

AUTORIA E DOMÍNIO DO FATO:

breves considerações à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Mariana Ruffo Pinto¹

RESUMO

O presente artigo analisa o conceito restritivo de autoria trazido pelo domínio do fato. O ponto de partida é a apreciação da legislação brasileira, com o objetivo de extrair as regras que regem nosso ordenamento jurídico em matéria de concurso de pessoas. Após uma breve investigação da origem da expressão “domínio do fato”, as concepções de Hans Welzel e Claus Roxin são analisadas individualmente. E em posse de tais conhecimentos são apresentados os motivos que levam o domínio do fato ser incompatível com a ordem jurídica brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PENAL. DOMÍNIO DO FATO. AUTORIA. CLAUSROXIN.

INTRODUÇÃO

O Código Penal de 1940, até a Reforma Penal de 1984 não distinguia os vários agentes do crime, podendo o juiz aplicar a mesma pena para todos. Esse pensamento é reflexo da adoção do conceito extensivo de autor, que muda somente com as alterações textuais da reforma de 1984, quando finalmente temos a separação entre

¹ Graduada em direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior; Advogada; Mediadora de Conflitos em formação e mediadora judicial voluntária no CEJUSC Juiz de Fora – Fórum. marianaruffopinto@gmail.com

autoria e participação. A partir de então, é possível pensar em um conceito restritivo de autor, bem como de domínio do fato.

Esse trabalho inicia-se, portanto, com uma breve análise acerca do conceito, sistema e critério de autoria vigente no Código Penal. Assim sendo, os artigos 29 a art.31 (“Concurso de Pessoas”) do Código Penal serão analisados um a um, a fim de que se possa identificar por quais sistemas ou critério de autoria optou o legislador.

No âmbito do concurso de pessoas é possível constatar uma disparidade de conteúdo muito grande entre os doutrinadores e, apesar deste artigo não se ater a essa questão, ela será demonstrada e ficará evidente, uma vez que corrobora com o contexto de implantação do domínio do fato no Brasil, que é o que acima de tudo nos impacta.

Embora muitos autores tenham se debruçado sobre o domínio do fato, na tentativa de examiná-lo e conceituá-lo, somente as concepções de Hans Welzel e Claus Roxin adentraram no plano teórico-dogmático brasileiro. Ao contrário do que uma parte da literatura-penal brasileira deixa a entender, as concepções welzeliana e roxiniana são distintas, com conceitos e aplicações diversas uma da outra. Sendo assim, dizer que Roxin deu continuidade, completou ou aperfeiçoou Welzel é uma inverdade. Na verdade, como ficará demonstrado, Roxin trouxe um novo critério para distinguir autoria de participação.

Por fim, depois de analisadas todas as questões mencionadas acima, damos espaço as razões pelas quais o domínio do fato não encontra compatibilidade com nosso direito pátrio.

1 UNIDADE METODOLÓGICA

Antes de adentrarmos a proposta deste trabalho, faz-se necessário estabelecer uma unidade terminológica e, para isso, tomaremos como base o livro “Autoria como Domínio do Fato”, de Luís Greco et al e o trabalho de Pablo Bombardelli, baseado no mesmo livro e no de Pablo Rodrigo Alflen: “Teoria do domínio do fato”, vez que tratam-se de obras que analisam o tema de maneira aprofundada e tem se mostrado fontes ricas no assunto.

Pois bem, seguindo a linha de pensamento dos autores acima citados, não usaremos o termo “teoria” para nos referirmos ao Domínio do Fato, mas “critério”, já que se trata de um critério diferenciador de autor e partícipe. Quanto aos intitulados modelos monista, dualista e pluralista, normalmente usados nos manuais como teorias do concurso de pessoas, há de ser ressaltado que não devem ser confundidos com os sistemas de autoria². Aqueles servem para indicar quantos crimes há num concurso eventual de pessoas, não contribuindo em nada para a diferenciação entre autor e partícipe, portanto o trataremos a esse trabalho (BOMBARDELLI, 2014).

