

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Roberta Parreira Nóbrega e Mendonça

**O DOMÍNIO DO FATO PELA VONTADE
EM VIRTUDE DOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
uma análise garantista acerca da AP 470 e
a responsabilidade penal do “autor de escrivania”**

Belo Horizonte
2015

Roberta Parreira Nóbrega e Mendonça

**O DOMÍNIO DO FATO PELA VONTADE
EM VIRTUDE DOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
uma análise garantista acerca da AP 470 e
a responsabilidade penal do “autor de escrivania”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M539d

Mendonça, Roberta Parreira Nóbrega e

O domínio do fato pela vontade em virtude dos aparatos organizados de poder no estado democrático de direito: uma análise garantista acerca da AP 470 e a responsabilidade penal do “autor de escrivania” / Roberta Parreira Nóbrega e Mendonça. Belo Horizonte, 2015.

110 f. : il.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky

Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Autor (Direito penal). 2. Estado democrático de direito. 3. Execução penal. 4. Julgamentos criminais. 5. Processo penal. 6. Culpa (Direito). I. Yarochevsky, Leonardo Isaac. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.22

Roberta Parreira Nóbrega e Mendonça

**O DOMÍNIO DO FATO PELA VONTADE
EM VIRTUDE DOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
uma análise garantista acerca da AP 470 e
a responsabilidade penal do “autor de escrivania”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Leonardo Isaac Yarochevsky (Orientador) – PUC Minas

Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva – PUC Minas

Gisele Mendes de Carvalho – UEM

Leonardo Augusto Marinho Marques (suplente) – PUC Minas

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2015.

Para Vinícius,
meu companheiro de vida,
meu amor.

RESUMO

Esta dissertação é resultado de uma investigação acerca do conceito de autoria no âmbito do domínio do fato, mais precisamente na esfera do domínio do fato pela vontade em virtude de aparatos organizados de poder, em um Estado Democrático de Direito. O objetivo foi mostrar a relevância de uma adequada delimitação entre autoria e participação, dentro de uma concepção garantista que considere que autor é a figura central do acontecer típico, importante para o direito penal contemporâneo e para a limitação do poder punitivo estatal. A opção aqui foi pela apreciação da teoria do domínio do fato delineada por Claus Roxin, considerada hodiernamente um dos principais temas de debate acerca da dogmática penal da autoria, que vem tendo seu espaço ampliado nas discussões acadêmicas e nos tribunais brasileiros, com forte conotação política, em razão da ideia equivocada de que sua aplicação aumentaria a possibilidade de resposta penal. O estudo explicita as teorias da autoria desenvolvidas ao longo da história, prévias à teoria do domínio do fato, que buscaram diferenciar autor e partícipe e exerceram grande influência ao estado atual da dogmática da autoria, e apresenta breve evolução histórica da teoria do domínio do fato. Investiga o alcance do critério de domínio do fato e sua não pretensão de universalidade, discorre sobre a impossibilidade de se adotar a teoria do domínio do fato para punir pessoas em razão de uma mera posição hierárquica na organização, e expõe sobre a conformidade da dogmática do domínio do fato com o direito positivo brasileiro vigente. Nesse contexto, são apresentadas as manifestações concretas da teoria do domínio do fato que possibilitam identificar quem é a figura chave do acontecimento penalmente relevante. Estabelecidos esses aspectos, tornou-se possível detalhar uma das manifestações concretas em particular, qual seja, o domínio do fato pela vontade em virtude dos aparatos organizados de poder, também chamado de domínio da organização, cerne deste trabalho e grande contribuição de Claus Roxin à estrutura dogmática da autoria. Nesse ponto, o estudo expõe de forma detalhada os pressupostos para a instrumentalização do aparato de poder e daquele que tem o domínio da organização, o “autor de escrivania”, para, assim, dissertar sobre os casos Eichmann, Staschynski e Fujimori, como aplicações concretas do domínio da organização. O estudo, ao final, faz uma análise crítica do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470, que apresentou imprecisões teóricas a respeito do domínio da organização, para, de

forma desconexa, determinar a autoria de alguns acusados e imputar-lhes responsabilidade penal. O resultado foi a constatação de que a manipulação da teoria do domínio do fato como retórica argumentativa não parece ser a melhor forma de lidar com a complexa dogmática da autoria no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Domínio do fato. Domínio da organização. Autoria mediata. Ação penal 470.

ABSTRACT

This dissertation is the result of research about the authorship concept in the scope of domain of the fact, specifically in the realm of domain of the fact by the will because of organized power apparatuses, in a democratic state. The objective was to show the importance of a proper distinction between authorship and participation, within a conception focused on the protection of civil liberties which considers that the author is the central figure of the typical happen, important for the contemporary criminal law and limiting the state punitive power. The option here was the appreciation of the theory domain of the fact delineated by Claus Roxin, in our times considered one of the main topics of debate about the criminal dogmatic authored, which has had its expanded space in academic discussions and in brazilian courts, with strong political overtones, due to the mistaken idea that their application would increase the possibility of criminal response. The study explains the theories of authorship developed throughout history, prior to the domain of the fact theory, which sought to differentiate author and participant and exerted great influence to the current state of the dogmatic of authorship, and presents a brief historical evolution of the domain of the fact theory. Investigates the scope of the domain of the fact criterion and its not universal claim, discusses the impossibility of adopting the domain of the fact theory to punish people because of a mere hierarchical position in the organization, and sets out on whether the dogmatic of the domain of the fact with current brazilian law. In this context, we present the tangible results of the domain of the fact theory that enable to identify who is the key figure of the criminally relevant event. Having established these aspects, it became possible to detail one of the concrete manifestations in particular, namely, the domain of the fact by the will because of organized power apparatuses, also called domain of the organization, the core of this work and great contribution to Claus Roxin dogmatic structure of authorship. At this point, the study sets out in detail the conditions for the exploitation of the power apparatus and the one who has the domain of the organization, the "desk author", to thus speak about the Eichmann case, Staschynski case and Fujimori case, as applications concrete of the domain of the organization. The study, in the end, does a critical analysis of the judgment of the Brazilian Supreme Court in the trial of Criminal case 470, which presented theoretical inaccuracies about the domain of the organization, for, in a disconnected way, determine the authorship of

some defendants and impute for them criminal liability. The result was the finding that the manipulation of the domain of the fact theory as argumentative rhetoric does not seem the best way to deal with the complex dogmatic authored under a democratic state.

Keywords: Domain of the fact. Domain of the organization. Mediate authorship. Criminal case 470.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 PORQUE DIFERENCIAR AUTORIA E PARTICIPAÇÃO?	23
3 TEORIAS DA AUTORIA ANTECESSORAS DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	28
3.1 Teorias subjetivas	30
3.2 Teoria formal-objetiva	32
3.3 Teoria material-objetiva	34
4 AUTORIA COMO DOMÍNIO DO FATO	36
4.1 Não universalidade da teoria	39
4.1.1 Delitos de dever	40
4.1.2 Delitos de mão própria	41
4.1.3 Delitos omissivos próprios	41
4.2 Teoria de exceção?	41
4.3 Compatibilidade com o direito penal brasileiro	44
4.4 Fundamentos estruturais do conceito de domínio do fato	46
5 MANIFESTAÇÕES DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	48
5.1 Domínio do fato pela ação	48
5.2 Domínio funcional do fato	50
5.3 Domínio do fato pela vontade	52
5.3.1 Domínio da vontade em virtude de coação	53
5.3.2 Domínio da vontade em virtude de erro	54
5.3.3 Domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder	55

6 DOMÍNIO DO FATO PELA VONTADE EM VIRTUDE DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER	56
6.1 Aspectos metodológicos do domínio da organização	60
6.1.1 <i>Forma verticalizada</i>	60
6.1.2 <i>Fungibilidade do executor</i>	61
6.1.3 <i>Atuação dissociada do direito</i>	62
6.1.4 <i>Disposição elevada do executor</i>	65
6.2 Coautoria e participação no contexto de aparatos de poder	66
6.3 Análise crítica	67
 7 APLICAÇÕES CONCRETAS DO DOMÍNIO DO FATO PELA VONTADE EM VIRTUDE DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER	 70
7.1 Caso Eichmann	72
7.2 Caso Staschynski	75
7.3 Caso Fujimori	76
7.4 Ação Penal 470	78
7.4.1 <i>Análise do inteiro teor do acórdão</i>	80
7.4.2 Análise crítica	100
 8 CONCLUSÃO	 104
 REFERÊNCIAS	 107

1 INTRODUÇÃO

As normas referentes às garantias e direitos individuais contempladas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 agrupam princípios basilares do direito penal próprios do Estado Democrático de Direito, que impõem limites rígidos ao direito de punir estatal.

Dentre os princípios constitucionais penais, mereceu especial atenção para o desenvolvimento do presente trabalho o postulado da culpabilidade, implicitamente agasalhado na Constituição Federal pelo princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º., inciso III) e confirmado pelos princípios da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º., inciso II), da individualização da pena (artigo 5º., inciso XLVI) e da inviolabilidade do direito à liberdade (artigo 5º., *caput*). Além disso, vincula-se ao princípio da igualdade (artigo 5º., *caput*), que impede que seja dado o mesmo tratamento ao culpável e ao inculpável. (PRADO, 2011, p. 167).

Tal postulado, expressão de justiça material peculiar ao Estado Democrático de Direito, afasta a imposição de pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e fixa na própria culpabilidade os limites da responsabilidade penal, além do que, confirma a intangibilidade do respeito à dignidade da pessoa humana.

A ofensa ao princípio da culpabilidade supõe o desconhecimento da essência do conceito de pessoa. “Imputar um dano ou um perigo ao bem jurídico sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor [...] equivale a rebaixar o autor à condição de *coisa causante*.” (ZAFFARONI et al, 2011, p. 245).

Esclarece Yarochevsky (2005) que:

Somente o princípio da culpabilidade pode evitar que o Estado, no interesse de uma proteção preventiva de bens jurídicos, chegue a castigar inclusive aqueles fatos que o autor não pode evitar e aos quais não pode dirigir nenhuma reprovação pessoal. Somente este princípio dotado de significado jurídico-penal autônomo tem condições para erguer uma barreira garantista contra a aplicação de penas sem culpabilidade que, em tais casos, embora funcional, apresenta-se carente de legitimação em um Estado Democrático de Direito. (YAROCHEWSKY, 2005. p. 118-119).

Dentro dessa concepção garantista, torna-se relevante o correto delineamento do conceito de autoria no âmbito da teoria do domínio do fato ou, mais precisamente, dentro do contorno do domínio do fato pela vontade em virtude de

aparatos organizados de poder, que, por óbvio, está longe de se tratar de um conceito fechado, apto ao método da subsunção, assim como qualquer outro conceito ligado ao direito penal no âmbito de um Estado Democrático de Direito, o que permite sua adequação aos diversos casos concretos que a fenomenologia criminal produz, mas gera inúmeras dificuldades e polêmicas. (LE MOS JÚNIOR, 2004, p. 43).

No tocante à teoria do domínio do fato, o critério decisivo para a autoria é o deter nas mãos (*In-den-Händen-Halten*) o curso do acontecimento típico, que abrange o domínio da decisão (domínio sobre o “se” do fato) e o domínio da forma (domínio sobre o “como” do fato). (SILVA, 2006, p. 11). A ideia do homem de trás (*Hintermänner*) como forma de autoria vai mais além, pois implica um domínio do fato pela vontade que, no caso de aparatos hierarquizados de poder, alcança o sujeito que não está presente diretamente na cena do crime, mas dele partiu a ordem para a consecução do delito.

O domínio do fato pela vontade em virtude de aparatos organizados de poder, também denominado domínio da organização ou, ainda, domínio por organização, é considerado hoje um dos principais temas do debate acerca da dogmática penal que envolve a autoria e participação. Essa classificação foi elaborada por Claus Roxin, jurista alemão de renome mundial, e nela se insere a figura do “autor de escrivaninha” (*“Schreibtischtäter”*). (ROXIN, 2009, p. 70; ROXIN, 2011, p. 16).

Cumprido refutar por completo qualquer manifestação de responsabilidade penal objetiva que, não obstante ser formalmente combatida em matéria penal, ainda hoje está presente em sentenças e em obras jurídicas. O intuito de se alcançar o “autor de escrivaninha”, ou “autor de escritório” (SILVA, 2006, p. 12), aquele que ordena o fato punível com poder de mando autônomo e domina a vontade de outro, não pode desaguar na responsabilidade penal objetiva, que deve ser repudiada, caso contrário o cidadão responderá pelo simples fato de ter causado materialmente o acontecimento, sem qualquer liame psicológico.

O tema tem forte conotação política. A tese de Roxin vem ganhando espaço nas discussões acadêmicas e tem sido objeto de análise e estudo pela literatura jurídico-penal brasileira muito em razão de que existe certo risco na utilização desmedida da teoria do domínio do fato por causa da ideia equivocada de que ela

aumentaria a possibilidade da resposta penal. Há risco de se transformar em uma espécie de argumento de proporcionalidade ou de razoabilidade, como se fosse uma cláusula aberta do direito penal que devesse considerar os “interesses” da sociedade. Não se pode desprezar que a sociedade tem aceitado a imposição da “violência razoável” como se isso fosse satisfazer o sentimento de justiça.

Destarte, diante da hodierna crise de legitimidade do direito penal, que faz com que o Estado responda com leis penais de emergência¹, torna-se premente delinear o conceito do domínio pela vontade, com o intuito de fazer prevalecer a liberdade e a restrição da função punitiva estatal.

À evidência, não é fácil atribuir uma definição científica ao que a sociedade em geral e os veículos midiáticos convencionaram chamar de “organização criminosa”. Isso porque parece ser impossível estabelecer uma separação entre os grupos criminosos e não criminosos no plano ontológico, pois o atributo “criminoso” não deriva de sua própria essência, mas sim de um rótulo imposto pelas instâncias formais e informais do poder social. Além disso, há mais dúvida do que certeza quanto ao que pode ser classificado como aparatos de poder.

Do mesmo modo, esta não pode ser mais uma dentre as construções teóricas hodiernamente usadas em prejuízo dos mais vulneráveis. No entender de Zaffaroni,

O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária; daí a existência de certas *uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias)*, que o biologismo criminológico considerou causas do delito, quando, na realidade, eram *causas da criminalização*. (ZAFFARONI et al, 2011, p. 46).

Ao mesmo tempo, a aplicação da tese roxiniana não pode resultar na perda de identidade da dogmática jurídico-penal como instrumento garantista dos princípios fundamentais do direito penal do Estado de Direito, pois se assim for, a

¹ A ideia de leis penais de emergência se amolda ao sentido do direito penal como, prioritariamente, um instrumento de combate ao crime, fornecendo mais poder ao Estado para perseguir indivíduos, intensificando o uso das formas tradicionais de repressão. Nesse sentido, o direito penal é protagonista do sistema jurídico e está em constante expansão, com notável incremento e desproporcionalidade de penas, o que fragiliza os direitos e garantias fundamentais do cidadão, em contraposição ao sentido do direito penal como um muro de proteção do indivíduo frente ao poder do Estado, ideia com inspiração iluminista, denominada modernamente de garantismo penal por Luigi Ferrajoli (2010).

dogmática jurídico-penal será qualificada como uma dogmática fracassada. (CONDE² apud BAILONE, 2011, p. 25).

