

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

**PEDRO EUGÊNIO DAMIÃO RODRIGUES**

**ANÁLISE ACERCA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA  
COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**SOUSA - PB  
2016**

**PEDRO EUGÊNIO DAMIÃO RODRIGUES**

**ANÁLISE ACERCA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA  
COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

**SOUSA – PB  
2016**

**PEDRO EUGÊNIO DAMIÃO RODRIGUES**

**ANÁLISE ACERCA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA  
COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

---

Orientador (a): Prof. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

---

Membro (a) da Banca Examinadora

---

Membro (a) da Banca Examinadora

*A Deus.*

*A minha mãe.*

*A minha família.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, pois ele como regente do universo compartilhou comigo um pouco da centelha divina e me tornou capaz.

Sou amplamente grato a minha mãe, Maria Edna, que é minha fonte de inspiração como ser humano e tudo que sou e que irei me tornar devo a ela.

Agradeço a minha namorada, Wanda Tamires, pela ajuda, comprometimento e paciência em todos os momentos da minha graduação.

Agradeço a minha irmã, avôs e ao meu pai, pelo apoio prestado, e a todos os meus familiares.

Reconheço a ajuda prestada pelos meus amigos, que foi fundamental para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho, compartilhando seus momentos alegres e prestaram auxílio nas situações difíceis. Momentos estes que guardarei como boas lembranças.

Por último, agradeço ao meu orientador pela ajuda prestada.

## RESUMO

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 29, adotou a teoria unitária, baseada em um conceito extensivo de autor, que diz ser autor todo aquele que colabora para prática do crime. Consequentemente, coube à doutrina realizar estudos com a finalidade de distinguir autor de partícipe. Desde então, teorias foram criadas e importadas para o nosso ordenamento jurídico, sendo uma delas a teoria do Domínio do Fato, que prega ser autor aquele que possui o domínio sobre o fato, tendo sido concebida com fundamento em um sistema diferenciador que se baseia em um conceito restritivo de autoria, no qual autor e partícipe são expressamente diferenciados. Devido a essas características empregadas pela teoria, a jurisprudência passou a utilizá-la em seus julgados. No entanto, como a teoria foi assentada em um conceito restritivo de autor, enquanto o Código Penal em um conceito extensivo de autor, surge o questionamento se tal teoria é compatível com o nosso ordenamento jurídico. Tendo isso como referência, o presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo sobre a possibilidade de a teoria do Domínio do Fato ser compatível com o nosso ordenamento jurídico, que será elaborado por meio de consultas acadêmicas, como a doutrinária e jurisprudencial entre outras. Sendo usado o método dedutivo de abordagem. A análise acerca do assunto proporcionou o aprendizado, colaborando para o melhor entendimento sobre os institutos do concurso de pessoas e da autoria, além de propiciar uma melhor compreensão sobre a teoria do Domínio do Fato. Concluindo-se pela (in)compatibilidade da teoria, e fazendo apontamentos sobre eventuais formas de adequação, ao ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Teoria do Domínio do Fato. Autoria. Concurso de Pessoas.

## ABSTRACT

The Brazilian Penal Code, article 29, adopted the unitary theory, based on an extensive concept of the author, who claims to be the author everyone who contributes to the crime. Consequently, laid in to doctrine studies in order to distinguish the author of participant. Since then, theories have been created and imported into our legal system, one being of the Fact Domain, which preaches, being the author who has dominion over the fact, having been designed on the basis of a separating system which is based on a restrictive concept of authorship, in which author and participant are explicitly differentiated. Because of these characteristics employed by theory, jurisprudence began to use it in its decisions. However, as the theory was seated on a restrictive concept of the author, while the Brazilian Penal Code in an extensive concept of author, arises the question whether such a theory is consistent with our legal system. With this reference, this paper aims to conduct a study on the possibility of Fact Domain theory be compatible with our legal system, which will be developed through academic consultations and the doctrinal and jurisprudential among others. It is used the deductive method of approach. The analysis on the subject provided learning, contributing to the better understanding of the institutions of the concurrence of people and authorship, as well as providing a better understanding goes the Fact Domain theory. Concluding for the (in) compatibility of the theory, and making notes on possible forms of adaptation to the Brazilian legal system.

**Keywords:** concurrence of people ,fact domain, authorship.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 ASPECTOS GERAIS DO CONCURSO DE PESSOAS.....</b>	<b>12</b>
2.1 REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CONCURSO DE PESSOAS .....	13
2.2 CAUSALIDADE FÍSICA E PSÍQUICA .....	14
2.3 TEORIAS ACERCA DO O CONCURSO DE PESSOAS .....	15
2.4 CONCURSO DE PESSOAS EM CRIMES CULPOSOS .....	17
2.5 CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES OMISSIVOS .....	18
2.6 AUTORIA COLATERAL .....	19
2.7 MULTIDÃO DELINQUENTE.....	20
2.8 PARTICIPAÇÃO IMPUNÍVEL.....	20
2.9 PUNIBILIDADE NO CONCURSO DE PESSOAS.....	21
2.10 COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS, CONDIÇÕES E ELEMENTARES	22
<b>3 O CONCEITO DE AUTOR E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO .....</b>	<b>24</b>
3.1 CONCEITO EXTENSIVO DE AUTOR.....	24
3.2 CONCEITO RESTRITIVO DE AUTOR.....	25
3.3 AUTORIA MEDIATA.....	26
3.4 COAUTORIA.....	28
3.5 PARTICIPAÇÃO.....	30
3.6 SURGIMENTO HISTÓRICO DO DOMÍNIO DO FATO .....	31
3.7 DOMÍNIO FINAL DO FATO COMO CRITÉRIO PARA DELIMITAÇÃO DA AUTORIA	33
3.8 ASPECTOS GERAIS DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	35
3.9 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO .....	39
<b>4 ANÁLISE ACERCA DA COMPATIBILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>43</b>
4.1 A IDEIA DE DOMÍNIO DO FATO RETRATADA PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	43



<b>4.1.1 Emprego da teoria do domínio do fato nos crimes praticados por organizações empresariais.....</b>	<b>46</b>
4.3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO .....	51
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>57</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>60</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Diante do alto número de crimes praticados por grupos ou organizações criminosas, os juristas passaram a criar e desenvolver teorias que regulassem as normas aplicadas a esses tipos de delitos, prevendo na maioria das vezes punições mais rigorosas e justas, o que levou os ordenamentos jurídicos a adotarem teorias que mais se adequassem a sua realidade social.

Uma das teorias que surgiu para reger o concurso de pessoas foi a teoria do Domínio do Fato, que teve como precursor o alemão Hans Welzel, que em 1939 desenvolveu a primeira conceituação de domínio do fato. No entanto, foi outro jurista alemão, chamado Claus Roxin, que se tornou responsável por aperfeiçoar a teoria, dando a ela reconhecimento internacional.

O nosso sistema jurídico, como qualquer outro, apresenta falhas em se tratando de autoria e concurso de pessoas. Por consequência, nossos juristas passaram a utilizar a teoria do Domínio do Fato como meio de suprir algumas falhas apresentadas por ele. Dito isto, o presente trabalho tem como escopo a dissertação sobre o instituto do Concurso de Pessoas interligado a teoria do Domínio do Fato, realizando um estudo a respeito da viabilidade da teoria em relação ao sistema jurídico brasileiro. Destarte, o questionamento que o trabalho visa responder se trata da compatibilidade ou incompatibilidade da teoria com o ordenamento jurídico pátrio, em específico com os dispositivos que regulam o concurso de pessoas.

Como meio de responder a este questionamento, será usado como metodologia a pesquisa acadêmica e bibliográfica, mediante fontes de consulta, embasamento doutrinário, jurisprudencial, exames de trabalhos teóricos, leis etc.

O assunto será tratado por meio do método de abordagem dedutiva, visto que a tese de estudo será atingir as propostas feitas inicialmente. Devido a temático de trabalho de conclusão de curso, o método de procedimento será o monográfico.

Dessa forma, será tratado inicialmente sobre o concurso de pessoas, adentrando nos seus requisitos e nas suas teorias que surgiram e que são aplicadas a realidade brasileira, expondo seu conteúdo e sua forma de aplicação.

Em um segundo momento, será retratada as concepções de autoria, as suas teorias e a forma prevista no Código Penal brasileiro. Em seguida o trabalho irá

relatar sobre o surgimento da teoria do Domínio do Fato, expondo a evolução do conceito de domínio do fato, tendo como ápice o aprimoramento da teoria realizado por Roxin.

Mais adiante trataremos de descrever a forma como é comumente utilizada a teoria pela jurisprudência pátria, descrição esta que será feita por meio de análises de casos concretos. Por último, será exposta avaliações acerca da adequação da teoria aos artigos referentes ao concurso de pessoas, sendo utilizado posicionamentos doutrinários com a proposta de avaliar a compatibilidade ou incompatibilidade da teoria com o ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 ASPECTOS GERAIS DO CONCURSO DE PESSOAS

O termo concurso de pessoas é também denominado concurso de delinquentes, concurso de agentes, co-autoria e co-participação, estes dois últimos são tidos pela doutrina como espécies do concurso de agentes, abrangendo a autoria e a participação.

Na ocorrência de um ilícito penal, constata-se na autoria a possibilidade da prática da infração ter sido realizada de forma exclusiva ou conjunta, ou seja, por um ou mais indivíduos. Logo, o concurso de pessoas ocorrerá quando a ação for executada por dois ou mais agentes que ajustarão suas condutas de forma a praticar o ilícito conjuntamente, existindo entre eles um liame subjetivo, independentemente de ajuste prévio.

Sob a denominação de “pena da co-autoria”, o Código Penal de 1940 consubstanciava em seu artigo 25 que: “quem, de qualquer modo, concorresse para o crime incidia nas penas a ele cominadas”, adotando desta maneira a teoria da equivalência dos antecedentes, que constatava o nexo de causalidade entre as condutas e igualava todos os antecedentes causais do delito, aplicando a todos os indivíduos praticantes da infração o mesmo tratamento, sem fazer distinções entre eles, no que diz respeito a contribuição de cada um.

No entanto, quando ocorre o concurso de pessoas em uma infração penal, é forçoso não reconhecer que cada indivíduo contribuiu de forma diferente na empreitada criminosa, às vezes prestando auxílio de forma indispensável para a ocorrência do ilícito ou cooperando apenas com uma parcela mínima de assistência, o que torna injusto o mesmo tratamento e conseqüentemente a mesma penalidade, que será aplicada para todos os indivíduos executores da infração.

Com a reforma de 1984, o Código Penal pátrio passou a adotar o concurso de pessoas, e a tratar de forma diferente os indivíduos que contribuíam para infração penal de forma menos eficiente. Essa colaboração entre delinquentes, para prática de ilícitos, criou a necessidade de diferenciar as condutas realizadas por cada agente durante o delito. O que fez o instituto do concurso de pessoas ter que formular modalidades de criminalidade coletiva, como o concurso necessário, co-autoria, participação, autoria colateral entre outros.

Constatado o concurso de pessoas na execução da infração penal, cada membro responderá pelo ilícito na medida de sua culpabilidade para a eficácia do ato. Portanto, verificada a contribuição do agente na ação delituosa o mesmo será responsabilizado como coautor ou partícipe, a depender do grau de contribuição para o fato.

Desta forma, é oportuno que se faça a distinção entre os tipos de concurso, quais sejam, o concurso de pessoas e o concurso necessário. O primeiro só é possível em crimes unissubjetivos, ou seja, delitos que possam ser praticados por uma só pessoa, sendo assim um concurso eventual. Já no concurso necessário, devido a sua natureza intrínseca, só é possível a sua ocorrência em crimes plurissubjetivos, aqueles cometidos por duas ou mais pessoas, como o crime de rixa ou associação criminosa, sendo que nesse caso todos os participantes do crime serão tratados como coautores.

O concurso de pessoas ou concurso eventual é tratado no art. 29 do Código Penal, e é por meio deste artigo que deve ocorrer à valoração entre as condutas prestadas pelos agentes delituosos, baseada na parcela de auxílio fornecida por cada indivíduo na ação criminosa.

## 2.1 REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CONCURSO DE PESSOAS

Para que se tenha o instituto do concurso de pessoas é necessário que a ação criminosa contenha quatro elementos essenciais para a sua caracterização, sendo eles a pluralidade de agentes e de condutas, a relevância causal das condutas, o liame subjetivo entre os agentes, e por último a identidade de infração penal.

O primeiro requisito, a pluralidade de sujeitos e condutas, é vital para a configuração do concurso de pessoas. Contudo, as ações dos indivíduos muitas vezes são diferentes umas das outras, na maioria das situações alguns agentes ficam encarregados de praticar a conduta núcleo do tipo, enquanto outros contribuem para que esses sujeitos possam atuar sem maiores inconvenientes, podendo agir, até mesmo, de forma a instigar outros indivíduos para que aqueles

executem a parte material do crime. Portanto, em todo caso, existirá uma cadeia casual de condutas realizadas pelos agentes com a finalidade de concretizar o delito (SANCHES, 2015, p. 358).

O segundo requisito é marcado pela relevância das condutas, sendo assim, o agente que praticar a infração deverá ter participado de forma significativa na empreitada criminosa, pois, se ficar constatado que a contribuição de certo indivíduo não foi relevante para a ocorrência do delito, o concurso de pessoas é descaracterizado (ao menos no que diz respeito a este indivíduo).