Já os conceitos de sistema unitário e diferenciador, e extensivo e restritivo de autor, muito nos interessa. Quanto ao primeiro par, temos para o sistema unitário duas ramificações: o unitário formal, que “igualava todas as contribuições causais para o delito e prevê marcos penais idênticos para todas”, e o unitário funcional, “que distingue no plano conceitual entre várias formas de contribuição, mas continua a prever os mesmos marcos penais para todas”. Já o sistema diferenciador prevê diferentes formas e marcos para distinção entre autor e partícipe através de critérios: subjetivo, objetivo-formal e do domínio do fato. Quanto ao conceito do par extensivo e restritivo, temos pelo primeiro, que “todos os intervenientes realizam a ação prevista no tipo penal, e o legislador pode prever normas que determinem a restrição da punibilidade para determinadas contribuições, ou seja, normas restritivas da punibilidade”. Já para o conceito restritivo, apenas o autor realiza a ação prevista no tipo, as demais estarão impunes, salvo se houver previsão expressa pelo legislador (GRECO; et alii, p. 13/14).

2 A AUTORIA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

A regra para o reconhecimento do concurso de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro é o sistema unitário do concurso de pessoas, retirada do art.29, caput, do

²Há vários exemplos de manuais em nossa doutrina que fazem essa confusão. Um exemplo, para melhor esclarecer a que tipo de confusão estamos fazendo referência pode ser observado no trecho: “Há três teorias a respeito do tema [*concurso de pessoas*]: monista, monística ou unitária; a dualista ou dualística; e a pluralista ou pluralística” (ESTEFAM, p.302, 2015). Nota-se que não se trata de mera divergência doutrinária, mas sim de equívocos, causados talvez, pela não compreensão do instituto.

Código Penal, que diz que: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Ou seja, todos aqueles que concorrem para um crime responderão pelo mesmo crime, contudo, a aplicação da pena será diversa para cada agente, uma vez que se deve levar em conta o grau de culpabilidade de cada um.

A denominação “concurso de pessoas” surgiu com a Reforma Penal de 1984 feita por iniciativa da doutrina, a qual criticava a não separação entre autoria e participação. Isso porque, o Código Penal de 1940 adotava expressão mais abrangente, “coautoria”, o que não é correto, já que existe outra forma de concurso, a “participação” (CAPEZ, 2015). Vê-se, portanto, que o referido código não fazia distinção entre os vários agentes do crime, podendo a aplicação da pena ser a mesma para autor e partícipe. Tais críticas culminaram, assim, no acolhimento por parte do legislador das distinções entre autoria e participação através da Exposição de Motivos, item 25 do Código Penal (NUCCI, 2015).

Assim, as regras do Concurso de Pessoas devem ser aplicadas sempre que estivermos diante de um caso onde duas ou mais pessoas concorrem para um delito unissubjetivo/ monossubjetivo ou de concurso eventual, que são crimes que podem ser praticados por uma só pessoa, mas que admitem o concurso de agentes. Já no caso dos crimes plurissubjetivos, aqueles praticados necessariamente por mais de uma pessoa, denominados de crimes de concurso necessário, tais regras não se aplicam, pois, a “reunião de pessoas para a prática do crime encontra previsão no próprio tipo penal”, já que é elementar do crime (GOMES, 2015).

Para a diferenciação entre autor e partícipe, faz-se necessário retomar o que preleciona o Código Penal em seus dispositivos a respeito da matéria, a fim de identificar as conceituações e qual o sistema adotado por ele. Assim sendo, torna-se fundamental a análise dos dispositivos que tratam do assunto (art.29 a 31 do CP), ainda que de forma breve.

Dissemos a pouco que o direito penal brasileiro adotou, em linhas gerais o sistema unitário através do caput do art. 29³. “Esse sistema, grosso modo, determina que todos que contribuem causalmente para o delito são autores em sentido amplo (“ou concorrentes”), e estão submetidos, em princípio, aos mesmos marcos penais” (GRECO e LEITE, 2014). Ou seja, a contribuição do agente para o crime, qualquer que seja seu grau, acarretará sua responsabilidade penal, e o mesmo será tido como sujeito ativo do delito (BRANDÃO, 2010, p.303).