O marco teórico desse estudo é, sem dúvida, a obra que Claus Roxin ofereceu ao mundo em 1963, *Autoria e Domínio do Fato no Direito Penal*, e suas posteriores atualizações. Nela, Roxin constrói uma estrutura dogmática de autoria no direito penal, com riqueza de ideias, baseada na premissa de que autor é a figura central do acontecer típico, o que permitiu que desenvolvesse o que seria uma de suas contribuições mais originais à dogmática penal que envolve autoria e participação, a saber, a possibilidade de domínio do fato em razão de um aparato organizado de poder.

No curso deste trabalho, iremos discorrer sobre a relevância da delimitação entre autoria e participação e investigar as teorias da autoria elaboradas ao longo da história. Na sequência, iremos desenvolver o conceito de autoria no âmbito do domínio do fato, apresentando de forma breve a evolução histórica da teoria, para, em seguida, dissertar sobre o alcance do critério de domínio do fato e eventual pretensão de universalidade. Posteriormente, será analisado se a perspectiva do domínio do fato representa uma teoria de exceção e se há conformidade com o direito penal brasileiro. Após, iremos identificar todas as formas de expressão do domínio do fato, abordagem que será fundamental para se examinar em detalhes o domínio da organização, grande contribuição de Claus Roxin à ciência penal, mais especificamente à problemática da autoria penal, relacionando seus pressupostos teóricos. Serão apresentadas algumas aplicações concretas da teoria roxiniana ao longo da história: os casos envolvendo o militar da Alemanha Nazista Adolf Eichmann, o agente do serviço secreto soviético Staschynski e o ex-presidente peruano Alberto Fujimori. Ao final, proceder-se-á uma análise crítica de uma das aplicações da teoria do domínio da organização de maior repercussão no Brasil, o julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal, que ficou conhecido vulgarmente por “Mensalão”.

² CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo**. 4^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

2 PORQUE DIFERENCIAR AUTORIA E PARTICIPAÇÃO?

No entender de Nilo Batista, a delimitação entre autoria e participação é consequência de uma decisão em favor de um direito penal que se apoia na descrição típica das condutas e no princípio da reserva legal. (BATISTA, 2005, p. 59). Com efeito, em um delito podem intervir várias pessoas desempenhando funções parecidas ou diferentes, o que dá lugar aos problemas da chamada participação, em sentido amplo, como complexo de questões especiais da tipicidade. (ZAFFARONI et al, 2002, p. 767).

A limitação do poder punitivo estatal a partir de critérios do Estado de Direito também se dá na correta distinção das formas de intervenção humana, e a causação de um resultado típico apenas deve ser punida quando houver lugar a forma, e na medida, da autoria e da participação (instigação e cumplicidade).

Apesar da ampla discussão existente a respeito da delimitação entre autoria e participação e, ainda, não obstante o vasto material advindo da realidade jurídica, até hoje não se conseguiu delimitar satisfatoriamente as formas de intervenção em um fato típico. A doutrina da autoria é um dos capítulos mais obscuros e confusos da dogmática penal e, como assinala Nilo Batista, parece ser o aspecto mais negligenciado pela doutrina brasileira elaborada a partir do Código Penal de 1940, devido a paupérrima disciplina que a norma jurídica deferiu ao tema. (BATISTA, 2005, p. xv).

São plurais os caminhos historicamente seguidos para conceituar o autor. Para Claus Roxin, o autor é a figura central do acontecer típico (*el autor es la figura central del acontecer en forma de acción*) e, de acordo com esse princípio norteador, que será tratado em detalhes no decorrer desta pesquisa, o autor direto, o coautor e o autor mediato são as figuras chaves da realização da ação penalmente relevante. O instigador e o cúmplice estão às suas margens. Em um contexto ontológico, “se é possível falar em uma *essência* prévia, dada, da participação, esta consiste em que o partícipe se apoia na figura central do autor”. (ROXIN, 2000, p. 45, tradução

nossa³). O partícipe não realiza o tipo e sua punição depende da presença de outros pressupostos.

Determinar a autoria no direito penal significa responder ao seguinte questionamento: quem é o sujeito que realizou o tipo? Logo de início, tal indagação já demonstra que há relação estreita entre os conceitos de autoria e de tipo penal.

O **tipo como causação de um resultado** configura a perspectiva mais clássica da problemática envolvendo o tipo. Nesse contexto causalista, realizar o tipo é causar o resultado e, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes – ou teoria da equivalência das condições –, toda condição é causa do resultado, equivalentes em grau de valor, com o mesmo nível de importância.

Para identificar quais comportamentos representam uma condição necessária para o resultado típico, tradicionalmente utiliza-se a sistemática da teoria da *conditio sine qua non*: se ao eliminar mentalmente certo comportamento que poderia ser causa do resultado, verificar-se que o fato não teria ocorrido, então aquele comportamento é uma condição que causou o resultado e o sujeito que contribuiu de alguma forma causal para esse resultado é autor, independentemente da forma e da proporção de sua contribuição, o que remete a um **conceito extensivo de autor**.

A título de exemplo, se A empresta uma faca a B, ciente de que este irá utilizá-la para matar C, o que efetivamente ocorre, A é autor do delito de homicídio, de acordo com a concepção causal, pois se ele não tivesse emprestado o instrumento, o resultado morte não teria ocorrido daquele modo, naquele lugar, no mesmo momento. E ainda, se o comerciante D vendeu aquela faca para A, alguns meses atrás, sem saber o que iria realmente ocorrer, também D é autor do crime de homicídio, conforme o critério causalista, pois também deu causa àquele resultado morte, que não teria ocorrido da mesma maneira que de fato ocorreu.

Diante dessa ilustração, fica evidente o problema que envolve a perspectiva causalista, que assimila o conceito extensivo de autoria, uma vez que todo aquele que contribui de forma causal para o resultado, realiza o tipo. Como assevera Juarez Cirino dos Santos, essa concepção extensiva de autor, que assinala que é autor quem produz qualquer contribuição causal para a realização do tipo penal, deve ser

³ Na versão espanhola consultada: *si es que cabe hablar de una “esencia” previa, dada, de la participación, ésta consiste en que el partícipe se apoya en la figura central del autor*. (ROXIN, 2000, p. 45).

afastada. (SANTOS, 2008, p. 356). Tal perspectiva transforma o autor em mero causante de lesões típicas de bem jurídicos, ao invés de tratá-lo com figura central do acontecer penalmente relevante.

Baseada na causalidade, a teoria extensiva não faz diferenciação entre autor e partícipe e engloba no conceito de autoria todo aquele que contribui com uma causa para a produção de um resultado. Todos que se envolveram no acontecimento típico são postos no mesmo nível, ocultando-se as diferenças peculiares das contribuições objetivas e subjetivas para a ofensa ao bem jurídico.

Nessa perspectiva, cada interveniente é responsável pelo seu próprio injusto típico e de acordo com sua própria culpabilidade, pois sua contribuição causal é autônoma e a forma e a intensidade de sua contribuição é relevante somente para a aplicação da pena. (GRECO et al, 2014, p. 51).

As distorções resultantes da concepção extensiva de autor tiveram como consequência a adoção de um critério “diferenciador” de autoria fundado nas teorias subjetivas da autoria, com concepções voltadas para a vontade, intenção e ânimo dos concorrentes. (BATISTA, 2005, p. 34). “Se o critério para determinar a tipicidade é a causalidade [...] e, portanto, uma diferenciação objetiva das contribuições delitivas mostra-se impossível, recorrer a uma distinção subjetiva afigura-se o caminho mais natural.” (GRECO et al, 2014, p. 52). As teorias subjetivas da autoria serão tratadas mais detalhadamente ao longo deste texto.

Portanto, a concepção causal do tipo e o critério extensivo de autor devem ser rejeitados. Entender que realizar o tipo é causar o resultado conduz à perda dos limites da tipicidade, em grave desrespeito ao princípio da legalidade. Ademais, os conceitos de autor, instigador e cúmplice não podem desconsiderar os dados da realidade e pretender semelhante construção idealista significaria uma incoerência metodológica, principalmente se os conceitos influenciam o exercício real do poder punitivo estatal. (ZAFFARONI et al, 2002, p. 768).

Outra resposta ao questionamento a respeito de quem é o sujeito que realizou o tipo para, assim, determinar a autoria, em contraposição à ideia do tipo como causação do resultado, é a perspectiva do **tipo como descrição de ações humanas**. Nessa concepção, o tipo proíbe condutas que podem ser controladas pelo ordenamento jurídico e o sujeito que pratica o crime é autor, e não aquele que

contribui de forma causal para o resultado típico. O instigador e o cúmplice não praticam o crime, não realizam o tipo e, portanto, não são autores.

Dessa forma, nem toda condição que é causa do resultado típico, de acordo com a teoria da *conditio sine qua non*, fundamenta a autoria, o que conduz a um **conceito restritivo de autor**.

Apenas para ilustrar a questão, se A empresta uma faca a B, sabendo que este irá utilizá-la para matar C, o que de fato ocorre, A não é autor do crime de homicídio. Da mesma forma, se D oferece dinheiro a B para que este mate C, o que efetivamente ocorre, D não é autor do delito de homicídio. A e D não realizaram o tipo e apenas poderão eventualmente ser punidos como partícipes com base em outros fundamentos jurídicos que estendem a punibilidade.

Por certo, somente um conceito restritivo de autor se harmoniza com os corolários do princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). A não distinção entre autor e partícipe ou o uso de incorreta metodologia para sua delimitação leva a uma criminalização da instigação e da cumplicidade que caminha em desacordo com a essência da dogmática penal.

Nilo Batista concorda com a existência de uma estreita correlação entre os conceitos de autoria e de tipo penal e adverte que a teoria do autor deve situar-se no injusto típico, desde que se abandone a velha concepção causalista de injusto e o compreenda “como obra de uma vontade, dotada de finalidade, orientada às vezes por certas intenções ou enriquecida por particulares tendências”. Para ele, somente o autor “produz” o injusto e não pode haver injusto sem autor. (BATISTA, 2005, p. 29). E complementa que “uma concepção de autoria que se vincule à causação do resultado e negligencie sobre a imputação objetiva deste resultado *abre* o tipo e viola o princípio da reserva legal.” (BATISTA, 2005, p. 34).

Roxin agasalha a ideia de que, “o injusto típico não é um acontecimento originalmente causal ou final, mas sim a realização de um risco não permitido dentro do âmbito do tipo respectivo”. (ROXIN, 2002, p. 8). Assim, além de se verificar se existe relação de causalidade entre ação e resultado, também é necessário identificar se o resultado é definível como realização do risco criado pelo agente e, em consequência, imputável a ele como obra sua.

Também assinala Juarez Cirino dos Santos que na dogmática penal contemporânea não se pode mais confundir questões de causação do resultado e questões de imputação do resultado. Aquelas são fundadas na diversidade dos processos naturais de determinação causal e estas nos processos valorativos de atribuição típica, fundados no critério da realização do risco. (SANTOS, 2008, p. 120).

3 TEORIAS DA AUTORIA ANTECESSORAS DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

As propostas teóricas que buscam esclarecer a distinção entre autoria e participação são desarrazoadamente numerosas e muitas vezes vinculadas a circunstâncias históricas. De início, há de se rejeitar inúmeras teorias da autoria que, apesar de relevantes historicamente, são equivocadas em sua abordagem.

A primeira delas é a que adota o **conceito secundário de autor**, cuja ideia principal é a de que é autor quem não é partícipe, mediante um procedimento de “subtração”. Ao contrário, a melhor abordagem força a verificar a autoria primariamente, pois a figura central do acontecer típico é um fenômeno acessível à observação direta. Não se pode aceitar que pelo simples fato de não se preencher os requisitos da instigação ou cumplicidade, decide-se que é autor. (ROXIN, 2000, p. 46).

O ponto de partida é a ideia reitora de que o autor é a figura central do acontecer delitivo e o partícipe é a figura marginal, lateral do acontecer típico. Portanto, o conceito de autor é primário e tem significado central no injusto típico, sendo indiferente em relação à culpabilidade como elemento do delito, pois relacionada ao tipo. (GRECO et al, 2014, p. 24).

Devem ser rechaçadas, ainda, as teorias que pretendem determinar o conceito de autor de acordo com o **merecimento de pena**, com a intensidade da energia criminal ou critérios semelhantes. Não é o merecimento de uma maior ou menor pena que irá definir se o interveniente é autor ou partícipe.

Se o direito positivo equipara autor e partícipe quanto à punição, o propósito da delimitação não pode estar na suposição de que o partícipe é em geral menos merecedor de pena que o autor. Também na apreciação judicial de um caso concreto, é indevido o uso de considerações sobre o merecimento de pena, uma vez que um partícipe pode merecer pena mais grave ainda que se tenha mantido em segundo plano e não seja considerado de modo algum figura central do acontecer típico. (ROXIN, 2000, p. 50). A título de exemplo, aquele que providencia uma poderosa máquina destruidora, em princípio pode fazer menos, mas ser mais merecedor de pena, do que aquele que pressiona a alavanca para iniciar seu funcionamento e, com isso, executa a ação típica.

A delimitação entre autoria e participação tem significado central no injusto típico e não tem relação com a culpabilidade como elemento do delito, não podendo ser resolvida como se fosse um bloco de regras de medição da pena. O conceito de autor direcionado pela determinação de uma pena mais grave leva a uma criminalização das formas de participação em desacordo com a dogmática penal dominante e com o sentido da delimitação entre autoria e participação baseada no complexo de questões da tipicidade e no princípio da reserva legal.

Por fim, devem também ser repelidas as **teorias da periculosidade** e, junto com elas, a ideia de que o autor se distingue do partícipe por ter comportamento mais perigoso. Na verdade, não há elemento apreensível que assegure, com precisão, uma maior periculosidade de uma contribuição ao fato em comparação com a de outros intervenientes.

Apenas para ilustrar, o homem de trás, que não executa o fato por si mesmo, mas domina a vontade do agente executor, pode ser o mais perigoso dentre todos os concorrentes, não obstante ser a figura marginal menos ostensiva do acontecer delitivo. Considerar autor aquele que, no caso concreto, se destaca dos demais pela periculosidade de sua contribuição, conduz a um conceito de autoria puramente normativo, assim como ocorre com os critérios alicerçados no merecimento de pena, e inibe uma apreciação legislativa e judicial fundamentada em pontos de apoio objetivos. (ROXIN, 2000, p. 51-52).

As propostas teóricas para a delimitação entre autoria e participação nem sempre se mostram em estado puro e aparecem com frequência entremeadas na doutrina e jurisprudência. São incontáveis as possibilidades de combinação, que possuem a vantagem de evitar os exageros das abordagens intelectuais rígidas, mas operam de modo excessivamente complicado e de difícil manuseio. (ROXIN, 2000, p. 78). Por essa razão, serão apreciadas na sequência aquelas concepções teóricas que exerceram maior influência ao estado atual da dogmática da autoria e ainda seguem oferecendo conteúdos úteis e ideias frutíferas para solucionar a problemática da autoria.

3.1 Teorias subjetivas

As teorias subjetivas não delimitam autoria e participação segundo critérios objetivos situados no mundo exterior, mas sim segundo critérios intrapsíquicos, como a vontade, a intenção, os motivos e as atitudes dos concorrentes. (ROXIN, 2000, p. 71). São duas as teorias subjetivas de maior relevância: a teoria do dolo e a teoria do interesse, que serão à frente delineadas.

Tais critérios doutrinários advêm da suposição de que é impossível estabelecer objetivamente qualquer distinção entre autor e partícipe, em decorrência da teoria da *conditio sine qua non*, e portanto essa diferença só alcança revelar-se mediante uma investigação subjetiva. (BATISTA, 2005, p. 67).