Também é necessário para a caracterização do concurso, o liame subjetivo entre os agentes, no qual os indivíduos agem de forma conjunta e consciente na prática da infração penal. Sendo assim, havendo a falta de elo psicológico entre os agentes, não existira concurso de pessoas. No entanto, o prévio ajuste é dispensável, assim explica Masson (2015, pág. 767):

Fica claro que para a caracterização do vínculo subjetivo é suficiente a atuação consciente do partícipe no sentido de contribuir para a conduta do autor, ainda que este desconheça a colaboração. Não se reclama o prévio ajuste, nem muito menos a estabilidade na associação, o que acarretaria na caracterização do crime associação criminosa (CP, art. 288), se presentes pelo menos três pessoas e o fim específico de cometer crimes. Nessa linha, decidiu o Supremo Tribunal Federal no famoso caso do “mensalão”.

O último requisito trata da identidade da infração, isto é, o concurso de pessoas restara configurado quando os agentes contribuírem para o mesmo fato criminoso, de forma previamente ajustada e escolhida entre eles.

## 2.2 CAUSALIDADE FÍSICA E PSÍQUICA

A causalidade física e psíquica não é tratada por todos os doutrinadores como requisito para o concurso de pessoas. No entanto, é mister esclarecer esse requisito, já que ele se faz necessário para a caracterização do concurso de pessoas, pois, não ocorrendo à contribuição causal (vínculo objetivo) ou a consciência da participação (vínculo subjetivo), não restará evidenciado o concurso de agentes.

A causalidade física (elemento material) não é suficiente para a constituição do concurso de agentes, é necessário que exista uma vontade consciente de

praticar o injusto, ou seja, é também indispensável um elemento subjetivo, sendo, portanto, vital para o seu aperfeiçoamento a presença da consciente participação na obra comum.

A doutrina encontra na teoria adotada para o nexos causal a solução para o problema da tipificação do concurso de pessoas. A teoria da equivalência das condições, amparada pelo Direito Penal brasileiro, não distingue causa e condição na produção do resultado típico. Concluindo-se que a causalidade física é apenas uma parte da totalidade do concurso, sendo necessário que também exista liame subjetivo entre os participantes. Portanto, é de suma importância a presença do nexos causal e do elemento subjetivo para a constituição do concurso de agentes.

### 2.3 TEORIAS ACERCA DO O CONCURSO DE PESSOAS

Verificado o concurso de pessoas na empreitada criminosa, surge o questionamento se da conduta realizada pelos agentes houve a ocorrência de um ou mais delitos. Como meio de resolver essa celeuma foram concebidas algumas teorias. São elas: Teoria Monista, Teoria Dualista e Teoria Pluralista.

Segundo a teoria monista, no concurso de pessoas existe uma visão unitária do fenômeno criminoso, o que levou a teoria ser reconhecida também como teoria unitária. Isso quer dizer que os intervenientes do fato criminoso serão responsabilizados, em regra, pelo mesmo crime, havendo assim uma unidade de imputação.

Portanto, de acordo com a teoria monista, o fenômeno da codelinquência será tratado como constitutivo de um único delito.

No que diz respeito à valoração da conduta individual que cada agente prestou para a realização do crime, há duas possibilidades. A primeira trata-se do sistema unitário de autor, e a segunda, do sistema diferenciador.

No sistema unitário de autor, a punição é aplicada de forma igualitária para todos os colaboradores de uma mesma infração penal. Sendo assim, todo agente que participa do crime, independente de sua parcela de atuação, o realiza em sua totalidade, respondendo por ele de forma integral. Logo, mesmo que o delito seja

executado por diversas pessoas e de formas diferentes, todos serão imputados a título de autoria.

Esse sistema unitário de autor foi o adotado pelo código penal de 1940, que evitou tratar da valoração da conduta individual dos participantes de um mesmo crime, esquivando-se das problemáticas que naturalmente iriam surgir referentes ao concurso de pessoas, como a definição de autor, de partícipe, de auxílio necessário etc.

No sistema diferenciador, o delito é praticado de outro ponto de vista, no qual existe a atuação de sujeitos principais e de sujeitos acessórios ou secundários, sendo os sujeitos principais os autores, coautores e autores mediatos, enquanto os sujeitos secundários seriam os partícipes, dependendo sempre da contribuição prestada para a eficácia do crime.

Mesmo que o art. 29 do código penal continue a concordar com o sistema unitário de autor, o legislador brasileiro buscou amenizar o rigor trazido por ele. Já que na última parte do art. 29, que diz “na medida de sua culpabilidade”, faz a valoração da conduta prestada pelos agentes, passando a distinguir com precisão a punibilidade aplicada ao autor e ao partícipe (BITENCOURT, 2013, p.549-550).

Contudo, ainda é evidente que o legislador pátrio adotou o sistema unitário formal (ou temperado) de autoria baseado em um conceito extensivo de autor, que determina que a infração penal praticada em codelinquência seja tratada como um único crime, e que os participantes da contribuição responderam pelo mesmo e único delito a título de autoria (exceto quando se tratar dos casos previstos em lei em que se aplica a teoria pluralista), havendo a valoração das condutas, permitindo uma perfeita dosagem de pena, de acordo com a contribuição prestada por cada participante, ou seja, na medida da sua culpabilidade.

Assim também entende o pretório excelso, de acordo com o seguinte julgado relatado pelo Min. Joaquim Barbosa (HC 97652 RS, Segunda Turma, 18/09/2009):

Habeas Corpus. Direito Penal e Processual Penal. Concurso de pessoas. Reconhecimento de delito em modalidades de consumação distintas para co-réus que praticaram o mesmo fato criminoso em unidade de desígnios. Impossibilidade. Aplicação da teoria monista. Tratando-se de concurso de pessoas que agiram com unidade de desígnios e cujas condutas tiveram relevância causal para a produção do resultado, é inadmissível o reconhecimento de que um agente teria praticado o delito na forma tentada e o outro, na forma consumada. Segundo a teoria monista ou unitária, havendo pluralidade de agentes e convergência de vontades para a prática da mesma infração penal, como se deu no presente caso, todos aqueles



que contribuem para o crime incidem nas penas a ele cominadas (CP, art. 29), ressalvadas as exceções para as quais a lei prevê expressamente a aplicação da teoria pluralista. Ordem concedida.

A teoria dualística prega a existência de dois crimes, um praticado pelos autores, que executam a conduta típica presente na norma positivada, ou seja, aqueles encarregados de executar a principal conduta descrita no núcleo do tipo penal. O outro é praticado pelos partícipes, que efetuam uma conduta secundária, aquela que não está descrita como a conduta nuclear do tipo. Contudo, não se trata de dois delitos, mas de um só, que terá uma conduta principal realizada pelos autores ou coatores e uma conduta secundária, realizada pelos partícipes.

Assim sendo, o indivíduo que contribui com a ação principal durante a fase executória do delito, será tido como autor ou coautor, e aquele que desenvolve uma ação secundária, de menor importância, prestada na fase preparatória ou até mesmo da execução do ato, será considerado partícipe. Desta forma, a teoria dualística consagra dois planos de conduta, uma realizada pelo autor ou coautor, que é a conduta principal, e a outra prestada pelo partícipe, de caráter secundário.

Por último temos a teoria pluralística afirmando que, para cada participante da atividade criminosa existe um crime diferente, correspondendo à pluralidade de agentes ao número de crimes.

Essa teoria aduz que cada elemento psicológico próprio é causador de um delito igualmente particular, ou seja, a cada participante corresponde uma conduta própria e a cada conduta corresponde um crime diferente.

## 2.4 CONCURSO DE PESSOAS EM CRIMES CULPOSOS

O concurso de pessoas nos crimes culposos é admitido pela doutrina brasileira, no entanto, quando ocorre esse instituto, os participantes sempre responderão a título de autoria. Isso se deve ao fato de que o liame subjetivo não está atrelado ao fim perseguido, mas sim a conduta tomada pelos agentes de forma negligente, imperita ou imprudente.

Greco (2014, p. 466), seguindo as lições de Magalhães Noronha, explica:

Os princípios mostram ser possível a cooperação no crime culposos. Com efeito, neste a ação causal é voluntária e o evento previsível. Ora, se se admite isso para um agente, por que não se admitir para outro? Suponha-se o caso de dois pedreiros que, numa construção, tomam uma trave e a atiram à rua, alcançando um transeunte. Não há falar em autor principal e secundário, em realização e instigação, em ação e auxílio etc. Oficiais do mesmo ofício, incumbia-lhes aquela tarefa, só realizável pela conjugação das suas forças. Donde a ação única - apanhar e lançar o madeiro - e o resultado - lesões ou morte da vítima, também uno, foram praticados por duas pessoas, que uniram seus esforços e vontades, resultando, assim, coautoria. Para ambos houve vontade atuante e ausência de previsão.

Desta forma, conclui-se que devido à inobservância do dever de cuidado ser substrato da coautoria, exclui-se a participação, logo, sendo o resultado obtido de forma involuntária, o causador responderá sempre a título de autoria.

## 2.5 CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES OMISSIVOS

Primeiramente é preciso lembrar que existem duas formas de crime omissivo, o crime omissivo próprio e o crime omissivo impróprio. No primeiro, o agente possui um dever de agir genérico, pois é um dever imposto a todos indistintamente. A omissão deve vir descrita em um tipo penal, o que gera uma subsunção direta entre o fato e a norma, culminando em uma responsabilização pela prática de um crime omissivo.

No crime omissivo impróprio, o agente tem o dever jurídico de agir para evitar o resultado, estando a omissão descrita em cláusula geral, e não em tipo penal específico. Sendo assim, ocorre uma subsunção indireta entre o fato e a norma, respondendo o indivíduo causador do ilícito, pela prática de crime comissivo por omissão.

No que diz respeito aos crimes omissivos próprios, existem divergências doutrinárias a respeito da possibilidade do concurso de pessoas. De um lado Mirabete entende não ser possível a ocorrência, já que, segundo ele teria que ser provado o vínculo subjetivo entre as condutas omissivas. Do outro lado, defendendo o concurso de pessoas nos crimes omissivos próprios está Bitencourt (2013, p. 568), que explica:

Esse vínculo subjetivo, caracterizador da unidade delitual, tem o mesmo efeito tanto na ação ativa quanto na passiva. Assim como o comando é comum nos crimes omissivos, a proibição da conduta criminosa é igualmente comum nos crimes comissivos, o que, nem por isso, impede a co-autoria. Do afirmado fica claro que entendemos ser perfeitamente possível a co-autoria em crime omissivo próprio. Se duas pessoas deixarem de prestar socorro a uma pessoa gravemente ferida, podendo fazê-lo, sem risco pessoal, praticarão, individualmente, o crime autônomo de omissão de socorro. Agora, se essas duas pessoas, de comum acordo, deixarem de prestar socorro, nas mesmas circunstâncias, serão co-autoras do crime de omissão de socorro. O princípio é o mesmo dos crimes comissivos: houve consciência e vontade de realizar um empreendimento comum, ou melhor, no caso, de não realizá-lo conjuntamente.

Já no que diz a participação, é totalmente aceita pela doutrina pátria, pois a conduta ocorre por meio de uma atuação positiva, permitindo que o autor possa descumprir a norma que prevê a omissão tida como ilícito.

Nos crimes omissivos impróprios é possível o concurso de pessoas, tanto na forma de coautoria quanto na de partícipe (apesar de existir pensamentos no sentido contrário), pois, é inegável que certos agentes garantidores possam se unir e desta forma não praticar a ação. Como também é possível que um indivíduo que não possui o dever jurídico de praticar a ação, instigue um agente que o tem a não praticar. Esse sujeito não estaria, portanto, praticando um ilícito diferente, muito menos ficaria impune dessa atitude, respondendo pelo crime praticado na condição de partícipe.

## 2.6 AUTORIA COLATERAL

Ocorre a autoria colateral quando dois agentes praticam o mesmo fato delituoso sem que exista um liame subjetivo entre ambos, ou seja, é o dolo individual dos participantes do delito que o executam sem reciprocidade consensual, não havendo, portanto, que se falar em concurso de pessoas nessas circunstâncias.

Nesse caso o dolo do agente é considerado individualmente, e cada um responderá pela sua conduta de forma específica. Assim explica Sanches (2015, p. 368):

Verifica-se a autoria colateral quando dois ou mais agentes, um ignorando a contribuição do outro, concentram suas condutas para o cometimento da mesma infração penal. Nota-se, no caso, a ausência de vínculo subjetivo

entre os agentes, que, se presente, faria incidir as regras do concurso de pessoas.

O problema que surge sobre a autoria colateral é saber qual a parcela de contribuição de cada indivíduo para o resultado delituoso, pois só com essa constatação é que poderá ocorrer a responsabilização adequada.

## 2.7 MULTIDÃO DELINQUENTE

Os crimes praticados por multidões são aqueles ocasionados de certa forma pelas situações de insegurança que a população brasileira vem sofrendo ultimamente. Levado pela instiga e liderança de alguns membros, os grupos agem em momentos de grande excitação, o que facilita a manipulação da massa e dificulta a tomada de decisões éticas e morais por parte dessas pessoas.

Nessas circunstâncias, sendo o delito praticado de forma coletiva, não se pode negar que existe um vínculo psicológico entre os agentes causadores dos delitos, o que leva a constatação de uma forma *sui generis* de concurso de pessoas. Sendo desnecessário nesses crimes que se constate a conduta individual pormenorizada de cada indivíduo causador da infração, ficando essa apuração de condutas, de maior ou menor participação, para fazer da instrução processual (BITENCOURT, 2013, p. 570).