Ao tratar do assunto, Greco e Leite (p. 17, 2014) anotam que punir na medida de sua culpabilidade é na verdade o objetivo de qualquer sistema unitário, trata-se do óbvio para a concepção unitária: “a unificação no plano do tipo não significa que na determinação *in concreto* da pena devam ser ignorados dados relativos a cada interveniente”. Todavia, segundo Bombardelli (2014) a expressão “concorrer de qualquer modo” pode levar a uma interpretação alternativa, no sentido de ter-se uma “natureza dúplice”, abarcando tanto autoria quanto participação. Em relação a autoria, o dispositivo teria caráter declaratório; já em relação a participação (a qual os sujeitos só podem ser punidos por uma norma de extensão da punibilidade, que no caso é o próprio art.29, caput, CP) temos um aspecto/natureza constitutivo limitador do sentido literal da expressão, que tradicionalmente é interpretada cumulada ao art.13, caput, CP.

Quanto a “participação de menor importância” prevista no §1º do art.29 do CP, temos que ela não é equivalente à participação em *sentido estrito*, visto que, conforme concepção restritiva, o autor pode, em tese, praticar ações de menor importância. E o contrário também é verdadeiro: o partícipe pode praticar ações essenciais (BOMBARDELLI, 2014). Sobre isso, comenta Guaracy Moreira Filho (2012, p.134/135):

Não podemos confundir participação menos relevante no cometimento do delito (art.29, caput, *in fine*), presente na maioria dos casos de concurso de pessoas, com a participação de somenos importância (art.29, §1º). Esta reduz a pena, aquela pode influenciar nas circunstâncias judiciais.

³Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Depreende-se, portanto, que o reconhecimento da agravante ou atenuante não reflete na distinção de autor e partícipe, uma vez que este é um problema de tipo. E mais:

a previsão de uma diminuição de pena para uma participação de menor importância (art.29, §1º) e para outras formas de concurso de pessoas **não pode ser mencionada como argumento em favor de (ou contra) um conceito restritivo de autor**. Inversamente, ainda que a autor e partícipe se cominassem a mesma pena, seria possível falar em um conceito restritivo, como se faz, em parte, na Alemanha, em que o instigador recebe a mesma pena que o autor (§26 StGB)". (BOMBARDELLI, 2014, p.28 apud GRECO, p.72).(Grifo nosso).

Em relação ao §2º do art.29, CP, vamos acompanhar o posicionamento de Bombardelli (2014), no sentido de que a participação dolosamente distinta não interfere no reconhecimento da teoria do domínio do fato e nem em um entendimento restritivo de autor, não sendo, portanto, objeto de análise.

No art.30⁴ do CP, temos a previsão de circunstâncias e condições de caráter pessoal. Não custa lembrar, "circunstâncias" são dados agregados à figura típica que podem agravar ou atenuar a pena, uma vez que interferem na gravidade do crime, mas não interferem na existência do delito (MACHADO, 2013). Já as "condições", se referem a "qualidade inerente à pessoa humana" (FILHO, 2012, p.139). E, tanto "circunstâncias" quanto "condições" podem ser objetivas (que se relacionam com o fato) ou subjetivas/pessoais, ligadas às qualidades ou condições pessoais do sujeito ativo. Assim, de acordo com o dispositivo legal, o caráter pessoal não se comunica, salvo se elementar.

Visto isso, fica mais claro compreender os ensinamentos de Greco quando este afirma que a "comunicabilidade" permite manter as teses de que "todo aquele que concorre é autor, de que autor é quem realiza o tipo, e de que só é punível quem realiza o tipo." Segundo ele, o art.30, CP estaria reforçando um conceito extensivo conjugado a um sistema unitário, e mais, "a ideia de comunicabilidade de circunstâncias é sumamente problemática da perspectiva do princípio da culpabilidade;

⁴Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

e o fato de que o modelo unitário e extensivo se veja forçado a recorrer a ela é, a rigor, mais um argumento contra esse modelo” (BOMBARDELLI, 2014).