A insuficiência dessa delimitação se demonstra com inúmeros casos em que por mais que um sujeito tenha querido um resultado como próprio e o tenha causado, não pode ser considerado autor; lado outro, também há múltiplos casos em que o sujeito deve ser considerado autor, embora não tenha querido o resultado como próprio. (ZAFFARONI et al, 2002, p. 772).

A **teoria do dolo** considera que autor é aquele que deseja o fato como próprio e atua com “vontade de autor” (*animus auctoris*), enquanto que o partícipe deseja somente apoiar fato alheio e atua com vontade de partícipe, seja de instigador ou cúmplice (*animus socii*). Assim, leva em consideração a vontade de autor e a vontade de partícipe, mas não aprofunda suas diferenças e não esclarece a quais resultados práticos leva essa diferenciação. Atribui ao partícipe uma vontade dependente e subordinada, uma vez que este deixa a execução do fato a critério de outro, o autor, que cometerá o delito por decisão própria e livre.

Frente à vontade dependente do partícipe, o autor não reconhece vontade superior a sua. Nesse aspecto, a teoria do dolo revela semelhança com a do domínio do fato e faz uma contribuição extraordinária para resolver a problemática da autoria. A circunstância de não reconhecer outra vontade superior a sua (autor) ou de deixar a critério de outro a execução do fato (partícipe) é sem dúvida um ponto básico para determinar o domínio do fato. A figura dominante do autor e a condição de dependente do partícipe encontram aqui uma forma gráfica de expressão. (ROXIN, 2000, p. 72-74).

Porém, essa proposta teórica possui diversas objeções, entre elas a de delimitar as figuras de modo puramente subjetivo, o que historicamente se explica pelo ponto de vista do causalismo. Entretanto, apesar da importância de se considerar a vontade dos agentes, em diversas situações é possível traçar os limites objetivamente, considerando os acontecimentos que tem lugar no mundo físico, os eventos externos.

Um juízo exclusivamente subjetivo pode conduzir a soluções paradoxais, como por exemplo, se A e B realizam conjuntamente um fato, desejando internamente cada um a execução a critério do outro, ambas são partícipes e não há autor, de acordo com a teoria do dolo. Ou ainda, se A executa sozinho a ação típica, mas internamente se subordina a B, A não é autor, e sim partícipe, conforme este critério subjetivo. (ROXIN, 2000, p. 74).

Outra perspectiva subjetiva da autoria, a **teoria do interesse**, considera como critério relevante para a determinação da autoria o grau do próprio interesse no delito. O partícipe não tem interesse independente no resultado do delito, ao contrário do autor. Essa teoria muito se aproxima da teoria do dolo, pois aquele que carece de interesse próprio na execução de um fato, geralmente deixa sua realização a critério de outro, este sim, autêntico interessado. (ROXIN, 2000, p. 76).

O equívoco deste critério está em negar a alguém a qualidade de autor apenas porque atua no interesse de outro e em afirmar a autoria daquele que tem interesse no fato, mas não realiza o tipo. Apenas para ilustrar, se A oferece dinheiro a B para que este atire em C para matá-lo, o que de fato ocorre, B é partícipe, de acordo com a teoria do interesse, pois ao executar o disparo agiu apenas no interesse de A, respeitando o acordo celebrado. Por outro lado, A é autor do crime de homicídio, conforme a mesma concepção subjetiva, pois tinha notório interesse no delito.

As **teorias subjetivas**, por fim, resolvem o problema do autor mediato, que domina a vontade de um terceiro para que este execute a ação típica de própria mão, e fazem preponderar os aspectos subjetivos do concurso de agentes em oposição a uma visão mecânico-objetivista. (BATISTA, 2005, p. 68). Não obstante, promovem uma distinção entre autor e partícipe fundada apenas em critérios

internos psíquicos do interveniente e demonstram-se insuficientes, apresentando muitas vezes resultados controversos.

3.2 Teoria formal-objetiva

A já superada teoria formal-objetiva considera autor aquele que realiza a ação executiva, a ação “principal” do delito, a ação típica. (BATISTA, 2005, p. 60). É aquele que executa a ação típica por si mesmo, total ou parcialmente; todos os demais são apenas instigadores ou cúmplices. (ROXIN, 2000, p. 54).

Para Zaffaroni e outros (2002), não há outro recurso que ater-se à relevância delimitadora do verbo tipo: segundo essa tese, é autor aquele que realiza pessoalmente a ação verbal descrita pelo tipo. (ZAFFARONI et al, 2002, p. 773).

Este critério formal-objetivo conecta a autoria diretamente à realização do tipo e se fundamenta na tese de que a circunstância de executar o crime acentua uma maior periculosidade e reprovabilidade em relação a um simples ato preparatório. (BATISTA, 2005, p. 62). Nessa concepção formalista do tipo, autor é quem realiza o ato que imediatamente conduz ao resultado. (GRECO et al, 2014, p. 80).

Entretanto, uma questão se revela a partir deste fundamento: quem realiza a ação típica? Na hipótese de A desferir uma punhalada no coração de B, causando-lhe a morte, com o auxílio de C, que segurou B, mantendo-o imóvel para que A pudesse apunhalá-lo, apenas A é autor do homicídio, mas não C, de acordo com a perspectiva formal-objetiva, pois este não realizou a ação executiva.

Essa doutrina foi dominante na Alemanha entre os anos de 1915 e 1933 e atualmente apresenta algumas notórias vantagens, dentre elas o fato de que evita os defeitos da abordagem causalista. Considera as intenções, atitudes e tendências especiais do autor, quando estas tiverem sido declaradas relevantes pelo legislador ao incorporá-las à descrição do delito. Na medida em que consegue captar ações vivas em lugar de pálidas abstrações, revela-se como precursora imediata da teoria do domínio do fato. (ROXIN, 2000, p. 54-55). Entende o fato individual em sua totalidade como ação com sentido social, colocando aquele que executa a ação por si mesmo no centro de sua consideração.

Entretanto, para Claus Roxin, o maior defeito desta concepção teórica é sua incapacidade para resolver as questões referentes à autoria mediata, convertendo fraudulentamente manifestações de genuína autoria em forma de participação. (ROXIN, 2000, p. 56).

De fato, tal concepção não explica o fenômeno da autoria mediata, uma vez que, com base nessa teoria, não pratica qualquer ato executivo quem se serve de outra pessoa como instrumento. Se A estimula um cachorro a agredir B, A é autor de eventual ação típica de lesão corporal, mas se A estimula um doente mental a fazer o mesmo contra B, A não é autor, de acordo com esta concepção formalista.

Como adverte Nilo Batista,

Em termos de criminalidade brasileira, o “coronel” que determina a seus jagunços a eliminação do desafeto, prescrevendo-lhes local, hora, modo de execução, e fornecendo-lhes os meios, não poderia ser considerado autor do homicídio cometido, e sim mero partícipe. (BATISTA, 2005, p. 64).

Tampouco a coautoria pode ser explicada pela teoria formal-objetiva: se duas pessoas decidem envenenar uma terceira, sendo que a primeira insere o veneno em uma sopa e a segunda distrai o terceiro para que este não perceba o gosto estranho no alimento que está consumindo, a primeira é autora e a segunda cúmplice, de acordo com este critério doutrinário. Desintegra um único fato delituoso em atos individuais sem relação entre si. (ROXIN, 2000, p. 57-58).

Nilo Batista também assinala que a perspectiva formal-objetiva fracassa quando confrontada com a coautoria, pois não se obtém solução satisfatória, a menos que se entenda como suficiente para determinar a coautoria a mera realização de um “pedaço” da ação executiva. (BATISTA, 2005, p. 63).

Diante da dificuldade em resolver uma série de hipóteses envolvendo o que hoje se conhece por autoria mediata e alguns casos de coautoria em que a contribuição particular do interveniente não se amolda à ação verbal descrita pelo tipo, o critério formal-objetivo passa a perder força e dá lugar a uma construção de natureza mais jurídica, que resulta em uma concepção material, a seguir explicitada.

3.3 Teoria material-objetiva

De acordo com a teoria material-objetiva, autor é aquele que contribui para o resultado da ação e a delimitação entre autoria e participação se dá conforme a eficiência ou relevância causal das condutas. (BATISTA, 2005, p. 65).

Essas propostas teóricas fundamentam-se em teorias da causalidade distintas da teoria da equivalência das condições e buscam estabelecer uma diferença quantitativa entre a contribuição do autor e do partícipe no plano da causalidade. (ZAFFARONI et al, 2002, p. 773).

A concepção material-objetiva tem grande importância para a doutrina atual e coincide amplamente com os critérios preponderantes da teoria do domínio do fato hoje dominante. Roxin a considera precursora imediata da dogmática do domínio do fato.

Uma das variantes da teoria material-objetiva é a **teoria da necessidade** da contribuição causal, que considera que aquele que oferece um aporte imprescindível para o fato deve ser equiparado àquele que executa o fato de mão própria. Da mesma forma, é autor quem coopera com a ação executiva de forma que sem ele o fato não teria ocorrido. Assim, a decisão sobre se o fato irá ocorrer ou não reside também naquela pessoa que contribui significativamente, ou seja, naquele que tem em suas mãos a questão sobre se a ação executiva irá suceder ou não e, por essa razão, coloca-se no centro do acontecer. (ROXIN, 2000, p. 58-60).

Entretanto, o ponto de partida causal dessa proposta teórica é metodologicamente incorreta e torna inútil sua aplicação. Se o farmacêutico A vende um medicamento abortivo para B, que efetivamente faz uso dele para realizar o aborto, A é coautor do delito, de acordo com a teoria da necessidade, pois o medicamento foi necessário para executar o fato, não importando se a iniciativa e a decisão final e determinante para o cometimento do crime foi de B.

Outra das variantes da teoria material-objetiva traça o limite entre autor e partícipe em função de que a cadeia causal posta em marcha tenha conduzido ao resultado diretamente ou através da ação independente de outro. Distingue-se entre **causalidade direta ou indireta**, ou causalidade física ou psíquica, ou, ainda, entre eficácia direta ou indireta da ação. Entretanto, não considera autor somente o

causante natural, mas também o *dominus causae*, atribuindo o domínio sobre o curso causal também àquele que, para a execução do fato, serve-se de outro que atua com vontade não livre ou em situação de erro. E considera partícipe, ao contrário, aquele que deixa ao arbítrio de outro a relação causal e o *dominium causae*, ou seja, deixa a critério de outro a decisão sobre a efetiva produção do resultado.

Essa concepção antecipa a teoria do domínio do fato em seus traços essenciais e também em sua crítica à teoria subjetiva da participação. Também o elemento final se mostra claro ao acentuar-se a intervenção orientadora da psique. A ideia de que assume a posição central aquele que decide se o fato conduz ao resultado, afastando para a periferia os demais, que apenas através dele podem influenciar no resultado, desempenha importante papel para a teoria do domínio do fato. Porém, não é possível explicar a autoria mediata através da distinção entre causalidade direta ou indireta, tendo em vista que a diferença essencial entre autoria mediata e participação não reside no âmbito causal. (ROXIN, 2000, p. 65-68).

Para Nilo Batista, nem sempre a causalidade está no eixo da codelinquência e sua eficiência ou magnitude não pode ser critério distintivo entre autor e partícipe. (BATISTA, 2005, p. 66). Não obstante, o direito brasileiro recomenda essa concepção quando incorpora no Código Penal a minorante da participação de menor importância (artigo 29, § 1º., do Código Penal).

Zaffaroni e outros (2002) resumem esse cenário de forma adequada: era necessário distinguir entre a causa necessária e a causa simplesmente aproveitável, ou ainda, entre a causalidade física e a causalidade psíquica; tendo em vista o fracasso de todos os exercícios de distinção limitativa da causalidade, nenhuma dessas teorias ofereceu resposta satisfatória. Para os autores, “a renúncia à velha dicotomia – que parecia dar em um beco sem saída – foi promovida pelo finalismo, que ensaiou sua teoria final-objetiva, sobre a base do domínio do fato”. (ZAFFARONI et al, 2002, p. 773, tradução nossa⁴).

⁴ La renuncia a la vieja dicotomía -que parecía dar en un callejón sin salida- fue promovida por el finalismo, que ensayó su teoría final objetiva sobre la base del dominio del hecho (ZAFFARONI et al, 2002, p. 773).

4 AUTORIA COMO DOMÍNIO DO FATO

No entender de Luís Greco e outros (2014), a teoria do domínio do fato é a formulação mais bem acabada da concepção material da delimitação da autoria e participação. Ao considerar o tipo não como causação do resultado, mas sim como descrição de ações humanas proibidas, que podem lesar um bem jurídico, o direito penal volta essas proibições para aquelas pessoas que criam e controlam o risco do resultado, que dominam o risco e são responsáveis pelo fato, e que, portanto, são as figuras centrais do acontecer típico. (GRECO et al, 2014, p. 55).

Nilo Batista entende a teoria do domínio do fato como um critério final-objetivo, donde se extrai que autor é “aquele que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o domina mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo.” (BATISTA, 2005, p. 69). Também Luiz Regis Prado se dirige à doutrina do domínio do fato como uma teoria final-objetiva, ou objetiva-subjetiva de base finalista, admitindo a convivência de momentos objetivos e subjetivos. (PRADO, 2011, p. 571).

A perspectiva do domínio do fato (*Tatherrschaft*) foi introduzida na dogmática penal em 1939 por Hans Welzel, jurista que concebeu a teoria finalista da ação, cujo fundamento maior assentou-se no respeito à dignidade humana como um princípio de justiça imanente ao direito e de validade *a priori*, imponderável e intangível. (MARTÍN⁵ apud PRADO, 2011, p. 118).

Na concepção do homem como pessoa, com base humanística, as normas penais somente podem mandar ou proibir uma conduta final. Nesse contexto, Welzel refere-se a um domínio final do fato e molda a figura do autor como sendo aquele que dolosamente detém o domínio do resultado finalístico do fato.

Em seu *Estudos sobre o sistema do direito penal*, Welzel parte da ideia de que o conceito de ação ontologicamente dado consiste na direção do curso causal por meio da vontade humana finalista. Para ele, a autoria é a forma mais ampla de domínio final. O autor final é o senhor da decisão e da execução, o senhor de “seu” fato. Por certo que o instigador e o cúmplice também têm certo domínio sobre o fato, mas somente em relação a sua própria atuação, não sobre o fato em si, pois, em

⁵ MARTÍN, Luis Gracia. **Fundamentos de dogmática penal**. Barcelona: Atelier, 2006.

verdade, participam de fato alheio. Dito de outra forma, somente o autor tem o domínio final sobre a decisão e sua execução efetiva.

Antes, em 1935, o jurista Richard Lange, em sua obra sobre o moderno conceito de autor, já havia chegado ao resultado de que para identificar quem é autor em uma situação de múltiplos participantes em um fato punível, deve-se perguntar “de quem é obra o delito?”, solução que se aproxima da posterior doutrina do domínio do fato. Esse questionamento influenciou de certa forma Welzel. Para ele, a distinção fundamental entre autoria e participação está nas manifestações reais do atuar final no mundo social e não nos mandamentos do direito positivo. (ROXIN, 2000, p. 34-35).

No entanto, Roxin não concorda com Welzel quando este defende que a partir da teoria do delito pode se deduzir a chave para a delimitação das formas de participação. Mesmo quando se parte da ideia de que a estrutura ontológica da ação reside no controle final do curso causal, não fica claro como este critério pode solucionar a questão sobre autoria e participação, pois como para Welzel a finalidade é idêntica ao dolo e como obviamente instigadores e cúmplices atuam dolosamente em relação ao resultado típico, certamente a correta delimitação das formas de participação não resulta da finalidade. (ROXIN, 2000, p. 37).