## 2.8 PARTICIPAÇÃO IMPUNÍVEL

Para que se caracterize a participação é necessário a presença de dois requisitos, que são eles a eficácia causal e a consciência de participar da ação comum. Além disso, é sabido que o crime não será punido se não for ao menos tentando, já que sua fase de elaboração mental e preparação do crime não são puníveis.

Desta forma, seguindo as orientações do artigo 31 do Código Penal, a participação pode ocorrer por meio de instigação, ajuste, determinação ou auxílio.

Sem a presença de um desses elementos não haverá a participação. Além disso, a participação tentada também não se sobrevém, pois, só existiria periculosidade se a participação levasse a ocorrência de fato real, não se caracterizando este fato real a participação se torna impunível.

## 2.9 PUNIBILIDADE NO CONCURSO DE PESSOAS

De maneira abstrata, todos os participantes do crime estão sujeitos à mesma pena, de acordo com o art. 29 do Código Penal. No entanto, na aplicação da pena concreta ocorrerá a variação da totalidade de pena aplicada a cada participante, uma vez que, cada membro da empreitada criminosa responderá pela parcela de culpabilidade da qual faz jus, seguindo o que consta na última parte do mencionado artigo.

Presentes nos parágrafos do art. 29, outros dois institutos também devem ser mencionados, são eles: a participação de menor importância e a cooperação dolosamente distinta.

O Código Penal brasileiro dispõe no seu art. 29 § 1º, “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”. Isso quer dizer, que o partícipe que tiver sua conduta valorada, constatando-se ter sido ela de menor importância para a realização do fato delituoso, fará jus a diminuição de pena nos moldes citado anteriormente.

Parcela da doutrina entende que essa diminuição da pena não possui caráter obrigatório para com os juízes. Contudo, a doutrina majoritária compreende que a discricionariedade do juiz se encontra apenas no que se refere ao quantum de redução, que irá variar de acordo com a intensidade volitiva do partícipe, entre um sexto a um terço (BITENCOURT, 2013, p. 572).

Como mencionado anteriormente, no concurso de pessoas, os responsáveis pelo delito responderão pela unidade delituosa, ou seja, pelo mesmo crime. No entanto, quando ocorre a cooperação dolosamente distinta, surge uma exceção a essa regra, o que quer dizer que responderão por delitos diferentes, segundo consta no artigo 29 § 2º do Código Penal, que diz, “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”.

Diante do exposto, temos que a cooperação dolosamente distinta se caracteriza quando sobrevém uma ruptura no elemento subjetivo que existia entre os participantes do delito. Isso acontece quando a ideia elaborada pelos integrantes é executada de forma diferente, ou seja, primeiramente há um ajuste prévio sobre o crime que irá ser executado, contudo, no momento da prática do fato, o executor age desconforme o plano acordado entre ele e o partícipe.

Vindo a ocorrer à cooperação dolosamente distinta, o partícipe responderá pelo crime pelo qual havia combinado com o autor, podendo haver o aumento de pena, até a metade, se o resultado mais grave fosse previsível.

## 2.10 COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS, CONDIÇÕES E ELEMENTARES

As circunstâncias são elementos, dados, fatos ou peculiaridades que envolvem o fato principal. Essas circunstâncias não estão inseridas no tipo penal, contudo podem servir como causa de aumento ou de diminuição da pena.

Tais circunstâncias podem ainda ser objetivas ou subjetivas. As objetivas dizem respeito à condição da vítima, ao tempo, lugar etc. Ou seja, ao fato considerado objetivamente. Já as circunstâncias subjetivas, dizem respeito ao agente, as suas qualidades, os motivos para prática do crime entre outros (SANCHES, 2015, p. 377).

As condições da ação delituosa dizem respeito ao caráter pessoal do agente, sua relação com o mundo exterior, com outras pessoas etc. Já as elementares presentes nos crimes, são as condições, os elementos, os dados e os fatos que fazem parte dos tipos penais.

As condições e circunstâncias de caráter pessoal não se comunicam entre os participantes da empreitada criminosa, exceto quando se tratar de elementares do tipo, assim consta no artigo 30 do Código Penal.

Todavia, as circunstâncias e condições de caráter objetivo se comunicam entre os participantes do crime, desde que sejam conhecedores de tais condições e circunstâncias. Essas circunstâncias e elementos devem ser considerados na medida da culpabilidade de cada participante, assim assevera o artigo 29 do Código Penal.

### 3 O CONCEITO DE AUTOR E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

O conceito de autor varia de acordo com o sistema empregado. Como foi descrito no capítulo anterior, existem dois tipos de sistema mencionados pela doutrina brasileira, o sistema unitário e o sistema diferenciador, sendo adotado pelo nosso Código Penal uma espécie de sistema unitário formal ou temperado. Quando se usa o sistema unitário de autor, o conceito de autoria abarca todos os participantes do delito, diferentemente de quando se adota o sistema diferenciador, que limita a autoria aos participantes que executam as principais condutas.

Dentro do sistema diferenciador, o autor não é apenas aquele que pratica o núcleo do tipo penal, também é considerado autor quem faz uso de outro sujeito como instrumento para prática do crime. Nesse caso, o sistema diferenciador adota a figura da autoria mediata.

Outras espécies de autoria também se faz presente no ordenamento jurídico pátrio, como a autoria colateral, que ocorre quando mais de uma pessoa realiza o mesmo delito, e um ignora a participação do outro na ação. Já a coautoria é a colaboração consciente entre dois ou mais agentes na prática de um mesmo crime, executando os principais atos da empreitada criminosa.

#### 3.1 CONCEITO EXTENSIVO DE AUTOR

Criado pela doutrina alemã, o conceito extensivo de autor tem como idealizador o jurista Leopold Zimmerl, que sintetizou o seu conceito o diferenciando do conceito restritivo de autor.

Levando em consideração a teoria da equivalência das condições, o conceito extensivo de autor prega que não existe diferença entre autoria e participação, pois, do ponto de vista naturalístico da causalidade, todo aquele que colabora de alguma maneira para a consecução do crime é tido como autor do mesmo. Desta forma, a participação não era abarcada pelo conceito extensivo, que não diferenciava a



importância das contribuições prestadas pelos participantes dos delitos, o que levava os instigadores e cúmplices a responderem também como autores.

Como forma de suprir essa deficiência do conceito extensivo, a doutrina alemã passou a conectar o conceito extensivo de autor a teoria subjetiva da ação, passando desta forma, por meio de um critério subjetivo, a distinguir a autoria da participação. Para esse critério subjetivo, autor seria aquele que contribuiria para a empreitada criminosa com o *animus auctoris*, ou seja, o sujeito cometeria o fato como próprio, enquanto o partícipe seria aquele que agiria com o *animus socii*, objetivando assim participar do fato pertencente a outrem (BITENCOURT, 2013, p. 554-555).

As falhas presentes nesta teoria, aliada a inapropriada distinção subjetiva, leva a teoria subjetiva da participação a ser repelida pela doutrina e jurisprudência pátria.

### 3.2 CONCEITO RESTRITIVO DE AUTOR

Em contraponto ao conceito extensivo, o conceito restritivo de autor parte do pressuposto de que nem todos os participantes do crime são considerados autores. Isso quer dizer que será considerado autor ou coautor apenas aquele que executa o verbo núcleo do tipo penal, o que leva os tipos presentes na Parte Especial do Código Penal a serem interpretados de forma restritiva. Melhor dizendo, só será tido como autor o executor que ajustar sua conduta aquela descrita no tipo penal incriminador, de outra forma, não será visto como autor.

Logo as espécies de participação, segundo esse conceito, só poderão ser punidas se estiverem presentes em uma norma de extensão, agindo assim como causas de extensão da punibilidade, de outra maneira, comportamentos prestados de forma secundária serão atípicos.

Isto posto, conclui-se que autor é aquele que pratica a conduta típica e de forma objetiva para a consecução da infração penal. Enquanto que o partícipe só será punido se sua conduta estiver prevista de forma específica pelo legislador, portanto, não estando prevista a conduta do indivíduo que colaborar para a

realização do fato ilícito, sua atuação não será punível. Por conseguinte, para que houvesse a eficiente adequação da figura do partícipe ao conceito restritivo de autor, foi necessário a elaboração de algumas teorias sobre o instituto da participação, o que ocasionou na criação da teoria objetivo-formal e da objetivo-material.

A teoria objetivo-formal trata da adequação da conduta a descrição formal da norma incriminadora, isto é, tal teoria diz respeito à literalidade presente na lei. Por consequência, agindo o indivíduo conforme previsto no tipo penal será ele autor, enquanto será partícipe todo aquele que colaborar de qualquer outra forma para a realização do fato.

No entanto, por meio dessa teoria não era possível esclarecer de maneira aceitável como a conduta do autor e do coautor e do autor mediato se encaixava na norma incriminadora. Portanto, se tornou necessário a incorporação de um critério que fosse capaz de identificar a conduta do autor nas suas diversas modalidades de autoria.

Para suprir essa dificuldade em classificar a conduta dos participantes da empreitada criminosa, a teoria objetivo-material usou de critérios como a questão da maior periculosidade da conduta do autor em relação ao partícipe, da maior importância objetiva da colaboração do autor em relação a contribuição do partícipe etc. Contudo, essa teoria desconsiderou o aspecto subjetivo, passando a realizar a diferenciação entre as condutas através apenas da causalidade, o que ocasionou o fracasso da teoria, pois, não conseguiram diferenciar a causa da condição, ou mesmo qual conduta era mais ou menos importante.

Devido as falhas apresentadas pela teoria objetivo-material a doutrina alemã passou a adotar claramente o conceito restritivo de autor aliado a teoria objetivo-formal.

### 3.3 AUTORIA MEDIATA

A autoria mediata se caracteriza quando um indivíduo usa de outra pessoa para executar o verbo núcleo de um tipo penal. Dessa forma, o sujeito utilizado para pratica do delito obedece a ordem do autor mediato.

O autor mediato não participa do ato executório, ele diz como deve ser realizada a investida criminosa, ele compactua de forma indispensável para a ocorrência da infração. Dessa forma, mesmo que sua conduta possa ser similar a do partícipe clara é a diferença entre ambas, pois, para a empreitada criminosa o autor mediato é indispensável, não sendo possível a ocorrência do fato sem ele, enquanto o partícipe presta apenas uma conduta acessória, não essencial para o crime.

O autor mediato faz uso de um agente não culpável, seja por desconhecer a ilicitude da conduta, seja por ser inexigível que ele preste conduta diversa ou ainda por trata-se de agente inimputável, logo, a pessoa usada como objeto atua sem dolo ou culpa.

O Código Penal brasileiro, apesar de não fazer referência ao instituto da autoria mediata, elenca cinco situações em que ocorre a autoria mediata. São elas: inimputabilidade penal (art. 65, inciso III); coação moral irresistível (art. 22); obediência hierárquica (art.22); erro de tipo escusável provocado por terceiro (art. 20 § 2º); erro de proibição escusável provocado por terceiro (art. 21, *caput*) (SANCHES, 2015, p. 363).

A autoria mediata não se aplica aos crimes de natureza culposa, pois o agente causador do fato sempre irá realizar a conduta de maneira involuntária, não podendo um agente por trás fazer uso de sua conduta de forma predeterminada, pois na pratica do ato o sujeito responsável pelo ilícito não aceitou a ocorrência do resultado.

Nos crimes próprios - aqueles praticados por sujeitos portadores de qualidades ou condições previstas no tipo penal – é admissível a figura do autor mediato quando o mesmo fizer jus às características previstas no tipo. Por exemplo: para que se caracterize o crime de peculato (artigo 312 do CP), o autor que usar de individuo para praticar o furto deve exercer a função pública, nesse caso, as condições ou qualidades devem estar presentes no “homem por trás” e não no executor.

Já no que diz respeito aos crimes de mão própria, a doutrina majoritária entende que não é possível a autoria mediata, pois o sujeito executor do delito já se encontra previsto de forma objetiva no tipo penal.

Outro termo tratado como espécie da autoria mediata é a autoria de escritório (também conhecida como autoria especial ou particular). Essa espécie de autoria é

comum em praticas delituosas orquestradas por organizações criminosas. Assim explica Sanches (2015, p. 365):

Esta espécie de autoria pode ser comumente identificada no âmbito de organizações criminosas, estruturadas hierarquicamente, em que certo indivíduo, exercendo funções de comando, determina o cometimento de crimes por agentes que se encontram em posições subalternas e que podem substituir-se, ou seja, se aquele a quem foi originariamente emitida a ordem não a cumpre, outro membro da organização poderá fazê-lo.

O autor de escritório detém o domínio do fato, o que diferencia ele do partícipe, pois sem o comando do autor especial a infração não ocorre, no entanto, não sendo praticada a conduta pelo executor designado para realizar o fato, o mesmo será substituído por outro agente igualmente capaz, não impedindo assim a sua concretização, o que leva a conclusão de que o ilícito é controlado pelo autor mediato.

### 3.4 COAUTORIA

A coautoria ocorre quando dois ou mais agentes se unem com o intuito de praticar condutas imprescindíveis para a obtenção do ilícito. Ou seja, a coautoria é formada pela pratica de um delito realizado por dois ou mais agentes, presente entre eles o liame subjetivo.