No art.31⁵, CP, “Casos de impunibilidade”, temos a tentativa de participação, podendo ser interpretada de dois modos. O primeiro, partindo da ideia de um modelo extensivo unitário, seria uma correção do modelo, necessário diante da insuficiência do sistema unitário de autoria. Assim, o art.31 seria limitador do alcance do art.29, caput, tendo natureza constitutiva. Já uma segunda interpretação estaria relacionada a uma tentativa do CP de superar o modelo tradicional, aproximando-se de uma concepção restritiva de autoria e um sistema diferenciador. Isso porque, traz pela primeira vez as formas clássicas de participação em sentido estrito e lhe atribui consequência jurídica (BOMBARDELLI, 2014).

Destarte, conclui-se que, à priori, o código penal adota um conceito extensivo de autor, apresentando características de um sistema unitário. E, não obstante nosso sistema distinguir a participação dos agentes do concurso através de critérios de determinação da pena, interpretação de dispositivos e com base no princípio da legalidade é possível caminhar para um conceito restritivo de autor e da teoria do domínio do fato (BOMBARDELLI, 2014).

3 O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DO DOMÍNIO DO FATO

A intenção de se apresentar um sucinto histórico da expressão “domínio do fato” é de que se possa perceber as diversas interpretações e significados formulados pelos doutrinadores desde o surgimento da expressão. É possível constatar, como demonstra Bombardelli (2014), e se verá a seguir, que cada autor estabeleceu um significado exclusivo para o termo, não se baseando nas obras e conceituações anteriormente elaboradas.

A expressão domínio do fato surgiu com Hegler em 1915, contudo, sua conotação era bem diversa da que é empregada hoje, pois estava atrelada a fundamentos da culpabilidade. Servia, pois, para designar o autor imputável (não

⁵Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

coagido) e o autor imprudente (autoria culposa). Somente com Bruns, em 1932 e Adolf Lobe, em 1933 é que temos o emprego da expressão como critério de distinção entre autoria e participação. Porém, Bruns não demonstrou efeitos práticos de sua ideia sobre o domínio do fato; e Lobe, não obstante ter atribuído conteúdos objetivos e subjetivos ao termo, não ganhou repercussão (BOMBARDELLI, 2014).

Em 1935, Hellmuth von Weber surge com um novo sentido para a expressão: a ideia de domínio do fato como critério subjetivo de autoria. E em 1936 é a vez de Eberhard Schmidt, desenvolvendo um conceito extensivo de autoria, vinculando-o a uma “orientação intencional” associada a um dever militar específico, o que caracterizará a autoria nos crimes militares (BOMBARDELLI, 2014).

Somente com Hans Welzel, em 1936 é que a expressão “produziu eco”. Welzel realizou um estudo “referindo-se a um domínio do fato final como critério determinante da autoria” (GRECO; et alii, p. 21, 2014). Desse modo, “autor” é quem de fato executa a ação com vistas a um fim; e os “indutores e cúmplices tem meramente domínio sobre sua participação, e não sobre o fato integral (BOMBARDELLI, p.35, 2014).

Sem embargo, a expressão “domínio do fato” só ganha ampla aceitação nos tribunais alemães e desperta atenção nos internacionais com a obra de Claus Roxin, intitulada *Täterschaft und Tatherrschaft* (Autoria e domínio do fato), onde teremos um novo critério para distinguir autoria de participação. A seguir, traremos algumas das características do domínio do fato na concepção de Hans Welzel e Claus Roxin, visto que são os autores que mais contribuíram para o tema e são os mais conhecidos pela doutrina e jurisprudência.

4 ASPECTOS GERAIS DO DOMÍNIO DO FATO

4.1 Hans Welzel

Welzel, o pai do finalismo, ao contrário de seus antecessores, forneceu um novo critério “minimamente firme para determinar a autoria”, distinguindo-se em dois importantes aspectos:

(1) o injusto não se confunde com a culpabilidade, e o dolo constitui o tipo, não a culpabilidade; e (2) a distinção entre crimes dolosos e culposos dá-se no tipo, o que acarreta investigações de autoria diferentes para cada modalidade de injusto (o domínio do fato só é aferível nos crimes dolosos) (BOMBARDELLI, p.34, 2014).

Vê-se, portanto, que Welzel trouxe uma nova análise para autoria, vinculando-a ao injusto, não sendo ela apenas “mera forma de acontecimento do delito”.