Diante da deficiência das teorias até então apresentadas, não era possível alcançar o “autor de escrivania”, aquele que estaria por trás do crime ou da “organização criminosa”, com poder de mando sobre executores diretos plenamente responsáveis, e que sem ele o delito não se configuraria. A estrutura dogmática da autoria não podia ser usada, por exemplo, em casos de genocídio e de crimes contra a humanidade.

Foi Claus Roxin quem deu à tese uma efetiva especificidade, quando, em 1963, escreveu o artigo *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate* (Crimes como parte das estruturas de poder organizadas) e publicou a monografia *Täterschaft und Tatherrschaft* (Autoria e domínio do fato), que o possibilitou tornar-se professor catedrático na Alemanha. (GRECO et al, 2014, p. 21).

Nessa obra de imensa influência no mundo jurídico, Claus Roxin critica os excessos ontológicos do finalismo de Welzel e desenha os contornos da teoria do domínio do fato. Na ocasião, a situação alemã a respeito do tema era de

instabilidade jurisprudencial e de indefinição conceitual da doutrina diante da falta de sistematização da teoria do domínio do fato na dogmática da autoria, o que motivou Roxin a buscar um critério reitor comum que pudesse guiar as decisões judiciais e impedir decisões intuitivas e arbitrárias. (GRECO et al, 2014, p. 24).

Aos poucos, por sua coerência sistemática, a inovação dogmática foi conquistando ampla adesão de grande parte da comunidade jurídica, embora, obviamente, tenha sido também objeto de contestação, como por exemplo, mais recentemente, por parte de Günther Jakobs, que propõe um retorno a um conceito extensivo de autor. (GRECO et al, 2014, p. 35). Atualmente, apenas os que ainda são adeptos à teoria finalista da ação utilizam a denominação domínio final do fato, pois absolutamente vinculada ao finalismo.

Jorge de Figueiredo Dias (1999) assinala que:

O conceito de autor deixa de se ancorar no assinalado critério da previsibilidade (e adequação), para abranger apenas o agente que “domina” o fato, isto é, de cuja vontade depende a efetiva verificação do delito. Pelo contrário, todo aquele que se limita a dar um contributo para a realização do delito, sem, todavia, deter o controle para a realização do crime, constitui um simples “participante”, punível a título de cumplicidade. (DIAS, 1999, p. 361-362).

Cezar Roberto Bitencourt (2003) afirma que a teoria roxiniana é uma elaboração superior às teorias até então conhecidas, que distingue com clareza autor e executor e admite a figura do autor mediato. Para Nilo Batista (2005), domínio do fato é a capacidade de controlar, causal e finalisticamente, a conduta típica.

É inegável a importância prática da teoria do domínio do fato na sua função dogmática de responder à seguinte indagação concreta: o interveniente é autor ou partícipe?

O direito positivo brasileiro, ao contrário do direito alemão, não exige resposta a tal questionamento e, a princípio, permite que se trate como autor todo aquele que concorre para o crime, independente de sua atuação, apesar de uma possível diferenciação em razão da medida da culpabilidade e de uma maior ou menor importância (artigo 29, § 1º, do Código Penal). Em um homicídio, por exemplo, autor seria quem efetuou o disparo, quem o convenceu a disparar e quem emprestou a

arma, segundo uma leitura mais tradicional do Código Penal brasileiro. No entanto, o princípio constitucional da reserva legal obriga a resolver a questão sobre a distinção entre autor e partícipe e, assim, a teoria do domínio do fato surge como uma tentativa de fundamentar o conceito restritivo (e não extensivo) de autor.

O domínio do fato é uma ideia de certa forma abstrata que orienta a construção de várias formas de autoria. O modelo de Roxin foi capaz de indicar contornos mais concretos para a determinação da autoria e está no centro das discussões até os dias de hoje. A sistematização das formas de autoria, a clarificação da estrutura da coautoria e a diferenciação entre as diversas espécies de autoria mediata contribuíram decisivamente para a dogmática penal que envolve autoria e participação.

A construção que mais se destaca na teoria delineada por Claus Roxin é a figura da autoria mediata em virtude dos aparatos hierarquizados de poder, que será exposto de forma aprofundada mais adiante.

4.1 Não universalidade da teoria

A prestigiada teoria do domínio do fato, em sua função dogmática de distinguir entre autoria e participação, não tem pretensões de universalidade, como se fosse aplicável a todas as espécies de crime. O ponto de partida do modelo roxiniano é a ideia de que o autor é a figura central do acontecer típico, mas tal ideia reitoria se expressa de três formas: **pelo domínio do fato**, nos delitos de domínio, também chamados de delitos comissivos dolosos; **pela violação de um dever especial**, nos delitos próprios e nos omissivos impróprios; e **pelo elemento típico que exige a prática da conduta com as próprias mãos**, nos delitos de mão própria.

O domínio do fato, destarte, é tão somente uma das expressões da ideia de que autor do delito é a figura central do acontecer penalmente relevante (GRECO et al, 2014, p. 25) e, portanto, há delitos cuja autoria se determina com base em outros critérios diversos daqueles envolvidos pela ideia de domínio do fato ou, dito de outra forma, existem formas de autoria que são fundadas em ideias diversas da teoria do

domínio do fato. Porém, a ideia de que o autor é a figura chave do acontecer típico sobrevive como critério geral de orientação da dogmática da autoria.

O critério de domínio do fato, portanto, não é aplicável a todas as espécies de delitos; não se aplica aos chamados **delitos de dever** e aos **delitos de mão própria**, que expressam de outra maneira a ideia de que o autor é a figura central do acontecer típico. A perspectiva do domínio do fato não se aplica, ainda, aos **delitos omissivos próprios**. Vamos, pois, examinar as peculiaridades de cada um deles.

4.1.1 Delitos de dever

Nos delitos de violação de dever, também chamados de delitos de dever, que englobam os **delitos próprios** e os **delitos omissivos impróprios**, autor é quem viola um dever especial, não importando o domínio que tenha sobre o fato. São delitos que possuem uma restrição legal ao círculo de autores. (BATISTA, 2005, p. 58). O autor é aquele que possui o requisito do tipo penal em questão, pois o que determina se o concorrente é autor ou partícipe é a vinculação ao dever, e não a forma de contribuição concreta, seja comissiva ou omissiva. (GRECO et al, 2014, p. 33).

Quem detém o dever possui uma relação especial com o conteúdo do injusto do fato, o que faz com que o legislador o considere a figura central do acontecer típico. Nos delitos próprios, ele é o chamado *intraneus*, o titular do dever descrito pelo tipo. Se A, a quem o dever descrito no tipo não diz respeito (*extraneus*), coage o funcionário público B (*intraneus*) a cometer um delito contra a administração pública (delito próprio), não obstante A possuir o domínio do fato, não poderá ser o autor do delito funcional, mas sim partícipe, em razão da extensão da punibilidade, pois o que justifica a pena elevada do crime funcional é a violação de um dever por parte daquele que é detentor da função pública (no exemplo, B) e que, por essa razão, assumiu um papel social de vinculação a esse dever.

O mesmo ocorre com crimes em que o legislador considerou a posição de um garantidor (delito omissivo impróprio). Se A tem posição hierárquica superior a B, e este realiza uma ação típica que A pode e tem o dever legal de impedir, mas não o

faz, A é autor por omissão imprópria, e não importa se tem domínio do fato. Poder e dever de evitar o fato não é domínio do fato.

4.1.2 Delitos de mão própria

Nos delitos de mão própria, a determinação da autoria é também guiada por pressupostos diversos daqueles ligados à ideia do domínio do fato. O autor é somente aquele que realiza a ação típica por si próprio, o que o torna figura chave do acontecimento penalmente relevante, e não é possível autoria mediata e coautoria. Assim, não é autor do delito de falso testemunho quem fornece informações falsas a terceiro que, acreditando nas informações, resolve incorporá-las em seu depoimento em juízo. (GRECO et al, 2014, p. 34).

4.1.3 Delitos omissivos próprios

Além disso, não cabe a delimitação de autor com apoio na teoria do domínio do fato em casos de delitos omissivos próprios, como por exemplo nos crimes de omissão de socorro, pois não há relação entre domínio do fato e omissão. O domínio do fato se refere a delitos de domínio e somente aquele que age positivamente, com controle ativo do curso causal, tem algo nas mãos que pode dominar. Os delitos de omissão não são delitos de domínio, são um mero não-fazer, e a eles não se aplica a ideia de domínio do fato. (GRECO et al, 2014, p. 41).

4.2 Teoria de exceção?

Seria notadamente equivocado afirmar que a teoria roxiniana constitui uma teoria criada para situações de exceção e que tem como pressuposto determinar a possibilidade de se alcançar o homem que está por trás do crime ou da “organização criminosa”. Isso porque a doutrina do domínio do fato não se propõe a fornecer fundamento a favor de uma punição que de outra maneira não ocorreria.

Muitos juristas⁶ induzem à conclusão de que, sem a teoria, não se alcançaria penalmente o homem de trás, que ficaria impune. Entretanto, a teoria foi delineada por Roxin justamente para sistematizar a questão da autoria e permitir a apropriada delimitação entre autoria e participação.

Caminhando para a realidade brasileira, observa-se que o Código Penal pátrio, em seu dispositivo básico da disciplina do concurso de agentes, a saber, artigo 29 do Código Penal, parece indicar à primeira vista que adota um conceito extensivo e unitário de autor, pois não distingue autor e partícipe e, a princípio, trata todo aquele que concorre para o crime como autor, independente de sua atuação, não obstante admitir a possibilidade de uma diminuição de pena em virtude de uma atuação de menor importância.

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

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (BRASIL, 2014).

A insinuação, portanto, de que a teoria roxiniana facilita a punibilidade do homem de trás pode ser contestada facilmente, diante de qualquer das interpretações que se possa fazer do Código Penal brasileiro. A teoria desenvolvida por Roxin não permite punir mais do que já seria possível fazer com amparo no artigo 29 do diploma penal pátrio. Diante de uma norma penal que aparentemente não diferencia autor de partícipe, uma teoria que se proponha a esse fim opera como limitadora da punibilidade, e não como fundamentadora, transmutando o concorrente em partícipe, ou no máximo em autor aquele que já seria de qualquer forma concorrente.

Reportar ao domínio do fato para, ao final, concluir por uma punição maior do que seria possível utilizando-se da abordagem do artigo 29 do Código Penal, é utilizar da construção de Roxin de forma equivocada, como estratégia argumentativa, ou por faltar o devido conhecimento sobre o real significado da doutrina.

⁶ Lenio Streck, por exemplo, insinua que, sem a teoria, não se alcançaria o homem de trás (STRECK, 2012).

Na verdade, a teoria do domínio do fato é manifestação clara do conceito restritivo de autor, pois limita o autor apenas àquela figura central do acontecer típico. Quem exerce o papel de instigador ou cúmplice somente tem sua conduta punível em razão de um aparato legal que permite considerar seu ato como uma causa de extensão da punibilidade, ou, numa pauta mais correta, como forma de extensão da tipicidade. (BATISTA, 2005, p. 32).

Dito de outro modo, as formas de participação (instigação e cumplicidade) devem ser tratadas como causas de extensão da punibilidade, “que só entram em cena quando o agente não é autor”. (GRECO et al, 2014, p. 25). Do contrário, teremos como resultado uma imagem de autor desfigurada das concepções naturais, como na situação em que alguém coopera em um suicídio e é convertido necessariamente em autor de um homicídio.

Em outra abordagem, quando A contrata B para matar C, A é tida usualmente como “mandante” do homicídio, condição que, além de não possuir qualquer conteúdo jurídico, não faz dela autora do delito de acordo com a teoria do domínio do fato, uma vez que esse papel não a torna a figura central do acontecimento típico. De acordo com a doutrina roxiniana, trata-se de um partícipe, um instigador. Não decorre da teoria do domínio do fato que, incondicionalmente, o “mandante” seja o autor do delito. Porém se pensarmos nos termos do artigo 29 do Código Penal de 1940, poderia naturalmente se entender que se trata de autor, por ter, de qualquer modo, concorrido para o crime, o que seria um equívoco, apesar de tradicionalmente ser essa a interpretação.

Essa abordagem demonstra, de modo exemplificativo, que a teoria do domínio do fato não foi desenvolvida, e não pode ser desvirtuada, para aumentar a punibilidade do homem da retaguarda. Não se pode confundir domínio do fato, autoria mediata e instigação. O ato de instigar somente poderá ser aceito como autoria dentro das hipóteses que configuram o domínio do fato pela vontade em virtude de aparatos organizados de poder, cujos pressupostos serão analisados mais adiante. Como o “mandante” mencionado acima não agiu a partir desse tipo de organização, não pode ser considerado autor, e sim partícipe.

4.3 Compatibilidade com o direito penal brasileiro

A aplicação do conceito extensivo de autor, baseado na causalidade, que aparentemente reveste o artigo 29 do Código Penal brasileiro, pelo qual autor é todo aquele que concorre para o crime, ou em outros termos, todo aquele que contribui com uma causa para a produção do resultado do tipo penal, tem um alcance muito maior em termos de facilitação da punibilidade do homem de trás do que a teoria delineada por Roxin.

Entretanto, o artigo 29 do Código de 1940, ao contrário do que é tradicionalmente entendido, não pode ser interpretado como se o autor fosse um mero causante de lesões típicas de bem jurídicos. Há margem para a recepção da teoria do domínio do fato e para a determinação da autoria com base na figura central do acontecer penalmente relevante.

O artigo 29 do Código Penal, ao dispor que *“quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas [...]”* deixou em aberto quais são os “modos” de se concorrer para o crime que resultaria na punibilidade. Mas como ensina Nilo Batista, a expressão *“de qualquer modo”* não pode ser interpretada “como um voo para fora do tipo do delito” (BATISTA, 2005, p. 44), porque violaria o princípio constitucional da reserva legal.

Para que o citado enunciado não seja inconstitucional ou tido como inútil por caracterizar mera redundância do *caput* do artigo 13 do Código Penal brasileiro (*“o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa; considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”*), “[...] é preciso reconstruí-lo em conjugação com os tipos da parte especial e os demais dispositivos que prevejam formas de participação. *Concorrer* não é sinônimo de *concausar*.” (BATISTA, 2005, p. 44).

Nilo Batista anota, ainda, que, na medida em que *“qualquer modo”* não pode significar *“qualquer conduta”* e *“concorrer para o crime”* não pode ser equiparado a *“contribuir casualmente para o resultado”*, por violação ao princípio constitucional da reserva legal e por se tratar de uma causalidade inútil, a ausência de um puro critério causal para resolver a questão somente pode resultar em uma reconstrução

dogmática a partir dos dispositivos do Código e de seus próprios fundamentos. (BATISTA, 2005, p. 55).

Assim, em uma interpretação que recepciona a teoria do domínio do fato, fundada em um modelo restritivo e diferenciador da autoria, a expressão “*de qualquer modo*” contida no artigo 29 do Código Penal engloba as três manifestações concretas da autoria, quais sejam, autoria direta, coautoria e autoria mediata, e, ainda, as formas de participação, a saber, cumplicidade e instigação. Essa interpretação não viola o princípio da legalidade, pois restringe o sentido da autoria e se afasta da interpretação mais natural que opta pelo conceito extensivo e unitário de autor.