É substancial para que se constitua a coautoria que os participantes da infração penal tenham plena consciência que atuam de forma conjunta para a realização do ato criminoso. Pois, não havendo entre eles liame subjetivo, teremos o instituto da autoria colateral, já mencionado anteriormente. Essa diferença entre coautoria e autoria colateral é explicitada no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, que teve como Relator o Min. Marco Aurélio Bellizze (STJ - REsp: 1306731 RJ 2011/0249384-0, Data de Julgamento: 22/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/11/2013):

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ACUSAÇÃO QUE IMPUTOU A AMBOS OS RÉUS, EM COAUTORIA, A PRÁTICA DO CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO. PARTICIPAÇÃO EM DISPUTA AUTOMOBILÍSTICA ILÍCITA ("PEGA"), COM VELOCIDADE EXCESSIVA E MANOBRAS ARRISCADAS, QUE OCASIONOU A MORTE DA VÍTIMA. CARACTERIZAÇÃO DO DOLO

EVENTUAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CONSELHO DE SENTENÇA QUE RECONHECEU, NA LINHA DA TESE DEFENSIVA, A INEXISTÊNCIA DO CHAMADO "PEGA". CONDENAÇÃO DE UM RÉU POR HOMICÍDIO CULPOSO (CTB, ART. 302) E O OUTRO POR HOMICÍDIO DOLOSO (CP, ART. 121). IMPOSSIBILIDADE. FATO ÚNICO. CRIME PRATICADO EM CONCURSO DE PESSOAS. AUTORIA COLATERAL. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO À TEORIA MONISTA. ART. 29 DO CÓDIGO PENAL. EXTENSÃO DA DECISÃO QUE CONDENOU O CORRÉU POR HOMICÍDIO CULPOSO AO RECORRENTE. RECURSO NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Hipótese em que o Ministério Público denunciou o recorrente e outro corréu como incurso nos arts. 121, § 2º, inciso I, e 129, caput, na forma dos arts. 29 e 70, todos do Código Penal, porque, ao realizarem disputa automobilística ilícita, vulgarmente conhecida como "pega" ou "racha", causaram a morte de uma vítima e lesão corporal em outra, concluindo a acusação pela presença do dolo eventual, porquanto ambos assumiram o risco de causar o resultado. Esses fatos foram ratificados na sentença de pronúncia, no acórdão confirmatório, bem como no libelo acusatório. 2. Na sessão plenária do Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença, na linha do que sustentara a defesa desde o inquérito policial, entendeu que os réus não participavam, por ocasião dos fatos delituosos, de nenhuma corrida ilícita, como deduzido pela acusação. Todavia, mesmo entendendo dessa forma, desclassificou o crime apenas em relação ao corréu Bruno, sendo condenado por homicídio culposo na direção de veículo automotor (CTB, art. 302), concluindo quanto ao recorrente Thiago que este assumiu o risco de produzir o resultado morte na vítima, ou seja, que agiu com dolo eventual. 3. Tratando-se de crime praticado em concurso de pessoas, o nosso Código Penal, inspirado na legislação italiana, adotou, como regra, a Teoria Monista ou Unitária, ou seja, havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, mas provocando um só resultado, existe um só delito. 4. Assim, denunciados em coautoria delitiva, e não sendo as hipóteses de participação de menor importância ou cooperação dolosamente distinta, ambos os réus teriam que receber rigorosamente a mesma condenação, objetiva e subjetivamente, seja por crime doloso, seja por crime culposo, não sendo possível cindir o delito no tocante à homogeneidade do elemento subjetivo, requisito do concurso de pessoas, sob pena de violação à teoria monista, razão pela qual mostra-se evidente o constrangimento ilegal perpetrado. 5. Diante da formação da coisa julgada em relação ao corréu e considerando a necessidade de aplicação da mesma solução jurídica para o recorrente, em obediência à teoria monista, o princípio da soberania dos veredictos deve, no caso concreto, ser aplicado justamente para preservar a decisão do Tribunal do Júri já transitada em julgado, não havendo, portanto, a necessidade de submissão do recorrente a novo julgamento. 6. Recurso especial não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para, cassando o acórdão recorrido, determinar a extensão ao recorrente do que ficou decidido para o corréu Bruno Albuquerque de Miranda, reconhecendo-se a caracterização do crime de homicídio culposo na ação penal de que aqui se cuida, cabendo ao Juízo sentenciante fixar a nova pena, de acordo com os critérios legais.

Portanto, a relação desenvolvida entre os participantes, mesmo que os atos perpetrados sejam diferentes, é imprescindível para a realização do ilícito, não se tratando, assim, de condutas acessórias.

A coautoria pode ainda ser dividida em parcial e direta. Na coautoria parcial os membros da empreitada criminosa praticam atos diferentes, mas que reunidos

resultaram no objetivo pretendido. Já na coautoria direta, os agentes praticam as mesmas condutas previstas no tipo penal.

A coautoria é aceita nos crimes próprios, podendo todos ou apenas um agente possuir as qualidades ou condições previstas no tipo incriminador. No entanto, quando somente um agente possuir as qualidades ou condições previstas, essas características necessárias devem ser conhecidas dos outros participantes do ilícito, ocasionando assim a sua comunicabilidade e coautoria na execução de tais crimes.

Já nos crimes de mão própria, o posicionamento da doutrina é contrário, não aceitando a figura do coautor, pois, o sujeito que pratica esse tipo de crime já se encontra designado no tipo penal. Contudo, a doutrina pátria faz menção a uma exceção, presente no crime de falsa perícia que pode ser praticado por dois ou mais expertos coniventes com a falsificação.

### 3.5 PARTICIPAÇÃO

A participação é a colaboração no crime em que o sujeito atua não executando o verbo núcleo do tipo penal, sua conduta visa tornar a prática do crime mais fácil, seja por meio de instrumentos físicos ou por colaborar no planejamento do Delito. Assim explica Masson: “[...] participação é a modalidade de concurso de pessoas em que o sujeito não realiza diretamente o núcleo do tipo, mas de qualquer modo concorre para o crime” (2015, pág. 1153).

Sendo assim, para que se concretize a participação é necessário que o agente tenha o propósito de colaborar para a atitude do autor, além de prestar efetivamente a colaboração, por meio de uma conduta secundária que auxilie o fato principal.

A participação como mencionada anteriormente pode ser material ou moral, quando prestada de forma moral a participação pode ser por meio da instigação ou induzimento. Desta forma, o agente induz quando cria na mente de outra pessoa a ideia da prática de um crime que antes não existia. Já no que diz respeito a instigar, o agente apenas reforça o pensamento criminoso já presente na consciência do

outro indivíduo. Assim sendo, a instigação ou o induzimento devem ocorrer ambas de forma específica, ou seja, direcionadas a pessoas e fatos criminosos determinados.

O auxílio material consiste em viabilizar o cometimento da prática criminosa, logo, o agente atua prestando ajuda de cunho material, desde que não pratique o verbo núcleo da norma penal incriminadora, como acontece no exemplo do sujeito que transporta outrem para que este venha a cometer um crime de homicídio.

O auxílio material pode ser praticado tanto na fase preparatória dos atos, como na fase executória realizada pelo autor, não podendo ocorrer posteriormente a prática do crime, a menos que tenha sido acordado anteriormente.

### 3.6 SURGIMENTO HISTÓRICO DO DOMÍNIO DO FATO

O conceito de domínio do fato teve seu prelúdio na primeira metade do século XX, com a finalidade de suprir o conceito extensivo e restritivo de autor. Tal teoria foi desenvolvida para estabelecer um conceito convincente de autoria, além de delimitar suas respectivas modalidades e distingui-las do conceito de partícipe.

O termo “domínio do fato” e “domínio sobre o fato” foi citado pela primeira vez pelo jurista alemão Friedrich Hegler, em 1915, na sua obra “*Die Merkmale des Verbreches*”. Contudo, o predecessor do conceito mais aceito foi o também alemão Hans Welzer que em 1939 o usou como critério de delimitação da autoria. Apesar disso, quem aprimorou o domínio do fato e delineou a teoria foi Claus Roxin, também alemão, que no ano de 1963 edificou novos pensamentos sobre ela, esclarecendo o seu ponto de vista e criticando o posicionamento de Welzel em relação à mesma.

Hegler ao citar pela primeira vez o domínio do fato, o conceituou como sendo um elemento da personalidade presente no sujeito praticante do crime. No entanto, com o fluir do tempo, Hegler passou a usar tal acepção para asseverar que autor era o sujeito livre e capaz de imputação, senhor do fato criminoso praticado, tornando o seu pensamento mais aceitável na seara jurídica.

Alguns anos mais tarde, Bruns fez menção a expressão domínio do fato que para ele serviria para distinguir autoria e participação, afirmando que era necessário para a constatação da autoria, seja dolosa ou culposa, a presença da possibilidade de domínio do fato, de modo que sua conduta fosse imprescindível para a ocorrência do ilícito. Seguindo essa linha de pensamento, Bruns sustentava que o sujeito que instiga ou induz a prática do ato não possui domínio sobre o resultado da ação, o que diferencia a atitude do partícipe da conduta do autor (ALFLEN, 2014, p. 83-84).

Outro jurista que contribuiu de forma considerável para o desenvolvimento da ideia de domínio do fato foi Lobe, que apresentou pela primeira vez, mesmo que de forma embrionária, o conceito de domínio do fato. Para ele, a autoria seria determinada conforme os elementos objetivos e subjetivos, sendo o sujeito praticante do delito possuidor do querer e do resultado – o domínio e a condução fática da execução – sendo assim, o agente agiria com domínio do fato quando atuasse com *animus domini* e com o específico *dominare* da execução.

Todavia, Lobe demonstra desleixo em relação ao conceito de autoria mediata, pois seu critério apresenta entendimento puramente formal, desconsiderando assim a autoria mediata nos casos em que o autor age por trás, através de um sujeito designado para executar o verbo núcleo do tipo penal, mesmo sendo o autor mediato o senhor do fato.

Por meio do critério de domínio do fato Eb. Schmidt, em 1936, procurou desenvolver um novo conceito extensivo de autor. Segundo ele, a conduta de autor só estaria presente nas ações em que o sujeito agisse como senhor do fato, pressupondo um dever militar específico, acarretando um domínio sobre o fato. Assim, como os outros juristas, Eb. Schmidt também apresenta falhas no seu conceito, já que para ele a ideia de domínio sobre o fato se aplicaria apenas aos crimes militares (ALFLEN, 2014, p. 86).

Diante do surgimento dessas várias acepções acerca do domínio do fato, e da incompletude de tais definições, Welzel se viu motivado a tratar de forma mais aprofundada sobre o tema, o que tornou o seu conceito uma concepção histórico-dogmática, pois é o ponto de partida a respeito da teoria do domínio final do fato.



### 3.7 DOMÍNIO FINAL DO FATO COMO CRITÉRIO PARA DELIMITAÇÃO DA AUTORIA

Levando em consideração os estudos já realizados acerca do domínio do fato, Welzel passou a desenvolver a teoria propriamente dita, visando obter critérios que interligassem o domínio do fato a autoria e participação.

Devido as influências resultantes da ideia de ação finalista, na dogmática jurídico-penal, a concepção de Welzel sobre domínio do fato se encontra amarrada ao conceito de ação final. Sendo assim, sua noção de autoria possui dois aspectos especiais, sendo eles a distinção entre injusto e culpabilidade (fundado no conceito ontológico de ação final e na concepção de culpabilidade presente nos valores ontológicos) e a distinção entre crimes dolosos e culposos descrita no tipo penal.

Referente ao aspecto da distinção entre injusto e culpabilidade, o jurista alemão afugenta a concepção causalista de ação e suas consequências, inserindo no conceito de ação a relação final da vontade com o resultado, o que leva a noção de que o resultado pertence ao indivíduo, já que foi por ele praticado e querido. Seguindo esse ponto de vista, é possível verificar, por meio das determinações legais ou pela manifestação da conduta final, a distinção estrutural entre autoria e participação. Ou seja, segundo Welzel, o desejo de executar o ilícito como próprio deve ser tido como elemento essencial para a caracterização da autoria, o que leva a conclusão que a autoria final é a mais ampla forma de domínio final do fato (ALFLEN, 2014, p. 87-88).

No segundo aspecto – distinção entre crimes dolosos e culposos – presente a diferença entre essas formas de crime, fica evidente a existência de mais de um conceito de autor, o que leva a apuração dos delitos dolosos e culposos. Assim sendo, Welzel assegura que o autor de um crime culposos é qualquer sujeito que age violando a medida exigível de cautela, causando um resultado típico, porém, que não desejava. Portanto, o jurista alemão, por meio do seu pensamento, corrobora com a teoria finalista da ação, que por outro lado se distingue das outras teorias, já

que estas se baseiam em um único princípio, adotando o entendimento de que existe apenas um conceito de autor.

Seguindo essa linha de raciocínio, Welzel limitou a problemática da autoria e o campo de incidência da teoria do domínio final do fato aos crimes dolosos, já que apoia a concepção finalista de autoria, e esta por sua vez adota três critérios de autoria, que são: a autoria direta, autoria mediata e coautoria.

De acordo com os ensinamentos de Welzel, o domínio do fato pode ser compreendido do acontecer típico, que por sua vez se manifesta por meio dos modelos de autoria, citados anteriormente. A autoria direta ou individual, segundo Welzel é determinada pelo fato objetivo, pois, será autor o sujeito que tiver domínio final sobre o fato. Desse modo, o indivíduo que pratica um ato ilícito tem total controle sobre os acontecimentos decorrentes de sua conduta, logo consiste a autoria individual na execução direta, voluntária e conscientemente final do fato, desde que o agente delituoso preencha tanto os requisitos pessoais objetivos, quanto os requisitos subjetivos, descritos no tipo penal incriminador, possuindo dessa forma o controle sobre a decisão e execução do fato.

Já a coautoria segundo a concepção welzeliana é a própria autoria, já que os autores possuem o domínio do fato, contudo, esse domínio é dividido entre mais de um indivíduo.