Em sua exposição sobre autoria, Welzel diferencia os tipos dolosos dos culposos, e afasta a possibilidade de uso do domínio do fato em autoria culposa. Visto isso, podemos identificar os dois pressupostos cumulativos, sob os quais, segundo ele, depende a autoria: o pressuposto pessoal e o pressuposto fático. O pressuposto pessoal, decorrente da estrutura do tipo, pode ser objetivo ou subjetivo; e o fático é o domínio do fato, tendo o autor o domínio de sua decisão e da execução da sua vontade final (ALFLEN, 2014). Desse modo, percebe-se que o domínio do fato não é critério exclusivo para determinação da autoria.

Welzel reconhece três modalidades de autoria: autoria direta, mediata e coautoria, sem fazer distinção entre as espécies e formas de domínio do fato, já que este é um pressuposto fático de autoria (ALFLEN, 2014). Quanto a questão da autoria direta e mediata, temos pela primeira, na concepção welzeliana que ela “consiste na realização direta, voluntária e conscientemente final do fato por quem, tendo preenchido os pressupostos pessoais objetivos e subjetivos exigidos pelo tipo, possui o domínio pleno sobre sua decisão e execução” (BOMBARDELLI, p. 36, 2014).

Já a autoria mediata, “pode se dar no caso de o instrumento ser um indivíduo que atua de maneira consciente ou inconscientemente final, tanto punível quanto impunível, e desde que o autor mediato tenha o domínio integral do fato”. Alflen (2014) esclarece que, o indivíduo “instrumento” não pode ter o domínio pleno do fato pois, senão, quem está por trás é mero indutor ou instigador

A coautoria, para Welzel, seria a divisão de papéis (*Rollenverteilung*) em um plano elaborado conjuntamente (ALFLEN, 2014). Segundo ele, para ser coautor é necessário: “(1) ter as qualidades pessoais necessárias (objetivas e subjetivas)”; “(2) tomar a decisão comum sobre a realização do fato” e “(3) participar na execução ou nos atos preparatórios” (BOMBARDELLI, p. 38, 2014). Desse modo, cada coautor,

além de ter suficiente domínio sobre o fato integral, tem domínio pleno somente sobre sua parcela de contribuição.

4.2 Claus Roxin

O domínio do fato elaborado por Roxin parte da ideia de que o autor é a figura central da conduta executória (*Zentralgestalt*), ou seja, é quem domina o acontecimento dirigido à realização do delito (ALFLEN, 2014).

O conceito de autor é *primário* e possui significado central no injusto típico, no sentido de que as formas de participação (a instigação e a cumplicidade) são causas de extensão da punibilidade, 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 (GRECO; et alii, p.25, 2014).

Desse modo, é autor quem desempenha o papel decisivo na realização do tipo, aparecendo como a figura central da realização do delito por meio de sua influência decisiva para o acontecimento. Logo, o domínio do fato para Roxin, diferentemente de Welzel, é critério suficiente para determinar a autoria (ALFLEN, 2014).

Tal entendimento nos leva de encontro a questão levantada por Bombardelli (2014), quando este afirma que muitos dos doutrinadores nacionais transmitem a ideia de que Roxin deu continuidade ao trabalho de Welzel, o que é uma inverdade, já que Roxin rompeu com a linha de pensamento de Welzel no que diz respeito ao domínio do fato. Vejamos:

[Roxin] ressalta, por um lado, que a singular vagueza e a intangibilidade da concepção welzeliana levaram-no a rechaçar a ideia de *domínio final do fato*. Aliás, afirma que, no primeiro trabalho desenvolvido sobre autoria, Welzel introduziu o conceito “de forma absolutamente repentina e sem explicação, como se seu significado fosse compreensível por si mesmo”. Por outro lado, Roxin considera que também a “unilateralidade dos critérios compreendidos de forma lógica e exta” e a “sua incapacidade de satisfazer as diversas formas de manifestação da vida em suas expressões individuais” não servem como critérios para definir a ideia de domínio do fato (BOMBARDELLI, p.41, 2014, apud ALFLEN, p.105).