A própria exposição de motivos da reforma da parte geral do Código Penal, de 1984, explicita que a alteração no artigo 29 e parágrafos demonstrou a opção por regras precisas que distinguem a autoria da participação:

Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas” decerto mais abrangente, já que a co-autoria (*sic*) não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monástica do Código italiano, como corolário da *teoria da equivalência das causas* (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência (*sic*) pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas. (BRASIL, 2014).

Apenas um conceito restritivo de autor se harmoniza com os corolários do princípio constitucional da legalidade. Mais importante que a exegese dos dispositivos da parte geral do Código Penal pátrio são as razões materiais para a delimitação entre autor e partícipe, que estão nas exigências de garantia do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Além disso, deve-se considerar os requisitos de tipicidade dos delitos da parte especial do Código Penal e interpretar restritivamente os tipos em espécie, entendendo que descrevem apenas a conduta daquele que executou o crime de mão própria (autor direto), ou em conjunto, contribuindo de forma relevante para um plano delitivo comum (coautoria), ou, ainda, por meio de terceiro, usando-o como mero instrumento (autoria mediata). Para punir aquele que instiga ou auxilia, é

necessário se voltar ao artigo 29 do Código Penal, que seria uma norma de extensão da punibilidade. (GRECO et al, 2014, p. 79).

4.4 Fundamentos estruturais do conceito de domínio do fato

Partindo da premissa que autor é a figura central do acontecer típico, cabe agora analisar como deve ser empregado o conceito de domínio do fato na solução de casos concretos, demonstrando seu valor dogmático.

Não se trata de **conceito indeterminado**, que renuncia por completo a elementos determináveis e substitui a subsunção lógica exata por uma consideração global de conteúdo discricionário e, talvez, arbitrário. Se assim fosse, a teoria da autoria se converteria em feudo do Judiciário e, dada a pouca transparência dos parâmetros aplicados, favoreceria uma insegurança jurídica absolutamente desorientada, negando resposta à questões concretas devido a sua indeterminação. (ROXIN, 2000, p. 130-136).

Domínio do fato não é, também, um **conceito fechado** em si mesmo, algo determinado desde o princípio, apreensível pela via da mera subsunção objetivamente verificável. Fixar o conceito de domínio do fato mediante critérios rígidos não parece ser solução para resolver a problemática da autoria. Na verdade, são raros os conceitos acessíveis a um procedimento de decisão judicial isento de valoração.

A ideia, influenciada pelo positivismo naturalístico, de que se devia elaborar os conceitos do âmbito das ciências do espírito da mesma forma daqueles das ciências naturais exatas, é atualmente inadequada. Da mesma forma, é irreal a ideia, que remonta do Iluminismo, de que é possível limitar o juiz à aplicação de um sistema normativo sem lacunas, que ofereça solução a todas as hipóteses concebíveis, como mero instrumento de subsunção, em nome da segurança jurídica. Sabemos hoje que tal metodologia jurídica não é alcançável, nem sequer digna de persecução. (ROXIN, 2000, p. 141-142).

Não cabe formular um conceito de autor delimitado firmemente mediante a indicação exaustiva de seus elementos, sempre irrenunciáveis, para se chegar, por dedução lógica, à solução dos casos. (ROXIN, 2000, p. 279). As teorias formal-

objetiva e material-objetiva também pretendiam traçar as fronteiras entre as diferentes formas de participação mediante critérios rígidos claramente apreensíveis, que se revelaram insuficientes.

Quanto mais descritivo for o conceito jurídico, mais será preciso e apropriado para a aplicação judicial, ou seja, quanto mais se referir a objetos compreensíveis sensorialmente, mais será solucionado através de um simples juízo de verificação e, assim, isento de valoração. Mas as circunstâncias que transformam alguém em figura chave do acontecer típico são numerosíssimas. E, por isso, os elementos conceituais descritivos por si só não podem extrair o conteúdo de significado dos fenômenos inconstantes e mutáveis da realidade. (ROXIN, 2000, p. 143-145).

Como **conceito aberto**, possibilita a adequação aos inúmeros casos concretos que a fenomenologia criminal produz, ao mesmo tempo que alcança uma grande medida de determinação. Permite uma regulamentação generalizadora das formas básicas que surgem da multiplicidade de casos e oferece a possibilidade de valoração justa dos casos concretos que escapam à norma abstrata.

Como procedimento descritivo, não delimita o conceito de autor mediante fórmulas e nunca está definitivamente concluído, o que é profícuo, pois é concebível que no curso da evolução se descubram formas de cooperação até então desconhecidas ou que se criem novas formas de cooperação introduzindo-se novos tipos penais. (ROXIN, 2000, p. 147).

5 MANIFESTAÇÕES DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

O modelo roxiniano apresenta o domínio do fato como uma das expressões da ideia de que autor é a figura central do acontecer penalmente relevante. Esse modelo sistematiza as formas de autoria e se desdobra em três manifestações mais concretas, quais sejam, o **domínio do fato pela ação**, o **domínio funcional do fato** e o **domínio do fato pela vontade**. Simplificadamente, trata-se de três maneiras de dominar um fato.

Não basta ao julgador delimitar a autoria apenas com o raso argumento de que determinado interveniente, em um caso concreto, é o autor “porque tem o domínio do fato” ou identificá-lo como partícipe “porque lhe falta o domínio do fato”. Deve ele explicitar porque entende que o sujeito possui o domínio do fato e quais as circunstâncias concretas o faz ter certeza de que aquele sujeito é o senhor da decisão e da execução daquele fato, adequando o caso concreto aos grupos de casos já delineados pela dogmática da autoria, quais sejam: possui o domínio do fato porque realizou todos os elementos do tipo de mão própria; ou porque atuou de forma coordenada com mais pessoas, em divisão de tarefas; ou, ainda, porque, não obstante não ter levado a cabo a ação típica, nem mesmo em coordenação com outros, com obrigações mútuas, serviu-se de um agente executor, que agiu como um mero instrumento em suas mãos, coagido ou em situação de erro ou como uma mera engrenagem dentro de um aparato hierarquizado de poder.

A percepção e o entendimento final de que há efetivamente domínio do fato é derivação e resultado da análise de todas essas circunstâncias, e não o fundamento.

5.1 Domínio do fato pela ação

Quem realiza todos os elementos do tipo de mão própria ou, dito de outro modo, quem leva a cabo a ação típica, é autor, em razão do domínio do fato pela ação. Esta é a manifestação mais evidente da figura central da ação típica, que não pode dominar o fato de maneira mais clara do que quando realiza ele mesmo o ato.

É o domínio do autor imediato, daquele que executa de mão própria a ação típica, daquele que, por exemplo, aperta o gatilho ou apunhala uma pessoa,

causando-lhe a morte. Não deve ter relação com o *animus auctoris* das teorias subjetivas da autoria. Roxin adverte que é equivocada a ideia de que para a determinação da autoria há de se verificar apenas a direção interna da vontade e que o alcance da contribuição externa ao fato é irrelevante.

Aquele que realiza todos os elementos do tipo, em pessoa, pode não ser o principal responsável em sentido moral ou criminológico. Pode haver outro, que lhe tenha instigado ou facilitado a cometer o delito, ou mesmo que tenha planejado ou ficado com todo o proveito, que, ao final, pode merecer pena superior. Mas não é isso que determina a autoria, pois aquele que executa por completo, livremente, e de mão própria, segue sendo a figura central dominante do acontecer típico, demonstrando um conteúdo de verdade na teoria formal-objetiva. As descrições dos fatos elaboradas pelo legislador, plásticas e exatas, facilitam a identificação do autor imediato. (ROXIN, 2000, p. 151-153).

Assumir que autor é somente aquele que se apresenta como responsável principal pelo delito, do ponto de vista da política criminal e das circunstâncias pessoais, é converter o conceito de autor em uma cláusula geral indeterminada, de conteúdo sentimental e irracional, a ser preenchido pelo juiz. No entender de Luís Greco e Adriano Teixeira, relegar a aplicação da dogmática da autoria e participação no momento da medição da pena faz com que essa distinção perca seus contornos e fique em boa parte entregue à discricionariedade do magistrado. (GRECO et al, 2014, p. 72).

Aquele que realiza o tipo, de mão própria e dolosamente, porém de forma não livre, por estar sendo coagido por outro ou em uma situação de perigo, em posição semelhante a de um estado de necessidade, também deve ser considerado autor imediato. O estado de necessidade coativo não exclui a autoria daquele que leva a cabo dolosamente a ação típica por si mesmo e que, por isso, exerce o domínio do fato, muitas vezes com muito mais veemência e com força redobrada do que sem a pressão do perigo. Apesar de coagido, atua com vontade de realização própria e possui pleno domínio do acontecimento. Não obstante, sua circunstância deve ser tratada como causa de exclusão de culpabilidade. Em análoga situação encontra-se o menor ou o inimputável, que atua de mão própria e com dolo, e portanto, é autor, embora um autor inculpável.

Autores influenciados pelas teorias subjetivas tendem a não reconhecer a autoria dos coagidos, menores e inimputáveis, sob o fundamento de que suas decisões estão subordinadas aos homens de trás e não realizam o tipo como “obra sua”. Entretanto, o domínio do fato do homem de trás e o domínio do fato do executor direto podem concorrer simultaneamente. O primeiro se manifesta pelo domínio da vontade por parte do autor mediato, que será explicitado mais detalhadamente na sequência, e o outro pelo domínio da ação por parte do autor imediato, que se alicerça na realização dolosa direta do tipo. Ambas as formas de dominar o fato possuem caráter estrutural diverso e, quando ocorrem concomitantemente, o domínio da vontade pode sim sobressair ao domínio da ação, mas não eliminá-la.

5.2 Domínio funcional do fato

No amplo espaço de atividade delitiva em cooperação, surge a figura do coautor, no contexto do domínio funcional do fato. A coautoria é reconhecida como cooperação baseada na divisão de trabalho através da participação ajustada ao fato e se caracteriza sempre pela participação ativa na execução do delito. Baseia-se no compromisso mútuo, no atuar conjunto fundado na divisão de funções e na estrutura horizontal dos intervenientes. (ROXIN, 2009, p. 72).

São atuações coordenadas de pelo menos duas pessoas, em divisão de tarefas. A coautoria é determinada essencialmente em função de haver uma decisão comum de praticar o ato e, ao mesmo tempo, uma contribuição individual relevante para a realização conjunta do plano idealizado, de forma que sem essa contribuição, o fato punível não seria realizado. Nesse ponto, Nilo Batista esclarece que cada coautor tem em suas mãos o êxito do fato, pois a falta da sua contribuição levaria ao seu insucesso. (BATISTA, 2005, p. 101).

Presentes os dois requisitos, ou seja, se juntos decidem praticar o fato criminoso e contribuem para sua realização com um ato relevante, serão todos coautores do fato como um todo, resultando em imputação recíproca. O comportamento de cada um é imputado aos demais, surgindo um comportamento comum, o que se consolida na medida em que todos tenham um plano em comum e

ofereçam uma contribuição relevante à execução da ação típica. (LEITE, 2014, p. 158). A imputação recíproca traz severa consequência jurídica: cada um responderá não pelos seus próprios fatos, mas também por fatos, à primeira vista, de terceiros. (GRECO et al, 2014, p. 95).

A título de exemplo, se A segura B, para que C o apunhale e o mate, o que de fato ocorre, A e C são coautores do crime de homicídio, de acordo com a teoria do domínio funcional do fato. Mas se fosse desconsiderada a imputação recíproca, A seria autor apenas do delito de constrangimento ilegal e somente C seria autor do crime de homicídio, em razão do domínio do fato pela ação de cada um ou face à teoria formal-objetiva.

De acordo com os ensinamentos de Nilo Batista,

O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio "integral" do fato, do qual tocaria a cada co-autor (*sic*) certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o co-autor (*sic*) tem reais interferências sobre o seu Se e o seu Como; apenas, face à operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso. (BATISTA, 2005, p. 101).

Em resumo, o domínio funcional do fato é o critério reitor que fundamenta a coautoria no âmbito da teoria do domínio do fato e cria a possibilidade da denominada imputação recíproca.

Há uma questão deveras controvertida no que se refere à fase em que ocorreria a contribuição relevante para que se possa legitimar a coautoria e, assim, afirmar o domínio funcional do fato. Roxin exige, com base na teoria do domínio do fato, um aporte relevante e efetivo aos atos executórios, em momento posterior ao início da tentativa, e não considera suficiente, para determinar a coautoria, um aporte altamente relevante durante os atos preparatórios, isto é, antes de iniciada a execução do delito. (LEITE, 2014, p. 159).

Para ele, não é indispensável que a contribuição seja fornecida no local da ocorrência da execução. Mas a falta da contribuição relevante na fase executória não pode ser suprida por uma contribuição prestada na fase preparatória, por maior que esta seja. Além do que, o interveniente não terá efetivo domínio do fato se não

contribuir para a realização do tipo na fase da execução do fato típico. (GRECO et al, 2014, p. 96).

O domínio funcional do fato não tem qualquer relação com o fato de Roxin adotar a dogmática funcionalista do delito, o que muitas vezes gera confusão terminológica ao tratar da doutrina desenvolvida pelo autor alemão. Na realidade, o termo *funcional* é usado de duas formas, em contextos diferentes. O domínio funcional do fato é apenas uma das concretizações da teoria do domínio do fato delineada por Roxin.

Sobre outro aspecto, a denominação concurso de agentes, ao menos para os defensores do conceito restritivo de autor, refere-se ao concurso de autores e partícipes, e a coautoria está relacionada ao concurso de vários autores. Coautoria também não se confunde com autoria colateral, situação em que os comportamentos dos diversos autores não são coordenados e nem todos contribuem de maneira relevante para a realização de um determinado tipo, circunstância em que cada um responde somente pelos seus próprios atos.

Essencial é perceber que o domínio funcional do fato é somente uma ideia reitora da autoria como figura chave do acontecer típico e que o fundamental é se atentar para os elementos materiais que concretizam esse tipo de domínio, a saber, a decisão comum de praticar o ato e a contribuição relevante para a realização conjunta, cumulativamente.

5.3 Domínio do fato pela vontade

Entre as questões mais debatidas a respeito da autoria encontra-se a seguinte: é possível ser autor aquele que não executou o fato por si mesmo, mas se envolveu de alguma forma com o fato delituoso? A resposta é afirmativa, pois também domina o fato e, assim, é figura central do acontecer típico, aquele que, não obstante não ter realizado a ação típica de mão própria, detém a vontade sobre a conduta de uma agente executor. Não se trata de mera instigação ou de reduzir a autoria a uma mera causação.

O domínio da vontade de um terceiro se distingue nitidamente da estrutura do domínio da ação: enquanto que neste o que fundamenta a autoria é a realização da

ação típica de mão própria, naquele falta essencialmente a ação executiva do homem de trás e seu domínio do fato somente pode se fundar em seu poder sobre a vontade do executor. O homem da frente é tido como um mero instrumento nas mãos do autor mediato.

O domínio do fato pela vontade se diferencia também do domínio funcional do fato e da coautoria, que se baseia na obrigação mútua e possui estrutura horizontal. No domínio da vontade não há imputação recíproca como na coautoria, mas sim imputação unilateral, uma vez que o comportamento daquele que é usado como instrumento é imputado ao homem de trás, mas não o contrário.

São três, fundamentalmente, as expressões do domínio do fato em razão do domínio da vontade de outrem: o domínio da vontade **em virtude de coação**, o domínio da vontade **em virtude de erro**, e o domínio da vontade **em virtude de aparatos organizados de poder**, esse último também conhecido como domínio da organização, ou domínio por organização, onde se insere a figura do “autor de escrivania”, objeto de análise principal deste trabalho.