O jurista alemão ainda impõe dois requisitos para que se configure a coautoria, sendo eles a decisão conjunta do fato e a sua execução em conjunto. Além do mais, para Welzel, autor não era somente o agente que realizava condutas de execução, mas também quem efetuava atos preparatórios e de apoio, desde que as decisões fossem tomadas em conjunto.

Na autoria mediata o autor não necessita praticar o fato em sua completude, pois ele fará uso de um instrumento para obter o fim desejado. Portanto, na autoria mediata, o autor poderá por meio de um terceiro executar o fato, desde que detenha o pleno domínio sobre o mesmo. Com base nos ensinamentos de Welzel, Alflen (2014, p. 94), explica:

Considera que a autoria mediata consubstancia-se na ideia de domínio final do fato por quem se encontra por trás do instrumento (Werkzeug), sendo que este último, em hipótese alguma, pode possuir o domínio pleno do fato, caso contrário, aquele que se encontra por trás será mero indutor ou instigador.

Isto posto, verifica-se a autoria mediata quando o agente realiza o fato de forma conscientemente final, usando de terceiro impunível para a execução da parte material do crime.

Sintetizando a teoria de Welzel, temos que o domínio final do fato consiste no pressuposto fático da autoria (terceiro pressuposto, ao lado dos pressupostos objetivo e subjetivo), o qual parte de que o autor é o senhor sobre a decisão e a execução da vontade final de realizar o fato (ALFLEN, 2014, p.96).

Já a autoria direta, seria a realização sem desvios e conscientemente final do fato por quem, tendo preenchido os pressupostos pessoais objetivos e subjetivos do tipo, possui o domínio sobre a decisão e execução. Na coautoria, Welzel diz se tratar de uma execução comum, que é dividida entre dois ou mais sujeitos, praticantes dos atos parciais frutos de uma decisão comum, na qual, cada indivíduo domina sua respectiva parte, concomitantemente em que nenhum domina plenamente o fato.

Na autoria mediata a realização do fato é executada de forma conscientemente final por quem, detentor do domínio pleno do fato, se utiliza de um instrumento, que o executa de maneira direta. No entanto, para que se caracterize a autoria mediata o terceiro tem que agir sem intenção (pressuposto subjetivo do tipo), sem qualificação (pressuposto objetivo do tipo), e por último, sem domínio final do fato.

Esclarecido os principais pontos defendidos por Welzel sobre domínio do fato, conclui-se que sua teoria foi desenvolvida de forma coesa e substancial, no entanto, não livre de falhas, dando margem a críticas, sobretudo de outro jurista alemão, Claus Roxin, que mais tarde viria a aperfeiçoar a teoria do domínio final do fato, denominada por este de teoria do domínio do fato.

### 3.8 ASPECTOS GERAIS DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Para Roxin, a teoria formulada por Welzel mostra-se como um mero avanço da teoria do dolo, no que diz respeito ao seu conteúdo material. Além do que, para Roxin, Welzel passou a usar como base de sua teoria - referente ao conteúdo subjetivo - o critério de que o autor deveria portar a vontade incondicionada em

conjunto com a certeza de que nenhuma outra vontade se sobrepunha a sua, substituindo o fundamento vago da vontade do autor. Contudo, Welzel comete os mesmos erros presentes na teoria subjetiva, pois não seria a vontade do autor única e suficiente para demonstrar seu domínio sobre o fato, já que o domínio sobre essa vontade possui caráter objetivo e inalcançável na realidade.

Roxin entendia que mesmo diante das concepções welzelianas não existia um ponto de partida dogmático para o domínio do fato, pois afirmava que suas concepções eram vagas, o que causava repulsa a ideia de domínio final do fato. A partir daí Roxin reinventou o domínio do fato, criando bases e critérios diferentes para a sua constituição.

Claus Roxin deu início a concepção da teoria do domínio do fato no ano de 1963 na sua obra *Taterschaft und Tatherrschaft*. Como toda teoria, a do domínio do fato também surgiu para solucionar um problema, que era distinguir se o indivíduo que realiza a conduta criminosa será considerado autor ou mero partícipe. Essa distinção era e é necessária porque o sistema jurídico alemão exige tal diferenciação (ALFLEN, 2014, p.110).

Portanto, visando fazer essa distinção, Roxin preconiza que deve existir uma teoria normativa da combinação, estando de um lado o domínio sobre o acontecer típico (ato realizado pelo agente que se subsume a um tipo penal expresso) e de outro o interesse do agente em praticar o fato, ocasionando assim uma junção entre a ideia de domínio do fato com uma teoria subjetiva.

Essa ideia de acontecer típico como figura central da teoria se expressa pelo domínio do fato, o que leva a teoria a ser aplicada nos casos de crimes em que o agente possa possuir o controle sobre o evento, ou seja, em delitos comissivos dolosos.

Para o jurista alemão seria a delimitação do conteúdo da ideia de domínio do fato o critério primordial para o correto desenvolvimento da teoria. Contudo, essa delimitação teria que ser feita por meio do exame de três perspectivas que serviriam para orientar o saber teórico.

A primeira perspectiva trataria o domínio do fato como um conceito indeterminado, suficiente *per se*, não havendo a imposição de outros elementos, o que possibilitaria uma decisão baseada na individualidade do caso, contudo, esse

conceito indeterminado ocasionaria insegurança jurídica devido a sua falta de compreensão nas medidas a serem aplicadas.

A segunda perspectiva traria a ideia de um domínio do fato que possuísse um conceito fixo, com a presença de elementos tangíveis, que servissem de embasamento teórico para a solução de casos concretos. A terceira e última perspectiva, sendo ela a mais aceita por Roxin, traria uma vertente mais flexível ao tratar o domínio do fato como um conceito aberto. Alflen (2014, p. 107) expõe em sua obra o pensamento de Roxin sobre o assunto:

Entende Roxin que se deve procurar um procedimento que permita, com seu auxílio, preencher substancialmente o conceito de domínio do fato, por um lado, satisfazendo as diferentes manifestações de vida e, por outro, alcançando uma maior medida na determinação. Além disso, para Roxin, tal conceito “deve permitir submeter as formas tipicamente fundamentais de multiplicidade de circunstâncias existentes a uma regulamentação generalizante” e, ao mesmo tempo, “oferecer a possibilidade de uma apreciação satisfatória de casos isolados que se subtraem às normas abstratas”.

No entanto, no entendimento do jurista alemão, isso só seria possível se o conceito de domínio do fato fosse aberto, devendo apresentar características básicas com essa natureza, e ainda, esse conceito deveria ser descrito e regulamentado.

Para Roxin, o legislador criaria diretrizes capazes de nortear a aplicação do domínio do fato aos casos concretos. Sendo assim, o domínio do fato não pode ser um conceito ontológico, teleológico ou exclusivamente descritivo, seria, portanto, um conceito normativo.

Além de estabelecer critérios para a conceituação de domínio do fato, Roxin diferenciou as formas de domínio da ação, domínio funcional do fato e domínio da vontade, o que fez surgir a teoria tripartida.

O domínio da ação corresponderia a forma de autoria imediata (ou direta), que ocorreria quando a conduta fosse executada pela própria pessoa. Desta forma, autor seria aquele que executasse integralmente o tipo penal, agindo, portanto, de forma pessoal, pois, para Roxin: “quem pratica a conduta executória típica é sempre autor e quem preenche outro elemento do tipo, já não é, por isso senhor do fato” (2006, pág. 139).

Já no domínio funcional, que corresponde à coautoria, o indivíduo colabora de forma relevante com a realização do fato durante sua execução. Assim, possui o

domínio funcional do fato o agente que se encontra na posição de colaborador na execução do ilícito, existindo na empreitada criminosa uma divisão de tarefas. Com base nos ensinamento de Roxin, Lesch (2000, p. 75) descreve a coautoria:

O coautor não tem por si só o domínio integral do fato, mas do mesmo modo não exerce apenas um domínio parcial, senão o domínio pleno está nas mãos de muitos de tal modo que, embora eles somente possam agir conjuntamente, cada um, no entanto, tem o destino do fato integral nas mãos.

O que se extrai do pensamento de Lesch é que os agentes que praticam o crime de forma conjunta possuem o domínio individual da sua função na empreitada criminosa, e com a junção de cada conduta o grupo consegue obter o domínio pleno do fato criminoso.

Dessa estrutura de domínio funcional do fato, Roxin estabelece três requisitos para a caracterização da coautoria, que são: o planejamento conjunto do fato, a execução conjunta do fato e a prática de uma contribuição essencial à etapa da execução.

No domínio da vontade, que condiz com a autoria mediata, o autor executa o fato por meio de um terceiro, que despido de vontade própria pratica o fato sem possuir o domínio sobre o mesmo, pois sua pessoa pode ser substituída por outra na execução do ato.

Quanto a autoria mediata, Roxin entende que pode se configurar em três casos, no primeiro o agente que executa materialmente o fato age coagido pelo executor mediato, e a este pertence o domínio do fato, chamado pelo autor, nesse caso, de domínio da vontade em virtude de coação. No segundo caso, o autor que age por trás induz o executor em erro, nesse caso o autor mediato possui o domínio da vontade em virtude de erro de terceiro. No último caso, o autor mediato possui um aparato organizacional (trata-se de uma organização criminosa com poder de mando sobre membros subalternos para a execução de fatos criminosos), que garante a ele o poder de emitir ordens para agentes (que possuem caráter substitutivo) executarem a ação delituosa de forma imediata, podendo, desta forma, dispor do autor individual da ação, o que leva o autor mediato a ser possuidor do domínio da vontade, em virtude de aparatos organizados de poder.

Exposta as condições e casos em que o domínio do fato pode ser provavelmente aplicado, passaremos a explicar a teoria em sua essência.

### 3.9 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Como já mencionado, a teoria do domínio do fato foi criada com o intuito de distinguir o autor do partícipe. Roxin fundamentado no sistema diferenciador expõe que o domínio sobre o fato é mais um pressuposto de autoria, porém, trata-se de elemento suficiente para se constatar a autoria, levando a conclusão de que o sujeito que colabora com a ação, mas não possui domínio sobre ela, não poderá ser tratado como autor, mas sim como partícipe. Contudo, esse domínio deve ser constatado e avaliado no caso concreto, partindo de critérios interpretativos criados pela doutrina. Esses critérios, portanto, serão aplicados ao caso concreto pelo juiz, que decidirá com base neles, se o sujeito possuía ou não o domínio sobre o fato, e a depender dessa constatação, o sujeito será responsabilizado como autor ou partícipe.

Partindo dessa premissa o autor alemão usa como fonte de referencia para a definição de autor a figura central do acontecer típico, o que ocasiona a delimitação da contribuição do partícipe. Sendo assim, será partícipe quem não realizar o tipo, colaborando para o delito de outra forma, sendo sua punição dependente do preenchimento de outros pressupostos.

A concepção de domínio do fato é descrita de forma esclarecedora pelo autor Alflen, que diz: “a ideia de domínio do fato deve representar o critério determinante da autoria, mediante a aferição das relações do ser com o outro e o conseqüente resultado, o qual se caracteriza pela ofensa a um bem jurídico” (2014, p. 184).

O domínio do fato segue, portanto, a orientação dos critérios da tripartição teórica, como já mencionadas anteriormente, que são: o domínio da ação (autoria imediata), o domínio da vontade (autoria mediata) e o domínio funcional do fato (coautoria). O que leva o domínio do fato a ser um pressuposto do conceito de autor, não se empregando em todas as espécies de crime, portanto, não se aplica a ideia de domínio do fato nas chamadas infrações de dever (crimes próprios), nem nos crimes de mão própria e nos delitos culposos.

Depreende-se ainda da teoria do domínio do fato, que não é absoluto o entendimento de que o mandante (ou autor intelectual) seja sempre autor do crime. Muito menos, afirma a teoria que o membro de uma organização na qual possui uma função de chefia é tido automaticamente como autor, não existindo assim uma responsabilidade penal de mera posição hierárquica. Pois além de ter arquitetado o delito ou de possuir uma posição hierárquica superior na organização criminosa, o mandante tem que possuir domínio físico sobre o resultado, ou seja, sua atuação deve ser capaz de além de efetuar o ato delituoso, impedir que o mesmo ocorra.

Dissertando com maestria sobre a teoria, Bitencourt (2013, p. 557-558, grifo do autor) coloca:

*A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. Mas é indispensável que resulte demonstrado que quem detém posição de comando determina a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a simples “posição hierárquica superior”, sob pena de caracterizar autêntica responsabilidade objetiva. Autor, enfim, é não só o que executa a ação típica (autoria imediata), como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata).*

Assim sendo, a teoria do domínio do fato acarreta a punição apenas do sujeito que já seria responsabilizado, servindo apenas para indicar se o agente executor do fato seria incriminado como autor ou partícipe.

Em suma, descreve os autores Greco e Leite a respeito da função da teoria: “domínio do fato é uma *ratio*, um tanto abstrata, que orienta a construção das varias 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”.

Portanto, a teoria do domínio do fato tem em sua égide alguns aspectos básicos que necessita serem expostos.

