoria imediata); o domínio da vontade (autoria mediata) e o domínio funcional do fato (coautoria).

7.3.1. *Autor imediato* é quem executa de mão própria a ação típica.

7.3.2. Um sujeito é *autor mediato* quando coage ou induz a erro um terceiro que executa o crime, ou quando possui o domínio de uma organização verticalmente estruturada e dissociada da ordem jurídica.

7.3.3. Coautor é quem, no marco de um plano comum, dá, juntamente com outra pessoa, uma contribuição relevante à realização do fato, surgindo, como consequência jurídica, uma imputação recíproca.

7.4. A ideia de domínio de fato não se aplica a todas as espécies de delitos; ela não é aplicável, por exemplo, aos chamados *delitos de dever*, aos *delitos de mão própria* e aos delitos culposos.

7.5. Da teoria do domínio do fato não decorre, em absoluto, que o «*mandante*» seja autor (intelectual).

7.6. Tampouco diz a teoria que quem tem uma *posição de comando* é automaticamente autor. Não existe responsabilidade penal pela mera posição.

7.7. A teoria, em regra, sequer permite punir mais do que já seria possível fazer com base na letra do art. 29 do CP. A única exceção é a coautoria alternativa.

7.8. O domínio do fato é uma *ratio*, um tanto abstrata, que orienta a construção das várias formas de autoria e de seus pressupostos mais concretos. A resolução dos casos individuais se dá por meio da subsunção sob esses pressupostos mais concretos.

7.9. Tanto a ideia de *domínio da organização*, como a de *domínio funcional*, são expressões mais concretas da ideia de domínio do fato, não sendo desta sinônimas.

Dessas conclusões, gostaríamos de destacar a 7.7 como a mais importante na prática. Isso significa, concretamente, que se alguém, reportando-se ao domínio do fato, chegar a uma conclusão que pune mais do que seria possível punir só com recurso ao art. 29 do CP, há grande probabilidade ou mesmo uma presunção de que esse alguém esteja aplicando a ideia de domínio do fato de forma errônea, usando como artimanha retórica um termo cujo real significado desconhece. Que esse foi o caso da decisão da AP 470/STF, veremos em breve.

Em suma: o diletantismo que detectamos na elaboração do Projeto de Código Penal que ora tramita no Senado Federal¹⁰⁷ não é monopólio do Poder Legislativo. Esperamos que o presente estudo, modesto em seus propósitos, ao menos contribua a deixar um pouco mais claro o que é e o que não é a teoria do domínio do fato.

¹⁰⁷ GRECO, «Princípios fundamentais e tipo no novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal)»; e LEITE, «Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal)», ambos em: *Revista Liberdades – Edição Especial – Reforma do Código Penal* (2012), p. 35 e ss., p. 59 e ss.