São, na verdade, três formas de se dominar a vontade do executor imediato.

5.3.1 Domínio da vontade em virtude de coação

No domínio da vontade em virtude de coação, o homem de trás se utiliza de um agente não livre e exerce sobre ele uma considerável pressão motivadora que o faz realizar o tipo, de mão própria e dolosamente. É a autoria mediata fundada no domínio da decisão volitiva do executor direto.

Conforme indica Claus Roxin, as situações coativas constituem uma das hipóteses mais controvertidas da autoria mediata, pela dificuldade de se mensurar previamente quão intenso há de ser o constrangimento de outrem para que o homem de trás possa realmente ter o domínio do fato. Dominar alguém que sabe o que faz é, em princípio, algo excepcional, que somente pode ser aceito com base em critérios delineados pelo ordenamento jurídico, uma vez que resulta na dispensa do autor imediato da responsabilidade penal por sua atuação, dando sinais de que o que interessa efetivamente é responsabilizar o homem de trás. (ROXIN, 2000, p. 712).

Para ilustrar, se A sequestra a filha de B, gerente do banco, ameaçando matá-la caso B não abra o cofre e facilite o assalto ao banco, A é autor do delito de roubo que venha a ocorrer, pois domina a vontade de B, usando-o como instrumento.

5.3.2 Domínio da vontade em virtude de erro

Na segunda expressão do domínio do fato pela vontade, o autor mediato possui um conhecimento mais amplo e capta com mais profundidade o significado social do acontecer da ação, uma vez que se encontra em situação de superioridade psíquica ou intelectual em relação ao homem da frente, que não pode opor sua livre vontade autônoma ao que não é acessível ao seu entendimento. (ROXIN, 2000, p. 258).

Enquanto que nas situações coativas a autoria mediata do homem de trás se assenta no domínio da decisão volitiva do executor direto, nas circunstâncias de erro importa o conhecimento superior do homem de trás, que lhe permite controlar e dominar o executor direto como se esse fosse uma marionete. (GRECO et al, 2014, p. 26).

A possibilidade de controle e domínio sobre o outro articula-se em quatro graus, que escalonam os vários erros fundamentadores da autoria do homem de trás. São eles: erro de tipo, erro de proibição evitável, erro quanto à pessoa e erro sobre a dimensão do injusto.

A título de ilustração, se A dá a B uma arma supostamente descarregada e convence-o a “assustar” C, apertando o gatilho, o que resulta na morte de C, B agiu em **erro de tipo** e A é autor mediato do crime de homicídio em razão do domínio do fato pela vontade. Se o estudante de direito A diz para B que não é proibido sair do país portando U\$30.000 sem declarar à autoridade competente e B assim o faz, A é autor mediato do crime de evasão de divisas por ter causado e se aproveitado do **erro de proibição evitável** de B. Se A diz para B: “pode atirar, é C”, mas, como sabia A, se trata de D, A é autor mediato do crime de homicídio em razão do domínio do fato pela vontade em virtude de **erro quanto à pessoa**. E por último, se A diz para B: “destrua esse quadro, é uma mera cópia de um Rubens”, apesar de

saber que se trata de um original, A é autor mediato do crime de dano em razão do domínio do fato pela vontade em virtude de **erro sobre a dimensão do injusto**. (GRECO et al, 2014, p. 26).

As duas últimas circunstâncias referem-se a um engano sobre o sentido concreto da ação e não excluem ou reduzem o dolo ou a culpabilidade do executor direto. Mas como percebe Roxin, basta o conhecimento superior do homem de trás para fundamentar a autoria mediata, mesmo que essa superioridade seja em relação a um executor absolutamente responsável, que atua de modo plenamente delitivo e apenas se equivoca com relação à pessoa ou à quantidade do injusto, ideia essa que é compartilhada por muitos, mas que tem suscitado críticas e debates nas últimas décadas. (ROXIN, 2000, p. 721).

5.3.3 Domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder

O domínio do fato pela vontade em virtude de aparatos organizados de poder se apresenta como uma terceira expressão de autoria mediata, claramente distinta do domínio da vontade em virtude de coação ou erro. Também denominado domínio da organização, pressupõe que em uma organização delitiva o homem de trás, que ordena fatos puníveis com poder de mando autônomo, pode ser responsabilizado como autor mediato se o executor direto igualmente for punido como autor plenamente responsável. (ROXIN, 2009, p. 69).

Nessa hipótese se insere o “autor de escrivania”, ou “autor de escritório”, o que terá tratamento peculiar no próximo capítulo, pelo fato de se constituir no coração da presente dissertação de Mestrado.

6 DOMÍNIO DO FATO PELA VONTADE EM VIRTUDE DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

A figura da autoria mediata em razão de aparatos hierarquizados de poder é, precisamente, a mais importante consequência da teoria delineada por Roxin e uma de suas maiores contribuições para a estrutura dogmática da autoria. Para Luís Greco e Alaor Leite, essa é a mais patente resultância da teoria desenvolvida por Roxin. Transformou-se em doutrina majoritária alemã, foi admitida pela jurisprudência argentina e peruana, e conquistou reconhecimento no direito penal internacional. (GRECO et al, 2014, p. 35).

Alaor Leite lembra que a teoria roxiniana foi desenvolvida para situações em que a estrutura organizacional atua integralmente dissociada do direito, como **estados totalitários, organizações criminosas e máfias**. (LEITE, 2014, p. 140). Roxin entende que crimes de guerra, de Estado e de outros aparatos organizados de poder não podiam ser percebidos adequadamente apenas com os parâmetros dos delitos individuais. (ROXIN, 2000, p. 270). Os casos do nazista Adolf Eichmann, do agente do serviço secreto soviético Staschynski e do ex-presidente peruano Alberto Fujimori, que serão abordados mais adiante, ilustram com clareza a problemática.

O que fundamenta a autoria mediata daquele que dá as ordens sem utilizar os artifícios de coação ou erro não é apenas um *animus auctoris* ou um relevante interesse no sucesso do delito no sentido da teoria subjetiva. Isso ocorre normalmente também com instigadores e, portanto, não pode ser critério para distinguir autoria e participação.

Nessa expressão do domínio da vontade, também denominado domínio da organização, o autor mediato tem à sua disposição uma engrenagem de poder, quase sempre organizada estatalmente, e a usa para cometer seus crimes sem depender de uma decisão autônoma do executor. Isso não significa que o executor não deva ser responsabilizado penalmente por seu ato, pois não se trata de transferência da responsabilidade daquele que realiza a ação típica de mão própria para o homem de trás, uma vez que o homem da frente permanece sendo autor imediato.

Essa manifestação da autoria mediata, desenvolvida de forma original por Roxin, é uma das várias concretizações da ideia de que autor é a figura chave do acontecer típico e deixa claro que o aspecto estrutural do domínio do fato é o de um conceito aberto. Não se trata de conceito indeterminado, o que seria insatisfatório metodológica e dogmaticamente e, na prática, inútil, por favorecer decisões judiciais de conteúdo discricionário e, muitas vezes, arbitrário. Não se trata, ainda, de conceito fechado, pois não se pode fazer uso de elementos previamente determinados, apreensíveis através de um ato de subsunção objetivamente verificável, com o intuito de resolver casos concretos, por via de procedimento dedutivo, em nome de uma suposta segurança jurídica. Os conceitos acessíveis a um procedimento de decisão judicial isento de valoração são raros e eventual fórmula abstrata delimitando firmemente autoria e participação teria que aproximar-se da realidade e dar conta da pluralidade de grupos de casos que existem, o que seria sempre insuficiente. (ROXIN, 2000, p. 141-144).

Como conceito aberto, permite refinar descritivamente as formas estruturais do domínio inseridas na matéria jurídica a partir da observação direta dos fenômenos da realidade e sua análise. (ROXIN, 2000, p. 279).

A adoção da teoria do domínio da organização pode até agravar a responsabilidade penal do interveniente, mas não tem o condão de transformar absolvição em condenação, pois sem a teoria o homem de trás seria um instigador, o que também teria consequências penais. O resultado jurídico da aplicação da ideia do domínio pela vontade em virtude dos aparatos organizados de poder é, assim, a conversão do instigador em autor mediato.

Não importa se há pluralidade de vítimas ou se é grande a quantidade de intervenientes na realização do fato típico. O critério material para a configuração do domínio da organização é a estrutura hierarquizada de poder completamente apartada da ordem jurídica e, em consequência, o domínio do curso do acontecer devido ao poder superior sobre um aparato organizado que tem à sua disposição.

Isso não significa que para a determinação da autoria mediata é suficiente a mera posição topográfica no organograma da organização e que o superior hierárquico não precisa ter relação direta com o crime. O líder da “organização criminosa” nem sempre é a figura central do acontecer típico e o principal

responsável pelo fato delituoso. É inadmissível a tendência de se castigar o chefe da organização simplesmente por sua posição hierárquica, como consequência de um indevido conceito fechado de autoria. Ocupar posição de comando dentro da hierarquia da organização não faz dele, necessariamente, autor mediato, nem mesmo coautor, de uma conduta praticada por alguém inteiramente responsável, integrante do grupo. Ademais, se sua atividade se limitou a planejar o delito, deixando aos demais a responsabilidade pela execução, pode ser considerado um instigador, e não um autor mediato.

Nem mesmo o aparente conceito extensivo de autor que parte da comunidade jurídica extrai do artigo 29 do Código Penal brasileiro abraça essa ideia, pois ter uma posição de destaque em uma organização não significa que o homem de trás contribui com uma causa para a produção do resultado eventualmente delituoso.

Além disso, o poder que o homem de trás eventualmente possui de evitar o fato não significa, necessariamente, que ele tenha o domínio do fato. Não se pode confundir omissão com domínio do fato, haja vista que este se refere a delitos de domínio, e aquele a delitos omissivos, e somente quem age positivamente pode dominar. Apenas quem tem uma conduta positiva pode deter nas mãos o curso do acontecimento típico.

O domínio da organização também se distingue da figura da responsabilidade do superior existente no direito penal internacional, que funda-se no raciocínio de que aquele que está em posição topográfica no organograma da organização se omite contrariamente ao dever de evitar fatos puníveis de seus subordinados. É como uma responsabilidade do administrador do negócio pelo comportamento alheio. (ROXIN, 2011, p. 19).

A teoria do domínio do fato pela vontade através de aparatos organizados de poder tem causado grande impacto na doutrina e na jurisprudência e tem suscitado várias críticas e adesões. No Brasil, são plurais os equívocos conceituais envolvendo o domínio da organização, que sofreu manipulação teórica por parte da Corte Suprema na Ação Penal 470, caso este que terá tratamento peculiar mais adiante. A aceitação da autoria mediata pelo direito brasileiro não é facilitada pela legislação, que não reconhece categoricamente a autoria mediata, ao contrário da legislação alemã, que define expressamente autoria mediata como “realização do

fato por meio de outrem”. Isso contribui para que parte da comunidade jurídica questione a respeito da existência de uma autor por trás de um autor no direito pátrio. A principal crítica diz respeito à incompatibilidade entre um domínio da vontade pelo homem de trás e um domínio da ação pelo executor imediato do crime.

Mas o domínio da vontade exercido pelo autor imediato que executa o fato com suas próprias mãos não exclui o domínio exercido pelo “autor de escrivania”, que controla toda a estrutura hierarquizada de poder. A hipótese de uma autoria vertical graduada composta pela autoria imediata daquele que executa o fato típico de mão própria e pela autoria mediata daquele que ordena o fato punível identifica-se de forma bastante razoável com o hodierno funcionamento das organizações delitivas: os crimes não se realizariam sem os superiores hierárquicos, mas também não se realizariam sem os voluntários que estivessem sempre à disposição. Tanto os que ocupam posição topográfica no organograma da organização quanto os executores fungíveis “são, em igual medida, figuras centrais na execução exitosa de um crime sistêmico.” (ROXIN, 2011, p. 16).

É importante frisar que a responsabilidade penal do homem de trás, fundada em mera posição de destaque na organização vertical e hierarquizada, sem que haja dolo, viola os princípios fundamentais do direito penal do Estado de Direito, vez que em desacordo com a essência da dogmática penal e com o sentido da delimitação entre autoria e participação baseada no complexo de questões da tipicidade e no princípio da reserva legal. Nos dizeres de Juarez Cirino dos Santos, “o dolo, conforme um conceito generalizado, é a vontade consciente de realizar um crime, ou, mais tecnicamente, vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime”. (SANTOS, 2008, p. 134). Se o chefe da organização não agiu com vontade consciente de realizar o tipo e nem ao menos agiu assumindo o risco de sua realização, não se trata de domínio do fato.

Yarochevsky chama a atenção para o dolo do agente, advertindo que,

[...] a posição de domínio somente pode ser concebível com a intervenção da consciência e vontade do agente. Não podendo, assim, haver domínio do fato sem dolo, compreendido como conhecer e querer os elementos objetivos que compõe o tipo legal. (YAROCHEWSKY, 2012).

Para instrumentalizar o aparato de poder como forma de autoria mediata e, assim, delinear adequadamente a figura do “autor de escrivania”, o modelo de Roxin prevê os seguintes requisitos: forma verticalizada da organização, fungibilidade do executor, atuação da organização à margem do direito e disposição consideravelmente elevada do executor para o fato. Tais pressupostos refletem um conjunto de regras supranacionalmente válidas para casos que podem ocorrer em qualquer lugar do mundo (ROXIN, 2011, p. 12) e serão analisados na sequência.

6.1 Aspectos metodológicos do domínio da organização

Para delinear de forma apropriada a figura do “autor de escrivania”, o modelo original de Roxin previa três requisitos, tidos como pressupostos para a determinação da autoria mediata em virtude do domínio da organização: estrutura verticalizada da organização, fungibilidade do executor e atuação da organização à margem do direito.

Em 2006, durante conferência em Sevilha, Roxin apresentou uma quarta condição para instrumentalizar o aparato de poder como forma de autoria mediata: a disposição consideravelmente elevada do executor para o fato. (BAILONE, 2011, p. 31).

Tais pressupostos não foram desenvolvidos por Roxin com o intuito de serem tratados como critérios objetivos aptos a lastrear a fixação do domínio do fato como conceito fixo, mas como parâmetros de um conceito aberto de autoria, para análise de circunstâncias concretas e materiais de fatos que ocorrem no mundo real, permitindo fundamentar o domínio do fato do homem de trás em organizações delitivas.

6.1.1 Forma verticalizada

Para que se configure o domínio da organização, é necessário que a estrutura organizacional seja vertical e hierarquizada, o que concede ao homem de trás o poder de emitir ordens, ao contrário do que se apresenta em situações de coautoria, com estrutura horizontal e obrigações mútuas.

Em geral, quem integra uma máquina organizativa, seja em que nível for, de tal modo que pode transmitir ordens a subordinados, é autor mediato em virtude do domínio da organização, pois utiliza sua posição hierárquica para que outros executem as ações delituosas. Dessa forma, um ato que consiste em assinar um documento ou falar ao telefone pode traduzir-se em um assassinato. É irrelevante que o executor aja por iniciativa própria ou em interesse e por ordem de instâncias superiores. O decisivo é que o homem de trás ordena fatos puníveis, com poder de mando, para a parte da organização que lhe está subordinada, sem ter que deixar a critério de outros a realização do delito.