O marco inicial para a aplicação da teoria do domínio do fato seria a delimitação da autoria por meio do critério do domínio do fato, pois, seguindo as orientações de Roxin, autor é aquele que possui o domínio sobre o fato, o que leva a crer que tal critério é suficiente para a delimitação da autoria, necessitando apenas limitar o alcance do domínio e das suas diretrizes. Além do mais, partindo da ideia que o autor possui domínio sobre o fato, por consequência também possui controle



sobre o resultado, o que levar a conclusão de que o domínio sobre o fato também se caracteriza como domínio sobre a ofensa ao bem jurídico, assim esclarece Alflen (2014, p. 188):

A ideia de domínio do fato, portanto, supõe o domínio do resultado, logo, assenta no domínio sobre a realização típica, porém, tal realização típica orienta-se pelo resultado danoso ou pelo resultado perigoso, mais precisamente, pela ofensa ao bem jurídico. Apenas desse modo se pode conceber uma ideia de domínio do fato pragmaticamente profícua, ou seja, orientada por uma perspectiva ontológico-relacional, já que, somente assim, tem-se em vista o desvalor do resultado danoso e o desvalor do resultado perigoso.

O domínio do fato também se expressa pelo seu conceito material, pois, já que não se trata de um termo jurídico, deve ser explicado por meio de uma concepção “tangível”. Sabe-se que o sujeito possui domínio sobre o fato quando ele é senhor do ato que planeja executar, desse modo, o domínio se expressa em forma de poder, de administração do fato. Sendo assim, o agente que possui o domínio sobre a execução do fato criminoso pode efetuar o ato, pode interromper sua realização e impedir que o ato ocorra, exercendo assim o poder (em seu sentido amplo) e controle sobre o ato.

Como forma de ser mais bem utilizado como embasamento teórico, o domínio do fato deve também ser conceituado de forma descritiva, delimitando desta forma a concepção de autoria, além de distinguir suas modalidades, esclarecendo, assim, sua sistemática e facilitando a sua aplicação.

O conceito descritivo de domínio do fato é compatível apenas com um sistema diferenciador ou unitário funcional, ou seja, o que prega ou pelo menos aceita a distinção entre autor e partícipe. Assim sendo, a concepção descritiva de domínio do fato seria segundo Alflen: “[...] a possibilidade de controlar, em razão do poder de condução, a realização típica – com todas as suas circunstâncias, no momento e na forma mais apropriada – e o respectivo resultado delitivo” (2014, p. 192-193).

Demarcando ainda mais o campo de atuação da teoria do domínio do fato, Roxin entende que sua aplicação só deve ser praticada na seara dos crimes comissivos e omissivos dolosos, não que isso leve a entender que a teoria por ele criada seja apenas uma extensão da teoria do dolo, o que acontece é que o agente que comete um crime culposos não age com o intento do praticá-lo, levando a

conclusão que o sujeito não possui o domínio sobre o fato, pois o resultado não foi por ele querido ou aceito.

A teoria em comento utiliza o domínio sobre o fato como critério para a constatação da autoria, contudo, o ponto alto dela é a responsabilização do agente que age por trás. Isso é possível devido a concepção tripartite de autoria, pois, o homem por trás do fato (autor mediato) é aquele que dá a ordem, que faz o planejamento do crime e presta meios para sua execução, contudo, não realiza a conduta material, pois faz uso de um terceiro - que devido a posição de poder que exerce o autor mediato sobre ele torna-o substituível - que pratica o verbo núcleo contido na norma incriminadora, ou seja realiza a conduta material. Conclui-se, portanto, que o autor mediato possui pleno poder sobre a execução e conseqüentemente sobre o resultado do ato delituoso, pois, é ele possuidor do domínio do fato, o que o leva a ser responsabilizado como autor e não apenas como partícipe, como assim prevê a teoria.

Assim sendo, esse homem por trás que possui aparatos de poder, geralmente faz parte de uma organização criminosa e possui nela uma posição hierárquica que o concede comando sobre os agentes que executam materialmente o tipo penal. Isso levou a teoria a ser utilizada amplamente em vários sistemas jurídicos, principalmente em crimes praticados por organizações empresariais e grupos políticos - na nossa realidade - responsabilizando aqueles que possuem cargos de direção, em alguns casos são eles responsabilizados apenas por possuírem tais cargos de chefia, não existindo muitas vezes uma carga probatória substancial, o que tem gerado ampla discussão no mundo jurídico a cerca da teoria.

O judiciário brasileiro tem adotado a teoria do domínio do fato cada vez mais, sendo ela utilizada como meio de responsabilizar agentes delituosos que praticam crimes em conjunto, seja por meio de concurso de pessoas, seja através de organizações criminosas, levantando discussões sobre a compatibilidade de tal teoria com o sistema jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito ao art. 29 do Código Penal brasileiro.

## **4 ANÁLISE ACERCA DA COMPATIBILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

A teoria do domínio do fato, apesar do seu considerável tempo de existência, só passou a ser reconhecida e utilizada internacionalmente a poucas décadas atrás. Essa atratividade que causa a teoria se deve a sua ampla previsão de modalidades de autoria, da qual se destaca a autoria mediata quando prevista nos crimes realizados por organizações empresariais, sejam formadas por grupos de empresa, de políticos ou até mesmo pela junção dos dois.

No Brasil, a teoria do domínio do fato teve reconhecimento significativo quando foi utilizada como embasamento teórico na Ação Penal nº 470 (caso mensalão), o que deu visibilidade nacional a teoria, passando a ser usada dali em diante pelo judiciário brasileiro.

No entanto, essa aplicação teórica fez surgir inúmeros questionamentos sobre a validade da teoria do domínio do fato diante do sistema jurídico brasileiro, mais especificamente em relação ao Código Penal nos dispositivos que tratam do concurso de pessoas. Para muitos estudiosos da obra de Roxin a teoria vem sendo usada de forma errônea, devido à interpretação superficial e equivocada realizada por grande parte da doutrina brasileira.

Assim sendo, torna-se essencial o estudo de casos em que a teoria serviu de fundamento para a constatação da autoria e participação, além da análise que deve ser feita entre as formas de interpretação adotadas pela doutrina e jurisprudência brasileira, culminando no reconhecimento da compatibilidade ou incompatibilidade da teoria do domínio do fato com ordenamento jurídico brasileiro.

### **4.1 A IDEIA DE DOMÍNIO DO FATO RETRATADA PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Com a propagação da teoria do domínio do fato em outros países, a doutrina brasileira passou a discutir e dissertar sobre a mesma, ocasionando em

interpretações doutrinárias que acabariam por serem utilizadas como fundamentação nas tomadas de decisões pelo judiciário brasileiro.

Muitos dos julgados que adotaram o conceito de domínio do fato para delimitar a concepção de autoria, pecaram na sua aplicação, pois o que se tem visto nas sentenças e acórdãos prolatados pelo judiciário brasileiro é a concepção errônea ou incompleta da teoria, isso devido a uma grande parte dos autores e juristas brasileiros terem interpretado o conceito de domínio do fato de forma superficial.

Além disso, a teoria do domínio do fato tem sido aplicada como uma forma de punição, servindo como meio de enquadrar indivíduos – que seriam considerados como partícipes ou até mesmo “inocentes” - como autores na empreitada criminosa. Logo a teoria é usada com a finalidade de indicar se o sujeito é autor ou partícipe, contudo, baseada em pressupostos discrepantes com a sua verdadeira concepção, servindo muitas vezes de argumento para condenar réus em processos com baixa carga probatória, tomando como base muitas vezes a posição hierárquica ocupada pelo sujeito entre outros critérios.

Na Apelação Criminal nº 70039361084, julgada pelo TJRS, de relatoria do Desembargador Baldino Maciel, a teoria do domínio do fato foi empregada com a finalidade de responsabilizar um dos participantes da empreitada criminosa como autor do delito. No caso em tela, Fulano realizou a conduta de adentrar em um veículo e furtar um aparelho de som, enquanto Ciclano, seu comparsa, aguardava em seu carro com o intuito de prestar auxílio a Fulano em sua fuga, como assim aconteceu. Não resta dúvidas que Fulano, praticante do verbo núcleo do tipo penal, deve ser responsabilizado a título de autoria, contudo, Ciclano que prestou auxílio para sua fuga também foi responsabilizado como autor do delito com fundamento no conceito de domínio do fato.

Nesse caso, o tribunal aplicando a teoria demonstrou que o planejamento da prática do crime foi arquitetado em conjunto pelos dois sujeitos, e as condutas, que apesar de terem sido praticadas de formas diversas e não simultânea, também se realizaram conjuntamente, o que leva a adequação aos dois pressupostos previstos por Roxin. No entanto, Segundo Alflen (2014, p. 175), o ponto vago da fundamentação está no terceiro pressuposto da teoria, pois, para que Ciclano fosse possuidor do domínio do fato, além de planejar e realizar o fato criminoso

conjuntamente, a conduta de Ciclano deveria ser relevante para a eficácia da execução do delito, o que foi esquecido pelo tribunal, que não verificou a significância da conduta de Ciclano, e sem essa constatação, o mesmo deveria ser tratado como partícipe e não como autor, seguindo os ensinamentos do jurista alemão.

Outro caso em que a teoria do domínio do fato foi aplicada, fato esse semelhante ao anterior, foi na Apelação nº 11146937, julgada pelo TJPR, que teve como relator o Desembargador Luciano Carrasco. Nessa oportunidade, o sujeito “X” usou de violência pra subtrair da vítima “Z” uma mochila que continha alguns pertences, enquanto “Y” esperava em seu automóvel para assegurar a fuga de “X”, que conseguiu com a ajuda do seu comparsa se evadir do local, sendo preso pouco tempo depois.

Nos autos do processo, “Y” alegou que sua conduta foi de menor importância, o que ocasionaria na sua desqualificação de autor para partícipe. Contudo, dessa vez de forma integral, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, alegou que a conduta perpetrada por “Y” não se enquadrava em uma participação de menor importância, pois, aplicando a teoria do domínio do fato, ficou constatado que “Y” planejou e executou conjuntamente com “X” o empreendimento criminoso, além de ter valorado a sua conduta, chegando a conclusão que sua colaboração foi indispensável para a realização do crime, se adequando perfeitamente a sua conduta aos pressupostos de autoria previstos por Roxin, caracterizando assim o instituto da coautoria, ou seja, além de “X”, “Y” também possuía o domínio funcional sobre o fato.

A aplicação da teoria do domínio do fato, como relatado nos casos anteriores, ainda causa certa imprecisão quanto a sua real concepção e interpretação, o que leva a teoria a ser utilizada de forma rasa. Grande parte dos aplicadores do direito usa a teoria como um critério mecânico, como acontece na maioria das fundamentações em crimes praticados por organizações empresariais. No entanto, também é notável contribuição da teoria para a melhor distinção entre autor e partícipe, o que vela ao questionamento se a teoria seria viável para a nossa realidade jurídica.

#### **4.1.1 Emprego da teoria do domínio do fato nos crimes praticados por organizações empresariais**

No Brasil, a relevância do emprego da teoria do domínio do fato é constatada principalmente nas infrações penais realizadas por organizações empresariais. Isso se deve a previsão do instituto da autoria mediata realizada por meio de aparatos de poder.

Por isso, é retratado no cenário nacional que a teoria do domínio do fato seria uma inovação no sistema jurídico, trazendo melhorias satisfatórias quanto a delimitação do instituto da autoria. Além do que, a teoria do domínio do fato tem sido transmitida como uma forma de punir membros da alta classe econômica do país, como nos casos de crimes praticados por organizações empresarias e grupos políticos, como ocorreu no “mensalão” (GRECO; TEIXEIRA, 2014, p. 82). Entretanto, essa questão de rotular os diretores e membros que ocupam cargos de chefia, em instituições com grande poder econômico, sempre como autores dos crimes praticados por meio de tais organizações, se baseado em critérios da teoria do domínio do fato é um tanto quanto incoerente, pois, como já foi mencionado anteriormente, a teoria em questão não adota um sistema punitivo baseado apenas na posição hierárquica ocupada pelo agente, é necessário que exista contra o indivíduo elementos probatórios substanciais para a incriminação do mesmo.

Dito isto, é de suma importância a análise de casos que foram julgados pelo judiciário pátrio a luz da teoria do domínio do fato.

Na ação Criminal nº 2006.70.00.001072-1, julgada pela sétima turma do TRF da 4ª Região, em 29/05/2012, e tendo como Rel. o Desembargador Federal Luiz Carlos Canalli, nela foram responsabilizados pelo crime de gestão fraudulenta os responsáveis legais e administradores com poderes de direção da empresa “AADC S/A”. No mencionado caso, agiam quatro indivíduos, que serão denominados de “A”, “B”, “Y” e “Z”. Esses sujeitos foram denunciados por administrar fraudulentamente uma instituição financeira, além de desviarem em proveito próprio e se apropriarem de recursos de grupos de consórcios administrado pela empresa da qual faziam parte.

Esse proveito obtido de forma irregular era realizado por meio de contemplação de pessoas antes dos demais consorciados, operando sem a aprovação destes, agindo por meio de pagamentos de créditos com fim diverso do previsto na norma e sem a documentação obrigatória. Tais desvios ocorriam mediante créditos que eram destinados a empresa “RA Ltda”, de propriedade de “A”, como também através de créditos destinados diretamente a “A” e “B”.

Para incriminar todo o grupo, o juiz de primeira instância aplicou a teoria do domínio do fato se baseando na concepção de que o crime de gestão fraudulenta se amolda a categoria dos delitos denominados por Roxin de crimes de infração de dever (crimes próprios). Fundamentando sua tese principal, o magistrado de primeira instância entendeu que essa categoria de delito propõe que os agentes que atuam positivamente em desfavor da instituição, agindo ilegalmente, são responsabilizados como autores do delito, mesmo que outro indivíduo possua o domínio sobre o fato, pois sempre que um sujeito deixar que uma instituição seja lesionada, não agindo com o intuito de impedir as tratativas criminosas e intervindo positivamente para a prática do delito, irá incidir em um delito de infração de dever. Desta forma, o juiz concluiu que as condutas dos indivíduos levaram a condenação de todos, a título de autoria, pela prática do crime previsto no art. 4º, da Lei 7.492.86.