Roxin reconhece um modelo tripartido de domínio do fato, manifestado na forma de domínio da ação (autoria direta), domínio funcional (coautoria) e domínio da vontade (autoria mediata).

A manifestação do domínio quando tratamos de autoria direta se materializa no domínio sobre a própria ação (*Handlungsherrschaft*), que é “o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos do tipo, isto é, do autor imediato” (GRECO; et alii.p.26 2014). Assim, seguindo esse pensamento, temos que o agente que leva a realização do tipo por mãos próprias será sempre o autor, o que significa dizer que, ainda que aja pedido ou mando de alguém, aquele que domina a ação será o autor (BOMBARDELLI, 2014). É o que esclarece GRECO; et alii (p. 25/26, 2014) a seguir:

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 pedido ou mando de outrem, ou mesmo em erro de proibição inevitável determinado por um terceiro (§17 do StGB: art.21 do nosso CP): será um autor exculpado, mais ainda assim autor do fato típico, ainda que não necessariamente o único.

A concepção de domínio funcional está atrelada a uma “atuação coordenada, em divisão de tarefas, com pelo menos uma pessoa” (GRECO; et alii, p.30, 2014). Ao se referir a coautoria,

Roxin, utiliza a expressão “execução pela divisão de trabalhos”, estabelecendo três pressupostos:

1) a existência de um planejamento conjunto do fato; 2) a execução conjunta do fato, “não sendo suficiente uma participação na preparação” (diferentemente de Welzel, para quem a contribuição do coautor pode consistir em ato preparatório e de apoio); 3) a prática de uma contribuição essencial à etapa da execução. (BOMBARDELLI, p. 44, 2014).

Nota-se que, para Welzel a mera participação nos atos preparatórios é suficiente para preencher o requisito participação. Já para Roxin, a contribuição do agente, independentemente de ser tipificada ou não, deve ser substancial para o êxito da ação planejada.

O domínio da vontade é o meio pelo qual a autoria mediata se expressa. De modo que, é o autor mediato aquele que se utiliza de terceiro para atingir seus

propósitos, pois, enquanto este se encarrega da execução, aquele domina o acontecimento de forma mediata (homem de trás) (BOMBARDELLI, 2014). Ou seja, o homem de trás não realiza a ação, falta o que Alflen (2014) chama de “conduta executora”. Acrescenta-se que o domínio do fato, por ser baseado na ideia de ‘poder de conduzir a vontade’ só é possível no caso de um indivíduo que não atua livremente.

A expressão “comete o fato por meio de outrem” nos leva a um aprofundamento dentro da questão do domínio no autor mediato. Assim, temos, dentro do domínio da vontade, três categorias: (1) coação exercida sobre o homem da frente; (2) autoria mediata a partir do *erro*, (3) domínio por meio de um aparato organizado de poder (GRECO; et alii. 2014).

Entende-se por *coação exercida sobre o homem da frente* que, em certos casos de coação, o homem da frente pode ser eximido de culpa. No caso da legislação penal brasileira, tal previsão está contemplada pelo art.22⁶ do CP. Assim, o domínio da vontade está com o homem de trás quando o executor é dependente psicologicamente ou quando o código penal não exige por parte dele a tomada de decisão (BOMBARDELLI, 2014). Por isso, Roxin propõe para essa modalidade um parâmetro, que é o *princípio da responsabilidade*, vez que dominar alguém que sabe o que faz é algo, em princípio, incomum e não habitual, trata-se de uma excepcionalidade. Assim sendo, tal entendimento só pode ser admitido com base em parâmetros fixados pelo legislador (GRECO; et alii. 2014).

A segunda modalidade, *autoria mediata a partir do erro*, segundo Roxin, está fundamentada em um conhecimento superior do homem de trás, que lhe permite exercer domínio sobre o homem da frente. Para ele, “erros que não excluem nem diminuem o dolo ou a culpabilidade do homem da frente, como o *error in persona*”, ou “erros sobre a quantidade do injusto” bastam para a fundamentação da autoria mediata (GRECO; et alii. 2014).