Assim é que o domínio da organização pode se manifestar quando o sujeito intervém não no princípio nem no final do fato, mas quando sua intervenção se limita ao escalão intermediário. Do planejamento à realização do delito pode haver uma larga cadeia de “autor de trás de autor”, cada instância dirigindo gradualmente a parte da cadeia que lhe cabe conduzir. (ROXIN, 2000, p. 275-276).

6.1.2 Fungibilidade do executor

De acordo com os ensinamentos de Roxin, para caracterizar o domínio do fato pela vontade em virtude dos aparatos organizados de poder é fundamental a possibilidade de substituir facilmente o inferior hierárquico originalmente designado para executar a ordem quando este se recusar a cumpri-la. A falta ou a recusa do homem da frente não impede a posterior realização do fato típico por outro que será prontamente designado para substituí-lo. A existência de vários autores imediatos potenciais e a possibilidade de escolha do mais indicado para a missão também contribuem para o êxito do acontecer típico. (ROXIN, 2000; ROXIN, 2011).

Entretanto, há na comunidade jurídica um certo debate acerca da fungibilidade do executor. Hernandez Plasencia rebate essa ideia argumentando que a fungibilidade não é requisito essencial, voltando-se contra a própria construção teórica, na medida em que aceitar que o executor possa se recusar a cumprir a ordem significa admitir a mera instigação por parte do homem da retaguarda. (PLASENCIA⁷ apud PRADO, 2011, p. 572).

⁷ PLASENCIA, J. U. Hernández. **La autoría mediata el derecho penal**. Granada: Comares, 1996.

Para Roxin, a fungibilidade do homem da frente é fator decisivo para fundamentar o domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, pois há somente três situações em que é possível controlar um acontecimento levado a cabo por outro sem interferir diretamente: forçando o agente (coação), utilizando-o como fator causal cego em relação a circunstância decisiva para a autoria (erro), ou contando com a exata possibilidade de substituir o executor.

Nessa última situação, não falta nem liberdade nem responsabilidade do executor da ação, que deve responder como autor direto, de mão própria. Mas essas circunstâncias são irrelevantes para determinar a autoria do “autor de escrivania”, na medida em que o executor se apresenta como figura anônima e descartável. O autor imediato, se não pode ser desbancado de seu domínio da ação, sem embargo é ao mesmo tempo uma engrenagem na maquinaria do poder, substituível a qualquer tempo, e esta dupla perspectiva impulsiona o homem de trás, junto com o homem da frente, ao centro do acontecer. (ROXIN, 2000, p. 272-273).

6.1.3 Atuação dissociada do direito

É certamente polêmica a discussão a respeito da atuação da organização às margens do ordenamento jurídico para a determinação da autoria mediata em virtude do domínio da organização, pois grande parte da comunidade jurídica entende que o domínio do fato pela vontade em virtude das maquinarias de poder organizadas apenas envolveria fatos ocorridos em sociedades não empresariais. Estes defendem que se se tratar de organização formalmente constituída, não dissociada da ordem jurídica, não há o que se falar em domínio da organização.

Kai Ambos, ao contrário, defende que é desnecessária e prescindível essa característica, pois para ele basta que a organização seja estruturada de modo hierárquico e que a ordem seja dada pelo homem de trás para executores fungíveis. (AMBOS⁸ apud BAILONE, 2011, p. 34). Esse entendimento foi o que predominou no Supremo Tribunal Federal Alemão, quando, em 1994, condenou autoridades políticas como autores mediatos e soldados atiradores como autores diretos, por

⁸ Ambos, Kai; Grammer, Christoph. **Dominio del hecho por organización, la responsabilidad de la conducta militar argentina por la muerte de Elizabeth Käsemann**, parecer do Max Planck Institut, p. 12.

crimes relacionados à ex-República Democrática Alemã (RDA), no que foi chamado de “o caso dos atiradores do muro” (*“Mauerschützen”*). As autoridades teriam determinado, embora não diretamente, que os soldados atirassem nas pessoas que tentassem fugir da RDA.

Aqueles que intentam aplicar tal construção a sociedades empresariais começam, em geral, por negar a necessidade desse pressuposto, para, assim, aplicar essa expressão de autoria mediata a toda organização verticalmente estruturada e com executores fungíveis.

Historicamente, a manifestação mais frequente do domínio da vontade por meio de um aparato hierarquizado de poder vem daqueles que ostentam o poder estatal e cometem delitos relacionados à violação de direitos humanos com ajuda de organizações subordinadas a eles, em um ambiente em que já não estão mais vigentes as garantias do Estado de Direito.

Mas também a figura jurídica do domínio da organização pode igualmente ser aplicada a movimentos clandestinos, organizações secretas, grupos criminosos e semelhantes. São também organizações verticais e rígidas, com orientação contrária ao ordenamento jurídico estatal, que violam as normas penais positivas e que funcionam como um “Estado dentro do Estado”. Nesse grupo são comuns os crimes relacionados a atentados políticos. O decisivo é que os membros da hierarquia inferior não operam por conta própria, mas como órgãos subordinados à cúpula diretiva, cuja autoridade reconhecem. A iniciativa posta em marcha pelo homem de trás se realiza independente da pessoa do executor. Quando, após algumas tentativas sem êxito, finalmente se obtém sucesso em um fato criminoso, este deve ser imputado ao chefe da “organização criminosa” que detém o domínio do fato, pois entre sua vontade e o êxito do crime não houve nenhuma decisão determinante de um indivíduo. O executor direto pode até subtrair sua ação do delito, mas nunca deter a marcha do acontecimento. (ROXIN, 2000, p. 277-278).

No entender de Alaor Leite, a teoria do domínio da organização foi desenvolvida para situações em que a estrutura organizacional atua plenamente à margem da ordem jurídica, como **estados totalitários**, **organizações criminosas** e **máfias**. Dentro dessas organizações, aquele que tem poder de mando tem a certeza de que suas ordens ilícitas serão cumpridas, pois sempre haverá um inferior servil e

fungível, o que não ocorre em uma empresa constituída conforme o direito. (LEITE, 2014, p. 140).

Nesse contexto, o critério material da autoria mediata do “autor de escrivania” reside no funcionamento clandestino, à margem do direito, e não no mero poder de mando. Isso não significa que não se possa atribuir autoria a um superior que emite ordens, mas tal atribuição não se dará em razão do domínio do fato pela vontade em virtude de aparatos organizados de poder, ou seja, em razão do domínio da vontade do homem da frente.

Roxin (2000) inicialmente defendia que há domínio da organização somente quando a estrutura, em seu conjunto, se encontra desvinculada do ordenamento jurídico, como **máfias, grupos terroristas ou ditaduras**, posto que uma organização formalmente constituída, moldada conforme o direito, exclui a falta de alternativa quanto ao cumprimento de ordens antijurídicas e com ela o domínio da vontade por parte do “autor de escrivania”.

Para Roxin, somente em organizações de natureza criminosa como as citadas, o superior que emite ordens detém o domínio sobre a atuação concreta e responsável do executor de suas ordens. Quando em uma sociedade empresarial um superior emite uma ordem ilegal a um subalterno ou quando em um Estado de Direito uma autoridade determina a seus subordinados que cometam delitos ou, ainda, quando nas Forças Armadas um comandante transmite ordens antijurídicas, não estando envolvido coação ou erro, a instrução ilegal não coloca a maquinaria em movimento. Se a ordem é obedecida, não se trata de um fato relacionado a um aparato organizado de poder e sim de uma iniciativa particular levada a cabo não com o aparato, mas contra ele, ficando excluído do âmbito do domínio da organização. Ademais, nessa situação, não se pode falar em fungibilidade do executor. (ROXIN, 2000, p. 277).

Em 1998, durante conferência realizada em Huelva, Espanha, **Roxin mudou seu ponto de vista originário** e afirmou que a desvinculação da organização do direito não precisa ser total e que basta que o fato concreto seja realizado à margem do direito. (BAILONE, 2011, p. 34). Em outras palavras, basta que o aparato que utilizou funcione fora da ordem jurídica. Assim, a organização não necessita ser afastada do direito em todos os aspectos, mas apenas no marco dos tipos penais

por ela realizados. Além do mais, para a análise da desvinculação do direito, é irrelevante a visão passada do sistema organizacional, o que importa é a avaliação jurídica da organização no momento da ocorrência do fato típico. (ROXIN, 2009, p. 81). O aspecto fundamental é que em uma organização formalmente constituída, o executor tem ciência de que poderá responder penalmente pelo seu ato, o que exclui a ideia de domínio da organização. Mas em uma estrutura desvinculada do direito, como por exemplo uma ditadura, o executor atua certo de que nada vai acontecer, pois tem a garantia do regime totalitário.

Em resumo, o domínio da organização pressupõe uma máquina de poder que pode ocorrer tanto num Estado que rompeu com a legalidade, como numa organização paraestatal que funciona como uma máquina de poder autônoma e clandestina.

6.1.4 Disposição elevada do executor

A disposição consideravelmente alta do executor imediato para o fato é também condição para instrumentalizar o domínio do fato pela vontade em virtude dos aparatos organizados de poder. Isso se deve à circunstância de que quem dirige a maquinaria de poder tem um interesse relevante no êxito do delito e a disposição do executor em realizar o tipo penal incrementa perceptivelmente a probabilidade de sucesso da ordem dada pelo homem de trás.

Em seus últimos trabalhos, Roxin acrescentou mais este requisito para a determinação da autoria mediata do “autor de escrivania”, mas deixou claro que ele nada mais é do que um requisito potencialmente confirmador do domínio do fato do homem de trás que a afirmação dos três pressupostos anteriores já praticamente demonstrava. (GRECO; LEITE, 2011, p. 121).

Trata-se de um critério deduzido dos outros pilares do domínio da organização, e não de um critério autônomo. Nos dizeres de Roxin,

[...] o poder de emitir ordens que possui o homem de trás, se não configura ainda uma coação, nos aproxima um passo a mais de uma situação de coação: o solícito executor teme por vezes que, em caso de recusa, perca sua posição, ganhe o desprezo dos colegas ou sofra quaisquer outros prejuízos sociais e, por isso, é conduzido fortemente a uma situação de alta disposição para o fato. Além disso, o afastamento do direito do aparato

pode elevar a disposição para o fato na medida em que o executor imediato se renda às suas ambições profissionais, da necessidade de ter sucesso, de suas obsessões ideológicas e mesmo de motivações sádicas ou criminosas, na suposição de que não vai ser chamado a responder penalmente. Por fim, mesmo a fungibilidade dos indivíduos pode conduzir a uma disposição para o fato, já que alguém que, por si só não cometeria o fato, acaba participando, já que “caso eu não faça, alguém o fará de qualquer forma”. (ROXIN, 2011, p. 18).

A disposição para o fato consideravelmente elevada do executor, não obstante ser um fenômeno que é influenciado pelos demais pressupostos do domínio da organização, acaba fortalecendo a afirmação de um domínio do fato por parte daquele que emitiu ordens, uma vez que seu domínio depende do grau de certeza que possui em relação à exata concretização de seu comando. A expectativa de sucesso da realização do fato típico aumenta de modo sensível quando o “autor de escrivania” pode contar com uma disposição essencialmente elevada para o fato por parte dos executores imediatos no interior de um aparato organizado de poder. (ROXIN, 2011, p. 19).

6.2 Coautoria e participação no contexto de aparatos de poder

Não se confunde autoria mediata em virtude do domínio da organização com as formas de coautoria ou de participação. Segundo o posicionamento de Roxin, quem senta à frente do volante do poder e utiliza o aparato organizado à sua disposição para cometer delitos jamais será coautor ou instigador, e sim autor mediato. (ROXIN, 2011, p. 14).

A despeito disso, Roxin defende que pode ocorrer que intervenientes sejam coautores ou meros partícipes no fato delituoso quando envolvido um aparato organizado de poder, mas essa construção não exige toda a complexidade metodológica que é exigida para a identificação do “autor de escrivania”.

O líder de uma “organização criminosa”, ou qualquer espécie de “chefe de gangue”, será coautor, caracterizando domínio funcional do fato e não domínio da organização, se exercer um domínio coativo tendo em suas mãos cada um de seus homens subservientes. Não pode ser considerado autor mediato apenas em virtude de mera posição como líder do grupo criminoso.

Analogamente, na hipótese de se associarem meia dúzia de indivíduos para cometer delitos em comum e elegerem um deles como líder, este grupo não é um aparato de poder, pois se trata de relações individuais recíprocas sem a possibilidade de substituição de seus membros. (ROXIN, 2000, p. 278).

Günther Jakobs se opõe à teoria roxiniana do domínio da organização ao afirmar que a autoria mediata do homem de trás não é possível na atuação plenamente delitiva do executor. (JAKOBS⁹ apud BAILONE, 2011, p. 27). No caso de executores plenamente responsáveis, Jakobs entende tratar-se de coautoria. Para ele, apreciar a autoria mediata nesses casos é nocivo, pois encobre a vinculação organizatória de todos os intervenientes. Roxin contesta Jakobs, pois entende que no domínio da organização o homem de trás e o executor não decidem conjuntamente e não se sentem no mesmo nível hierárquico.

Não obstante a divergência, é inadmissível o que ocorre com parte da comunidade jurídica, que se desvia para a figura jurídica da coautoria em razão da circunstância de que a autoria mediata é de difícil comprovação. Tal proceder retira do foco a diferença entre ambas as categorias de autoria e reduz a coautoria a uma espécie de forma raquítica de autoria mediata. (ROXIN, 2000, p. 330).

Lado outro, é concebível que nos delitos cometidos num quadro de aparato hierarquizado de poder haja cumplicidade e instigação e que nem sempre aqueles que integram o aparato sejam autores. Qualquer atividade que não impulse diretamente o movimento da maquinaria pode fundamentar participação, como por exemplo, quando o agente, sem qualquer poder de mando, auxilia tecnicamente na elaboração de um plano de extermínio de pessoas (cumplicidade), ou quando ele, de fora do aparato, simplesmente instaura na cúpula a ideia de aniquilação de um grupo de pessoas, sem influência no curso dos acontecimentos (instigação). (ROXIN, 2000, p. 276).

6.3 Análise crítica

Da análise individual de cada um dos pressupostos para instrumentalização do aparato de poder como forma de autoria mediata, conclui-se que é verdadeiro

⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**, parte general. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

autor mediato não apenas aquele que coage ou induz a erro terceiro para que este execute de mão própria a ação típica, mas também aquele que possui o domínio de uma organização verticalmente estruturada e de conformação apartada da ordem jurídica, que emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática e que podem ser facilmente substituídos caso se recusem a cumprir a ordem.

Não é mero partícipe no papel de instigador. Este precisa repassar pessoalmente a decisão sobre a realização do fato típico para o autor imediato, o que não ocorre com o homem de trás que possui o domínio da organização. O instigador também precisa de um autor individualmente determinável, mas não o “autor de escrivinha”, haja vista que no interior de uma organização estruturada é possível deixar que o fato delituoso se realize praticamente de forma automática. Por fim, o autor mediato em razão do domínio da organização é figura central do acontecer típico, e o instigador é figura marginal da realização do fato típico, cuja contribuição se limita a desencadear o fato.

Também não se trata de coautoria, pois falta uma série de elementos exigidos para a configuração de um domínio funcional do fato. No domínio da organização não estão presentes nem a resolução comum para o fato, nem a realização conjunta do fato. Estão ausentes, ainda, a estrutura horizontal da coautoria e a relevância das contribuições prestadas em divisão de trabalho. Ademais, quem comanda a estrutura organizada de poder e dá ordens, em geral, não possui contato pessoal com quem posteriormente executará o fato típico. Na maioria das vezes sequer se conhecem. (ROXIN, 2011, p. 15-16).