No entanto, em caráter recursal, o TRF da 4ª Região efetuou o redimensionamento da pena dos acusados com base em outra vertente da teoria do domínio do fato. O tribunal entendeu que a ré “Y” não foi autora do crime e sim partícipe, pois não possuía o cargo de dirigente, tendo a mesma atuado apenas como procuradora da empresa e do sócio “A” por meio de mandato, exercendo em nome deste atividade de gestão ao realizar as condutas de assinar cheques e outros documentos utilizados na empreitada criminosa. Enquanto “B” continuou a ser intitulado de autor, pois possuía o cargo de Diretor-Superintendente da empresa, além de ter sido beneficiado diretamente pelos atos realizados, também por meio de assinaturas de cheques e outros documentos. “A” também foi responsabilizado como autor por ser sócio na empresa “RA Ltda” destinatária dos desvios efetuados pelo grupo, sendo dono de 99% do capital social da empresa, portanto, sendo beneficiário direto do esquema criminoso. Por último, “Z” também foi

incriminado como autor do delito, pois era possuidor de 1% do capital social da empresa “RA Ltda”, além de ter realizado atos para a empreitada criminosa, igualmente as condutas perpetradas por “B” e “Y”.

Conforme o entendimento de Alflen (2014, p.181), tendo como base a real interpretação da teoria, tanto o juiz de primeiro grau, quanto a sétima turma do TRF da 4º região erraram na aplicação da teoria. Primeiramente, o juiz de primeira instância prega que ao se tratar de delito de infração de dever deve-se tratar todos os participantes do crime como autor, o que não é verdade, principalmente em um Estado Democrático de Direito no qual vivemos, pois, deve haver por parte de cada indivíduo a ofensa ao bem jurídico protegido, além da valoração da conduta de cada sujeito envolvido no crime, para só assim se concluir pela autoria ou participação dos envolvidos. Já o Tribunal acertou parcialmente ao imputar a “Y” a qualidade de partícipe, por entender que devido a ela não ser membro do quadro de dirigentes da empresa, não poderia ser responsabilizada como autora, contudo, a simples questão dela não ocupar um cargo de chefia na empresa não pode ser visto como critério absoluto na classificação do agente como partícipe do crime, pois para uma correta responsabilização deve haver a valoração da conduta prestada pelo agente, concluindo pela sua menor ou maior importância, como também não pode ser o dirigente da empresa sempre tratado como autor apenas por ocupar um cargo de chefia, tendo, também, que ser sua conduta avaliada no momento da imputação da autoria ou participação.

Na Ação Penal nº 470, o procurador-geral da República deu início a um dos maiores processos contra a corrupção no nosso país. Ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a denúncia feita pelo Ministério Público Federal descrevia a criação de uma organização criminosa composta por empresários, políticos, marketeiros etc.

As acusações presentes na denúncia afirmavam que a partir das eleições de 2002 foi criado um grupo para consolidar e propalar a permanência da base governista, então ocupada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), no poder. Essa organização visava à compra de apoio político, com o intuito de promover o financiamento das campanhas políticas passadas e futuras.



Na ação penal os réus foram divididos em núcleos, que ficaram conhecidos como o núcleo político, formado por José Dirceu, Delúbio Soares, Sílvio Pereira e Józse Genoíno, o núcleo financeiro, formado pelos membros do Banco Rural, além do núcleo publicitário, responsável por intermediar as ações do núcleo político com o núcleo financeiro.

Os membros do Banco Rural eram os responsáveis pela prática de inúmeras fraudes que caracterizavam crime de gestão fraudulenta, como as renovações sucessivas de empréstimos sem garantias que preservassem o equilíbrio do sistema financeiro nacional, empréstimos esses que eram direcionados ao Partido dos Trabalhadores ou as empresas dos membros do núcleo Publicitário.

Partindo dessa explanação e adentrando na parte do julgamento dos réus do mensalão, é de suma importância à transcrição de parte do voto da ministra Rosa Weber (AP 470, fls. 52776), assim descrito:

Quando há vários concorrentes, tem-se de esclarecer qual a carga de aporte de cada um deles para a cadeia causal do crime imputado. Caso contrário, será impossível aplicar a teoria monista contida no artigo 29 do Código Penal. Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa. Mal comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os generais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais. Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que pode evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria.

Nota-se no voto da ministra um desacerto em relação à aplicabilidade da teoria do domínio do fato como indicativo de presunção da responsabilidade criminal dos dirigentes de instituições financeiras, pois, como já explicitado, o reconhecimento da teoria do domínio do fato por aparatos de poder depende do reconhecimento de circunstâncias concretas que possam comprovar a qualidade do sujeito senhor do fato.

A ministra Rosa Weber ainda cita o seguinte trecho: “nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes” (AP 470, fls. 52776). Analisando esse fragmento, conclui-se que dessa presunção resultam duas consequências, a de que é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão e a de que os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia casual não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção *júris tantum* de autoria.

O ministro Luiz Fux também citou o domínio do fato em seu voto, demonstrado as premissas teóricas que dizem respeito aos crimes contra o sistema financeiro nacional, anunciando a moderna dogmática jurídico-penal que diz: “os coautores seriam aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal” (AP 470, fls. 54309). Contudo, ao citar tal concepção da teoria do domínio do fato, o ilustre ministro a mencionou apenas de forma genérica, não contextualizando o domínio do fato a modalidade referente ao fator de enquadramento penal.

Além disso, se constatou no acórdão do julgado a transcrição de posicionamentos doutrinários que eram conflitantes entre si, fundamentando as decisões tomadas em conceitos diferentes dos previsto por Roxin, pois, em momento algum se fez referência ao conteúdo da teoria e dos critérios utilizados pelo jurista alemão para que pudesse se constatar o se e o por que do indivíduo deter o domínio do fato. Isso fica claro na passagem do acórdão em que se faz menção a concepção welzeliana de domínio do fato, ao dizer que um dos acusados possuía o domínio final dos fatos, e logo em seguida afirmar que o mesmo acusado detinha o domínio funcional do fato, termo este utilizado por Roxin para delimitar a coautoria, diferentemente do adotado por Welzel como domínio final do fato.

Seguindo esse ponto de vista do uso incorreto da teoria, Alflen (2014, p. 182, grifo do autor) ainda defere duras críticas ao julgado:

O grau de desvirtuamento da teoria é estratosférico, visto que, partindo de posicionamento completamente obsoleto, frisou-se em determinado momento que “*presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispões o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime*”. Não se pode admitir na ordem jurídica brasileira a presunção de domínio do fato, de modo que, a simples disposição de ato institucional não atribui o poder de condução a ninguém. De outra sorte, observa-se que a corte sequer conseguiu situar o domínio do fato na estrutura do conceito analítico de crime, chegando a esdrúxula afirmação de que o domínio do fato consiste em elemento da

*culpabilidade, ao “o fato de se tratar de empregada e, como tal, de trabalhadora subordinada, e de não dispor de poderes sobre o patrimônio da sociedade empresária não afasta, isoladamente, o domínio do fato delitivo, elemento da culpabilidade”.*

Dito isto, segundo o ponto de vista do autor, fica evidente o mau uso da teoria pelo STF, como meio para realizar a delimitação da autoria aos acusados, utilizando a mesma de forma superficial e desconexa na maioria das vezes, ou até mesmo fazendo uma junção entre as concepções de Welzel e Roxin.

Portanto, diante do exposto nos julgados realizados pela jurisprudência pátria, constata-se que existe considerável deficiência sobre a real concepção e conteúdo da teoria do domínio do fato. Além do que, ao se afirma no caso “mensalão” que a teoria do não fere o ordenamento jurídico brasileiro, se abriu inúmeras portas para a discussão de sua compatibilidade ou incompatibilidade com o sistema jurídico brasileiro.

#### 4.3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Diante do exposto nos capítulos anteriores, resta ser analisada a compatibilidade da teoria com o sistema jurídico pátrio. Ou seja, a teoria do Domínio do Fato se adéqua as regras previstas no nosso ordenamento jurídico?

Como é sabido o Código Penal brasileiro adota no seu artigo 29 a teoria monista ou unitária, isso quer dizer que quando um ilícito é realizado por mais de um agente, ou seja, em codelinquência, persiste a existência de apenas um crime, contudo, todos os participantes da infração serão responsabilizados, o que caracteriza um direito penal do fato e não do autor. No entanto, na última parte do artigo 29, que diz que todos incidem nas penas cominadas ao crime “na medida de sua culpabilidade”, ocorrerá a valoração da conduta prestada pelo agente, o que leva a uma justa dosagem da pena, tendo como referência o valor da contribuição prestada pelo indivíduo para a prática do crime.

Sendo assim, a doutrina passou a entender que o art. 29 do Código Penal prevê um tipo de teoria unitária formal, que se sustenta em um conceito extensivo de autor, com fundamento em uma base causal (GRECO; TEIXEIRA, 2014, p. 68).

Em relação ao parágrafo primeiro do art. 29 do CP, que prevê a participação de menor importância (que traz uma causa de diminuição de pena, quando a colaboração prestada pelo agente for de menor importância, podendo ter sua pena reduzida de um sexto a um terço), tal instituto não se refere diretamente ao conceito genérico de partícipe, pois, em se tratando de concurso de pessoas até mesmo um dos autores pode ter contribuído de forma menos essencial que os outros, ou até mesmo que um partícipe. Com isso, nota-se que tal dispositivo não ampara nem exclui a possibilidade de um conceito restritivo, não impedindo assim que a teoria do domínio do fato se adequasse ao ordenamento jurídico.

O segundo parágrafo do art. 29 do CP trata da participação dolosamente distinta, que ocorre quando dois ou mais agentes planejam executar uma infração penal e durante sua execução um dos agentes decide se exceder e praticar uma conduta que prevê uma punição mais rigorosa, o que leva o outro indivíduo, que tinha o dolo de praticar apenas o delito já planejado, a responder apenas pelo seu dolo e caso fosse previsível a conduta do outro sujeito, sua pena seria aumentada até metade. Assim como o instituto previsto no parágrafo primeiro, este não impede a adoção de um conceito restritivo de autor, não sendo, também, um empecilho para a teoria.

No entanto, o artigo 30 do Código Penal ao tratar da comunicabilidade de circunstâncias vai de encontro ao conceito restritivo e diferenciador de autor, pois iguala os agentes que realizam delitos especiais e próprios (os chamados delitos de dever segundo Roxin) quando um dos sujeitos não possui os elementos que caracterizam a infração. Essa equiparação é típica de um conceito extensivo de autor, pois considera autor todo aquele que realiza o tipo, que concorre para prática do delito, só sendo possível essa equiparação em um sistema unitário de autor.

No que diz respeito à tentativa de participação, descrita no art. 31 do CP, o instituto serviria como limitação ao artigo 29, pois segundo o dispositivo só é punível o partícipe quando o crime chega a ser ao menos tentado, o que torna a existência da participação dependente de um fato principal.

Em uma visão mais simples, esse dispositivo seria parte de um modelo extensivo de autor, contudo, é possível a interpretação de que o artigo traz uma ideia de acessoriedade, dando margem a um conceito restritivo de autor e a um sistema diferenciador. Já que, além da ideia de acessoriedade o artigo prevê as

modalidades de participação, o que pode ser entendido como um avanço diante do sistema unitário de autor, tradicionalmente utilizado pelo Código Penal.

Isso leva a conclusão de que o disposto no artigo 31 do CP pode ser interpretado tanto de maneira benéfica quanto maléfica para a utilização da teoria no sistema jurídico brasileiro.

Partindo da premissa de que o ordenamento jurídico brasileiro adota um sistema unitário de autoria, Alflen (2014, p. 244) o contrapõe a teoria do domínio do fato, pois, segundo o seu entendimento, Roxin desenvolveu a teoria rechaçando o sistema unitário de autor, já que sua teoria teria como base fundante o sistema diferenciador, no qual autor e partícipe são expressamente diferenciados, levando o autor a propor uma forma de adequar a teoria ao complexo normativo pátrio.

Assim sendo, Alflen coloca que no contexto brasileiro a teoria do domínio do fato poderia ser aplicada de acordo com um sistema unitário funcional de autor, já que esse sistema propõe a diferenciação entre autor e partícipe, contudo, a teoria seria empregada de acordo com alguns critérios, como descreve Alflen (2014, p. 244):

O ponto de partida da teoria do domínio do fato, no contexto brasileiro, consiste no sistema unitário funcional de autor, o qual admite a diferenciação entre os participantes no fato punível, o que levaria o legislador brasileiro a adotar o sistema unitário funcional de autoria, o que implica no rechaço às teorias edificadas sobre a base de um sistema diferenciador (como a de Welzel e a de Roxin), mas não a ideia de domínio do fato, de modo que é necessário construir uma concepção que coadune com o sistema brasileiro vigente. Além disso, o domínio do fato deve ser delimitado em seu conteúdo, de modo a representar um critério legítimo para a definição da autoria, sobretudo, nos casos de crimes praticados por meio de organizações empresariais, sendo que isso implica a observância às diretrizes normativas pelo legislador brasileiro.

Logo, para que a teoria se torne compatível com o sistema jurídico brasileiro, é necessário que ocorra mudanças no ordenamento jurídico, que passaria a adotar um novo sistema de autoria baseado em um conceito restritivo de autor, aderindo a uma concepção de domínio do fato que delimitasse as modalidades de autoria.