O *domínio por meio de um aparato organizado de poder* se refere a uma modalidade em que o autor direto também é responsável. Nessa estrutura, o domínio

⁶ Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

exercido pelo homem de trás não se dá sobre o executor, mas sobre o aparato de poder. O que significa que, “o autor direto não é mero instrumento (ele é autodeterminado). Instrumento é o aparato organizado de poder” (BOMBARDELLI, 2014). E adequam-se a esses casos, sendo, portanto, autores mediatos, aqueles que emitem o comando em governos totalitários ou em organizações criminosas ou terroristas. Vejamos a definição a seguir:

Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é o verdadeiro autor imediato dos fatos realizados (GRECO; et alii. p.28, 2014).

Vemos, portanto, que essa extensão de autoria deve respeitar requisitos: (1) “ordem oriunda de organização verticalmente estruturada”, o que afasta eventual dúvida entre autoria e mera instigação; (2) “organização ilícita”, não estando contidas as empresas; (3) “executores fungíveis (se alguém se negar a cumprir a ordem, a execução não cessa”); (4) “disposição essencialmente elevada dos executores ao fato” (BOMBARDELLI, p.46/47, 2014).

Um esclarecimento deve ser feito quanto ao segundo requisito. Vimos que as empresas estão fora da extensão de autoria. Pois bem, isso se deve ao entendimento de Roxin de que quando um “superior emite uma ordem ilegal 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>>” (GRECO; et alii. p.28, 2014).

Por fim, apenas para não deixar de mencionar, para Roxin, não se deve usar o critério domínio do fato nos casos de autoria em delitos de violação de dever (a grosso modo, seria a autoria culposa) e nos delitos de mão própria. Isso porque, o primeiro depende da adequada capitulação do autor à descrição típica, e pelo segundo, temos que “só pode ser autor quem realiza a conduta típica em sua própria pessoa (não há coautoria nem autoria mediata)” (BOMBARDELLI, p.45, 2014).

4.3 As principais razões que determinam a incompatibilidade do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro

O domínio do fato tem repercutido em todo o ordenamento pátrio, principalmente nos últimos anos, com sua maior utilização pelos tribunais. Ao analisar a jurisprudência brasileira, é possível constatar a dificuldade por parte dos operadores de se aplicar o domínio do fato aos casos concretos. Mas esse não é exatamente um problema contemporâneo, na verdade, se arrasta desde sua “recepção” pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Bombardelli (2014) realiza um minucioso trabalho de investigação do tratamento desse critério pelos doutrinadores brasileiros, e justifica seu empenho: “qualquer autor pode criar sua própria concepção. O que se deve não aceitar é que concepções de outros autores, criações jurisprudenciais ou mesmo amálgamas teóricas sejam atribuídos a Welzel ou Roxin”. A afirmação do autor tem base, isso porque, uma simples leitura de dois manuais escolhidos ao acaso já evidencia a ausência de unidade metodológica ao tratar do assunto.

A disparidade entre os autores não é mera divergência de opiniões a respeito de determinada matéria, e exemplificamos em nota, ainda que breve, como se dá essa disparidade. No caso do “Concurso de Pessoas” temos uma divergência de conteúdo, “as discrepâncias ocorrem em ideias e estruturas fulcrais da teoria e da aplicação do direito penal. Trata-se de uma profunda fonte de insegurança” (BOMBARDELLI, p.119, 2014).

Não é objetivo desse artigo examinar a doutrina e nem mesmo a jurisprudência, de modo a demonstrar que de fato o tratamento dado ao domínio do fato por nossa ordem jurídica encontrase equivocado, mas, tão somente apresentar o resultado dessa análise. Até porque, seria uma prepotência, já que alguns poucos, mais brilhantes trabalhos sobre a questão já foram elaborados (alguns deles se encontram nas referências deste artigo).

Surge então a grande pergunta: haveria compatibilidade entre o critério domínio do fato e a norma jurídica brasileira? Nossa Corte tem entendido que o domínio do fato não fere o ordenamento brasileiro, sendo compatível com nossa legislação, e que, não

obstante estarmos regidos pela teoria unitária, esta não afasta sua recepção. Não muito diferente é o posicionamento da maior parte da doutrina. No entanto, Alflen (2014), na contramão, discorda veementemente dessa colocação.

Alflen (2014) desconsidera a existência de uma compatibilidade, e apresenta duas razões justificantes: (1) o próprio Roxin nega a adoção do sistema unitário, e (2) as premissas causais naturalistas (alicerce do sistema unitário) são refutadas pelo domínio do fato. Também são refutadas por Roxin, e igualmente por Welzel o conceito extensivo de autoria, bem como o critério subjetivo de autoria. Pablo Bombardelli (p. 120, 2014) sintetiza sua discordância com a importação do domínio do fato dizendo:

Uma vez que ainda é possível interpretar o texto da parte geral do código penal como estabelecedor de um conceito de autoria extensivo, não se entende por que se tentaria importar o domínio do fato (um critério de autoria formatado para um ordenamento jurídico-penal com conceito restritivo) com vistas a ampliar a delimitação de autoria. Isso porque, descartando-se a responsabilidade objetiva, não parece poder ampliar a autoria mais do que o faz a parametrização das contribuições causais (ideia de equivalência dos antecedentes).

Apesar das razões apresentadas, que fazem com que o regimento pátrio se mostre divergente a recepção do domínio do fato, Alflen (p. 154, 2014) menciona que: “Todavia, isso não implica o rechaço à ideia de domínio do fato, mas a necessidade de construção de uma teoria compatível com a ordem jurídica nacional”.

CONCLUSÃO

Ao longo desse artigo, vimos que sistema unitário e diferenciador de autoria; e extensivo e restritivo não se confundem. Bem como, também são distintos os diferentes critérios de autoria do sistema diferenciador. Tal esclarecimento não mero capricho, já que muitas confusões e equívocos no tratamento do concurso de pessoas podem ser evitados.

Um das mais expressivas modificações trazidas pela Reforma Penal de 1984 é o acréscimo da expressão “na medida de sua culpabilidade”, pois fica evidente a distinção de tratamento entre autor e partícipe. O art. 29 do CP consagra assim, a opção do legislador por um sistema unitário funcional em matéria de concurso de pessoas.

Os autores Hans Welzel e Claus Roxin são os que mais se destacam no Brasil quando o tema é domínio do fato. Não obstante debaterem o mesmo assunto, a abordagem feita por cada um deles se baseia em fundamentos distintos (finalismo e funcionalismo, respectivamente) entre outras características que os diferenciam. Sendo assim, tais concepções não devem ser confundidas. Observa-se, contudo, que a maior parte da doutrina jurídico-penal brasileira se equivoca ao analisá-las, confundindo os conceitos de Welzel e Roxin, quando não os tomam por uma coisa só.

Tanto doutrina como jurisprudência tem tentado justificar a importação do critério domínio do fato de Roxin no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, vimos que não há compatibilidade entre eles, pois, a concepção de domínio do fato de Roxin foi construída sobre o sistema diferenciador, e não sobre o unitário. Por isso, para que sua aplicação não gere incongruências jurídicas, faz-se necessária a construção de uma teoria que coadune com a ordem jurídica nacional.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira – considerações sobre a APn 470 do STF. In: **Revista eletrônica de direito penal AIDP-GB**. Ano2. Vol2. Nº2. Dezembro/ 2014.

BOMBARDELLI, Pablo. Domínio do fato em Welzel e em Roxin: critérios de conceito restritivo de autoria. **Monografia** (Graduação em Ciência Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Código Penal e Constituição Federal**. 52.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. volume 1, Parte Geral: (arts. 1º a 120), 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTEFAM, Andre. **Direito Penal**. Parte Geral - Vol. 1. 4.ed São Paulo: Saraiva. 2015.

FILHO, Guaracy Moreira. **Código Penal**: Comentado. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2012.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Curso de Direito Penal**. Parte Geral (Art.1º a 120). Vol.1. São Paulo: Editora Juspodivm. 2015.

GRECO, Luiz e LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador: autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCrim 107. 2014.

GRECO, Luís; et alii. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons. 2014.

MACHADO, Costa (Org.). **Código Penal Interpretado**: Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3.ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11 ed. São Paulo: Forense. 2015.