Com isso fica claro que o jurista defende que a teoria do domínio do fato vai de encontro ao ordenamento jurídico pátrio, sendo essencial a modificação pelo legislador das normas do Código Penal atinentes a autoria, para que só assim a teoria possa ser utilizada de forma correta e legal.

Corroborando do mesmo pensamento de Alflen sobre a não compatibilidade da teoria do Domínio do fato e o ordenamento jurídico pátrio, Greco e Teixeira fazem uma avaliação da teoria em relação aos artigos que dizem respeito à autoria e ao concurso de pessoas. Contudo, os autores pregam que a adequação da teoria ao sistema jurídico pátrio não necessita de uma renovação legislativa, mas sim de uma nova interpretação normativa.

Portanto, segundo Greco e Teixeira (2014, p.69), feita uma análise superficial do artigo 29 do Código Penal brasileiro, conclui-se que o conceito de autoria adotado tem como base o conceito extensivo de autor, apresentando elementos de um sistema unitário, o que leva a uma não distinção entre autor e partícipe, existindo apenas uma valoração da conduta acarretando na individualização do injusto, da culpabilidade e da pena, culminando na dosimetria da pena aplicada aos agentes delituosos, não sendo, assim, adequável a teoria, que tem como base um conceito restritivo de autor, entre outras diferenças.

No entanto, os autores defendem a tese de que a o artigo 29 do Código Penal poderia ser interpretada de uma forma diferente, o que levaria a uma possível harmonização entre a teoria e o ordenamento jurídico pátrio. Assim prelecionam Greco e Teixeira (2014, p. 70):

Parece ainda assim, haver espaço para uma interpretação alternativa. Segundo essa interpretação, o art. 29, caput, teria natureza dúplice, abarcando, numa formulação vaga (concorrer de qualquer modo) tanto os autores, quanto os partícipes. No que respeita ao primeiro aspecto, à autoria, o dispositivo teria caráter declaratório. A rigor, ele repetiria o que já dizem os tipos da parte especial: que mata, lesiona, subtrai é autor, uma vez que autoria é realização do tipo. A importância do dispositivo estaria, assim, na sua segunda dimensão, referida aos partícipes, aos que não matam, lesionam ou subtraem, e que por isso só podem ser punidos se seu comportamento for compreendido por uma norma de extensão da punibilidade. O art. 29, caput, CP seria essa norma, que teria, nesse aspecto, natureza constitutiva. Como essa interpretação restringe o sentido literal possível do termo – concorrer de qualquer modo –, que tradicionalmente é interpretado em conjunto com o art. 13, caput, CP, não há óbice fundado no princípio *nullun crimen sine lege*.

Diante o exposto, os autores justificam que a teoria do domínio do fato teria utilidade no ordenamento brasileiro se o artigo 29 do CP pudesse ser visto pelos aplicadores do direito como uma norma dúbia, passível de uma interpretação diferente, na qual mesmo que prevista uma definição que aponte para um modelo extensivo e unitário de autor, pudesse ser reinterpretada com fundamentos em um

modelo restritivo e diferenciador, o que daria margem a um amoldamento, no qual a norma fosse ao encontro da teoria.

Outro autor que faz referência à teoria do domínio do fato é Nucci. Para ele a teoria não teria aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, pois, tal teoria só faria sentido em ordenamentos jurídicos que adotassem claramente a distinção entre autor e partícipe, o que não é o caso do Código Penal brasileiro, segundo o próprio autor.

No entanto, essa questão do Código Penal brasileiro adotar um conceito extensivo de autor, baseado na teoria unitária ir de encontro à teoria do domínio do fato (já que essa adota o conceito amplo de autoria assentado no sistema diferenciador), não foi motivo suficiente para impedir que os aplicadores do direito fizessem uso da mesma como embasamento teórico em suas decisões, assim como ocorreu em diversos julgados.

Isso pode ter sido resultado da interpretação de uma corrente doutrinária minoritária que prega ser cabível a adoção da teoria do domínio do fato em conformidade com as disposições normativas do sistema jurídico brasileiro.

Damásio de Jesus (2009, pág 31) é um dos poucos doutrinadores a entender que a teoria do domínio do fato é plenamente compatível com o ordenamento pátrio, pois, para ele a teoria adotada pelo Código Penal no seu artigo 29 é a restritiva de autoria, já que com a combinação entre os artigos 29 e 62 existe a diferenciação entre autor e partícipe, o que não impede a utilização da teoria do domínio do fato, do contrario, para o autor a teoria serviria como acabamento para os tipos de autoria.

Assim Jesus (2009, p. 32) preconiza na sua obra:

É a teoria que passamos a adotar, em outras palavras, nossa posição adere à teoria do domínio do fato, que é uma teoria que complementa a doutrina restritiva formal-objetiva, aplicando critério misto (objetivo-subjetivo). De notar, pois, que a teoria do domínio do fato não exclui a restritiva. É um complemento. Unem-se para dar solução adequada às questões que se apresentam envolvendo autores materiais e intelectuais de crimes, chefes de quadrilha, sentinelas, aprendizes, motoristas, auxiliares, indutores, incentivadores etc.

Logo, seguindo esse entendimento, o autor defende que a adoção apenas da teoria restritiva não seria suficiente para abarcar todos os casos de autoria, sendo

necessária a adoção da teoria do domínio do fato, que nada tem de inadequada com as normas pátrias.

É notável que a maioria doutrinaria defende a não compatibilidade da teoria do Domínio do Fato com o ordenamento pátrio. No entanto, os autores traçam meios interpretativos e até mesmo mudanças legislativas com a finalidade de harmonizar a teoria com nosso sistema jurídico, o que levaria a flexibilização do Código Penal e acarretaria na correta aplicação da teoria.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcurso do trabalho foi mencionado como está previsto o concurso de pessoas no nosso ordenamento jurídico. Primeiramente, como foi tratado e exposto por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudências, o artigo 29 do Código Penal (CP) brasileiro adota um sistema unitário de autor, no qual, baseado em um conceito extensivo, autor seria todo aquele que colabora para prática do crime. Contudo, também existem posições antagônicas a esse respeito, que mesmo se tratando de corrente minoritária não pode deixar de ser mencionada, como é o caso do posicionamento de Damásio de Jesus, ao defender que o CP, no seu art. 29, adota a teoria restritiva de autoria.

Mesmo seguindo pela linha unitária, o CP ao prevê na última parte do art. 29: “na medida de sua culpabilidade”, dá margem a uma interpretação diferente, na qual se trataria a primeira parte do dispositivo de uma teoria unitária de autor, seguida de uma segunda parte responsável por uma evolução no modelo unitário, revelando uma distinção entre autor e partícipe, adotando, portanto, um sistema, também, diferenciador, levando por consequência ao entendimento de que o artigo 29 trata-se de uma norma de interpretação dúbia.

Contudo, seguindo precedentes do Superior Tribunal Federal (STF), o Código Penal brasileiro adotou o sistema unitário de autor, o que leva à conclusão de que a última parte do art. 29 prevê apenas uma dosagem de pena de acordo com a contribuição prestada por cada participante, ou seja, na medida de sua culpabilidade, exceto quando se tratar dos casos de participação expressamente previsto no CP.

Usada como forma para diferenciar a conduta do autor e do partícipe, a teoria do domínio do fato surgiu primeiramente por meio do desenvolvimento do conceito de domínio do fato, que foi citado primitivamente por Hegel e mais bem tratado por Welzel. No entanto, o conceito de domínio do fato e a sua teoria só alcançou reconhecimento internacional a partir do seu aperfeiçoamento, que foi realizado no ano de 1963 pelo jurista alemão Claus Roxin.

Deste modo o conceito de domínio do fato pegou o seu primeiro fôlego com a referência feita por Hegel e passou a tomar forma e conteúdo com Welzel, que

baseado em um sistema funcional conceituou o domínio final do fato como sendo um pressuposto fático da autoria, partindo do entendimento de que autor é o senhor sobre a decisão e a execução da vontade final de realizar o fato.

Mais tarde, Claus Roxin fundamentado em um sistema diferenciador de autoria, aprimorou a teoria, que passou a ser chamada por ele de teoria do domínio do fato. A partir daí, foi exposto que a teoria teria como propósito sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, sendo descrita como uma teoria objetivo-subjetiva, que tem como finalidade descrever as condutas que diferenciam o autor do partícipe do delito. Portanto, seguindo a linha de pensamento relatada por Roxin, autor seria aquele que possui poder de decisão sobre a realização do fato, sendo necessário que fique demonstrado que o agente possui o controle sobre a execução do fato, sendo irrelevante a posição hierárquica ocupada por ele. Enfim, autor é aquele que além de executar a ação típica, pode fazer uso de um instrumento para a execução do crime, sem, no entanto, perder o controle sobre a realização e resultado do fato delituoso.

No entanto, parte da doutrina brasileira retratou a teoria desenvolvida por Roxin, de forma errônea, realizando análises superficiais, muitas vezes embaralhando conceitos que foram expostos durante o surgimento da teoria. Logo, essas interpretações rasas levaram a jurisprudência pátria a fazer mau uso da teoria, como foi demonstrado nos apontamentos realizados em casos concretos em que foi aplicada a teoria.

A partir dessa necessidade da jurisprudência pátria de utilizar tal teoria, surge o questionamento sobre a possível adequação do nosso ordenamento jurídico com a teoria do domínio do fato. Indagação essa que resultou na dissertação de posicionamentos doutrinários acerca da compatibilidade ou incompatibilidade da teoria com o complexo normativo brasileiro.

Diante do que foi apresentado, conclui-se que os dispositivos que regulam o concurso de pessoas trazem algumas dificuldades para a adequação da teoria, pois o principal problema que se verificou foi a adoção do sistema unitário de autoria, baseado em um conceito extensivo de autor, no qual é autor todo aquele que concorre para o crime, levando o ordenamento jurídico brasileiro a ir de encontro a teoria do domínio do fato, pois esta foi desenvolvida por Roxin fundamentada em um sistema diferenciador que se baseia em um conceito restritivo de autor, o que prevê

expressamente a diferença entre autor e partícipe, depreendendo daí, mesmo que presente posicionamentos diferentes, que a teoria não é compatível com a nossa legislação penal, especificamente com os artigos 29 e 31, que tratam respectivamente da autoria e comunicabilidade de circunstâncias.

Contudo, como também apontado pela doutrina, a teoria é um avanço para a delimitação da autoria nos crimes praticados em concurso de pessoas, o que torna viável a mudança no ordenamento jurídico, visando uma alteração para um sistema diferenciador ou até mesmo unitário funcional, que previsse expressamente a distinção entre autor e partícipe ou que fosse ao menos possível a distinção, atualizando dessa forma nossa concepção de autoria e abrindo caminho para a teoria do domínio do fato e para a solução de problemas referentes ao concurso de pessoas.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLA, Gabriel Mendes. **A Teoria do Domínio do Fato: evolução dogmática e principais características.** Disponível em: < <http://gabrielabdalla.jusbrasil.com.br/artigos/140774358/a-teoria-do-dominio-do-fato> >. Acesso em: 38 mar. 2016.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jun. 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97652/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Joaquim Barbosa. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 03 agosto 2009. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712294/habeas-corpus-hc-97652-rs> >. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal nº 2014031338392/DF – Distrito Federal. Relator: Sousa e Avila. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 26 novembro 2015. Disponível em: < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/263971883/apelacao-criminal-apr20140310338392> >. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação nº 11146937/PR – Paraná. Relator: Luciano Carrasco. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 19 fevereiro 2015. Disponível em: < <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/176674431/apelacao-apl-11146937-pr-1114693-7-acordao> >. Acesso em: 02 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70039361084/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Baldino Maciel. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 16 dezembro 2010. Disponível em: <

<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/24066829/pg-259-capital-2-grau-diario-de-justica-do-estado-do-rio-grande-do-sul-djrs-de-10-01-2011> > Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Apelação Criminal nº 2006.70.00.001072-1/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Luiz Carlos Canalli. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 29 maio 2012. Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/37765663/trf-4-judicial-12-06-2012-pg-540> >. Acesso em: 08 abr. 2016.

Cunha, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 3. ed. Salvador: jusPODIVM, 2015.

FARIAS, Osmar Lino. **Concurso de Pessoas**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=911](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=911) >. Acesso em: 10 abr. 2016.

GRECO, Luis *et al.* **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, vol. 1.

JESUS, Damásio E. de. **Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LESCH, Heiko Hartmut. **Gemeinsamer Tatenschlufs als Voraussetzung der Mittäterschaft?** JA, Heft 1, 2000. p. 75.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MORCELLI, Róger Augusto Fragata Tojeiro. **Teoria do Domínio do Fato**. Disponível em: < <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/TeoriaDominio.pdf> >. Acesso em: 20 abr. 2016.

NUCCI, Guilher de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Michele Alves Correa. **A Autoria no Direito Penal Brasileiro e a Teoria do Domínio do Fato**. 2009. 63 f. Dissertação (Curso de Pós-Graduação em Direito Público e Privado) – Faculdade Exponencial, Santa Catarina, 2009.

ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**, 6 Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 2006, p. 139.

SOUZA, Camila Diciano. **A Teoria do Domínio do Fato e o Controle da Culpabilidade**. Disponível em: <  
<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/view/4441/4199>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

SUZUKI, Claudio Miki; BRAGA, Hans Roberto. **Os Debates do “mensalão” e a Teoria do Domínio do Fato**. Disponível em: <  
<http://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/121941206/os-debates-do-mensalao-e-a-teoria-do-dominio-do-fato>>. Acesso em: 15 mar. 2016.