Disso tudo decorre que pessoas em posição de comando em governos totalitários ou em organizações criminosas ou terroristas podem sim ser autores mediatos. A história está recheada de exemplos nesse sentido e demonstra, indubitavelmente, que em estruturas hierarquizadas que se desenvolvem à margem do direito, a responsabilidade daquele que ordena fatos delituosos tende a aumentar em função da distância que ele se encontra em relação ao acontecimento final. (GRECO et al, 2014, p. 28).

Por óbvio, isso não significa que os executores diretos são simples partícipes, uma vez que, como já explicitado, quem leva a cabo uma ação típica, de mão própria e dolosamente, tem o domínio sobre a ação e, portanto, é autor imediato.

Para considerar o homem de trás como um “autor de escritório” e, assim, determinar a autoria mediata, é necessário somar à ordem do homem de trás, a estrutura vertical e hierarquizada da organização, seu afastamento do direito, a fungibilidade do executor e, por último, a disposição elevada para o fato por parte do executor. Não basta a posição de comando para que seja, automaticamente, considerado autor mediato.

Por certo se requer que o suposto “autor de escritório”, dentro da organização rigidamente estruturada, tenha autoridade para dar ordens e que tenha o conhecimento e a vontade do resultado típico como obra própria e, ainda, que tenha lugar preponderante no seio da organização.

Em resumo, “o autor de escrivania” controla uma maquinaria de poder organizada dissociada da ordem jurídica, possui poder de mando e emite ordens que serão cumpridas automaticamente por executores fungíveis.

7 APLICAÇÕES CONCRETAS DO DOMÍNIO DO FATO PELA VONTADE EM VIRTUDE DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

O domínio do fato pela vontade através de aparatos organizados de poder tem suscitado várias críticas e adesões. Roxin reconhece que desenvolveu a tese em virtude do “caso Eichmann” (ROXIN, 2009, p. 2), julgamento de Adolf Eichmann, militar da Alemanha Nazista, ocorrido em 1961 em Israel, quando, então, foi condenado à pena de morte por crimes contra a humanidade.

Historicamente, a tese tem sido usada para responsabilizar penalmente aqueles que ordenam crimes políticos ou violam direitos humanos, mas também para alcançar os chefes de organizações no âmbito da delinquência econômica e do crime organizado. No entender de Matías Bailone, “os crimes de vitimização em massa que ensanguentaram o século passado necessitaram que o direito ajustasse seus instrumentos para poderem alcançá-los com seu braço punitivo.” (BAILONE, 2011, p. 24).

O caso Staschynski ilustra a problemática: agente de um serviço secreto estrangeiro, teria assassinado traiçoeiramente dois políticos exilados, com uma pistola de veneno, de mão própria e sem auxílio alheio, por ordem de uma potência estrangeira a qual era vinculado. O Supremo Tribunal Federal Alemão o condenou em 1962 somente como cúmplice do assassinato e considerou autores os superiores estrangeiros (desconhecidos) de quem partiu às ordens. (ROXIN, 2000, p. 270).

Sob o fundamento do domínio da organização, foram responsabilizados penalmente como autores os membros da Junta Militar argentina, por atos ocorridos durante a ditadura do governo Rafael Videla, conforme decisão da Suprema Corte daquele país, em 1986.

Também o Supremo Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*) condenou em 1994 autoridades políticas como autores mediatos e soldados atiradores como autores imediatos, por crimes relacionados à ex-República Democrática Alemã (RDA), no que ficou conhecido como “o caso dos atiradores do muro” (“*Mauerschützen*”). As autoridades políticas eram membros do Conselho Nacional de Segurança e deram a ordem, embora não diretamente, para que os soldados

atirassem nas pessoas que estivessem a ponto de cruzar a fronteira e fugir para a Alemanha Ocidental.

O caso envolvendo Albert Fujimori, que foi presidente do Peru no período compreendido entre os anos 1990 e 2000, resultou em sua condenação, em 2009, como autor mediato por violações dos direitos humanos enquanto esteve no poder, com a utilização da tese do domínio da organização.

Crimes de guerra, de Estado e de organizações que aqui se analisam não podem ser percebidos adequadamente apenas com os parâmetros do delito individual. As figuras jurídicas de autoria e participação, concebidas à medida dos fatos individuais, não dão conta dos acontecimentos coletivos, contemplados como fenômeno global.

É evidente que uma autoridade capaz de organizar o extermínio massivo de judeus, como aconteceu durante a Segunda Guerra Mundial, ou alguém que dirige um serviço secreto encarregado de perpetrar atentados políticos, domina a realização do resultado de maneira distinta de um instigador comum. Sua posição chave no acontecer global o distancia dos meros instigadores dos casos da criminalidade “comum”. Essa distinção se baseia no funcionamento peculiar do aparato de poder, que demonstra uma vida independente da identidade de seus membros. A maquinaria funciona “automaticamente”, não importa a pessoa individual do executor.

É o caso, por exemplo, de um governo ditatorial, que desenvolve um aparato de poder para eliminar desafetos ou grupos de pessoas. Nessa situação hipotética, o homem de trás se senta no comando da estrutura organizada, aperta o botão dando a ordem para matar e pode confiar que sua ordem será cumprida sem que sequer se conheça a identidade do executor. Tampouco é necessário que recorra a meios coativos ou enganosos, pois sabe que se um dos numerosos órgãos que cooperam na execução dos delitos deixar de cumprir a ordem, imediatamente outro irá substituí-lo, não sendo afetada a execução do plano delitivo. (ROXIN, 2000, p. 272).

No Brasil, a teoria do domínio do fato foi usada em 2012 no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Penal 470, que apreciou atos de corrupção política envolvendo compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional, o

que ficou conhecido popularmente pelo neologismo “Mensalão”. Na ocasião, entretanto, a doutrina delineada por Roxin foi substancialmente aplicada com imprecisões teóricas para, de forma desconexa, determinar a autoria de alguns acusados.

Para detalhar tais imprecisões, vamos analisar os critérios de aplicação da teoria nos casos Eichmann, Staschynski e Fujimori, antes de examinarmos as peculiaridades da Ação Penal 470.

7.1 Caso Eichmann

O julgamento de Adolf Eichmann, militar da Alemanha Nazista, ocorrido em 1961 em Israel, resultou em sua condenação à pena de morte por crimes contra a humanidade, tendo sido reconhecido como um dos principais responsáveis pelo assassinato de judeus no período nazista. Foi em virtude desse processo que Claus Roxin, em 1963, em seu artigo *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate* (Crimes como parte das estruturas de poder organizadas), desenvolveu as primeiras formulações da ideia do domínio por organização como forma de autoria mediata, incluindo-a como categoria da dogmática jurídica. (ROXIN, 2009, p. 70).

Segundo Luís Greco, a teoria “longe de ser uma abstração de uma mente brilhante, nasceu e cresceu no campo de batalha de casos concretos bastante delicados.” (GRECO; LEITE, 2011, p. 120).

Eichmann foi considerado autor mediato dos crimes de homicídio, porque, como alto funcionário, planejava a execução de judeus em campos de concentração, embora não matasse pessoalmente ninguém. (LE MOS JÚNIOR, 2004, p. 46). Durante o processo, o Tribunal de Jerusalém e a defesa mantiveram diferentes posturas na qualificação das questões de autoria e participação e, não obstante ambos terem captado e descrito acertadamente determinadas características do domínio da organização com respeito aos casos comuns de cooperação, não foram capazes de explicar dogmaticamente estes fenômenos de forma plena.

Na ocasião, a defesa de Eichmann argumentou que se ele tivesse se negado a obedecer as ordens de seus superiores a história do extermínio dos judeus teria se

desenvolvido da mesma forma. (ROXIN, 2000, p. 273). A maquinaria de dar ordens teria seguido funcionando sem ele, como ocorreu quando da morte do general Reinhard Heydrich em 1942, conhecido como o Carniceiro de Praga, chefe de um setor do Serviço de Inteligência da SS (organização paramilitar ligada ao partido nazista), responsável por investigar, prender e eliminar membros da oposição ao regime nazista, em especial nos países ocupados; seu sucessor, o oficial da SS Ernst Kaltenbrunner, deu continuidade às políticas e aos métodos do antecessor, exterminando os opositores ao regime nazista e as minorias étnicas. (REINHARD..., 2014). Ainda segundo o fundamento da defesa de Eichmann, os crimes não foram obra do indivíduo, mas sim do próprio Estado, este sim autor dos delitos.

De fato, estão claras as circunstâncias que fundamentam o domínio do fato pela vontade por parte das instâncias superiores a Eichmann, uma vez que a estrutura do aparato distancia o comportamento do homem de trás da instigação, suscitando a autoria de seus superiores. Mas a autoria de Eichmann, conquanto aparece como órgão executor unicamente em relação às instâncias que lhe são superiores, não resulta afastada. Quem comete um delito não se vê isento da responsabilidade sob o fundamento de que se não o tivesse cometido, outro o teria feito.

De outra parte, Eichmann não era apenas um executor, pois dele também partia ordens a subordinados, sendo-lhe, portanto, aplicável os critérios que transformam os homens de trás em autores mediatos.

Esse aspecto foi considerado pelo Tribunal de Jerusalém ao afirmar em sua sentença que a proximidade ou a distância daquele que matou de fato a vítima não pode de forma alguma ter influência no alcance da responsabilidade; o grau de responsabilidade aumenta quanto mais se distancia daquele que com suas mãos faz funcionar a arma assassina e quanto mais se aproxima dos postos superiores da cadeia de comando. Advertiu o Tribunal, ainda, que nestes crimes de proporções gigantescas e múltiplas ramificações, em que participaram várias pessoas em uma pluralidade de postos da escala de comando (planejadores, organizadores, executores de diversas categorias), não é adequado recorrer à aplicação dos conceitos comuns de instigação e cumplicidade, no que concorda Claus Roxin. Assim, os juízes invocaram o caráter de “crimes em massa” para excluir a aplicação

das categorias normais da participação e estimar a autoria. (ROXIN, 2000, p. 273-274).

O Tribunal reconheceu, assim, que Eichmann tinha o “máximo poder sobre o fato” e o “domínio sobre a forma”. (ROXIN, 2009, p. 74).

É evidente que não se trata de domínio da vontade por parte do homem de trás em razão de coação. Analisando-se a documentação histórica dos processos de Nuremberg, não se encontra nenhum caso em que alguém teria sido morto, ou ameaçado de morte ou de ser conduzido a um campo de concentração, por negar-se a cumprir ordens de matar. Também é evidente que não se trata de domínio da vontade em virtude de erro. Por certo, pode ocorrer de alguém matar de mão própria pessoas inocentes sem compreender o injusto material da conduta devido a uma obsessão ideológica. Pode, inclusive, calar a voz de sua consciência com a ideia da superior responsabilidade de quem lhe dá as ordens. Entretanto, eventual erro sobre a antijuridicidade formal que poderia existir não gera no homem de trás o domínio da vontade sobre o acontecer delitivo. (ROXIN, 2000, p. 271).

Vê-se que estão presentes todos os elementos materiais do domínio da organização: enquanto que, em geral, quanto mais longe um sujeito está da vítima e da ação típica direta, mais se encontra na zona periférica do acontecimento e excluído do domínio do fato, nestes casos, ao inverso, o afastamento do sujeito ao fato se compensa pela medida do domínio organizativo, que vai aumentando segundo se ascende na escala hierárquica do aparato.

Esta diferença estrutural envolvendo os homens de trás em relação aos executores não foi entendida pelo Tribunal, acertadamente, como instigação. Entretanto, quando para fundamentar a autoria o Tribunal se referiu a “crimes em massa” não apenas em respeito ao número de vítimas, mas também em relação ao número de coautores, o Tribunal utilizou-se de um ponto de vista não de todo convincente. O número de cooperadores, por si só, não pode transformar os partícipes em autores e a pluralidade de vítimas tampouco é decisiva para a autoria. (ROXIN, 2000, p. 274-275).

Mesmo tendo a teoria do domínio da organização origem na barbárie nazista, Roxin repele o mal-entendido de que o domínio da vontade por meio de um aparato

de poder organizado consista em uma construção *ad hoc* que só dificilmente pode se harmonizar com as formas tradicionais da autoria.

Para ele, os conceitos “comuns” de autoria mediata, a saber, coação e erro, não se ajustam a esta conjectura. Mas considerar a autoria mediata não significa uma espécie de direito de exceção para crimes especialmente reprováveis. A forma estrutural do domínio da organização somente pode ser aplicada, na prática, num quadro de Estado de Direito internamente consolidado. E havendo a possibilidade de materialização no mundo real, é tarefa da dogmática descrever seus elementos e atribuir o lugar que lhe corresponde na intrincada doutrina da autoria. Para enfrentar com sucesso essas formas extremas do atuar delitivo, a prática vai ter sempre que superar as dificuldades de sua própria natureza, haja vista que é muito propensa a servir-se das categorias tradicionais como de um arsenal fechado de conceitos. Só um conceito aberto do domínio do fato pode dar conta dos conteúdos substanciais desta matéria. (ROXIN, 2000, p. 279-280).

7.2 Caso Staschynski

O caso Staschynski ilustra satisfatoriamente a questão envolvendo o domínio da vontade em virtude dos aparatos hierarquizados de poder e o equívoco de se estimar a autoria com base na pluralidade de vítimas que envolve os “crimes em massa”.

O agente do serviço secreto soviético Staschynski assassinou traiçoeiramente dois políticos ucranianos exilados na Alemanha, em ocasiões diferentes, valendo-se de uma pistola com projéteis envenenados, de mão própria e sem auxílio alheio, por ordem da potência estrangeira. (ROXIN, 2000, p. 127; ZAFFARONI et al, 2002, p. 772).

Em 1962, o Supremo Tribunal Federal alemão considerou autores os superiores estrangeiros (desconhecidos) de quem partiram as ordens, atribuindo o domínio do fato pela vontade ao serviço secreto, uma vez que o agente encarregado de executar a ordem, Staschynski, independentemente de seu comportamento individual, teria sido usado como mera engrenagem no plano delitivo concebido à margem dele. Estes tipos de organização devem contar sempre com perdas e

deserções, sem que por isso o mecanismo do aparato fique seriamente prejudicado. Se um agente fracassa, outro irá substituí-lo, e precisamente esta circunstância transforma o homem da frente, não obstante seu próprio domínio da ação, em instrumento do homem de trás. (ROXIN, 2000, p. 275).

Entretanto, em manifesto desacordo com a teoria delineada por Roxin, a Corte condenou Staschynski somente como cúmplice do assassinato, por entender que faltou-lhe interesse próprio no resultado, adotando, assim, a teoria subjetiva da autoria, a despeito do fato de que o agente Staschynski teve a alternativa de não atender às ordens de seus superiores e entregar-se às autoridades alemãs, mas não o fez. Tal sentença, nesse ponto, põe à mostra um subjetivismo extremo, sequela da teoria do dolo (ROXIN, 2000, p. 127) e revela o equivocado entendimento de que para a determinação da autoria deve-se atender somente à direção interna da vontade e que o alcance da contribuição externa ao fato é absolutamente irrelevante.

Em linhas gerais, a argumentação se filiou à circunstância de que não havia *animus auctoris* por parte do agente do serviço secreto soviético, pois a ação não fora desejada como própria; havia, sim, *animus socii*, característico dos partícipes. (BATISTA, 2005, p. 68).

Enfim, demonstrou a insuficiência da delimitação da autoria pelo caminho do subjetivo, desconsiderando que quem realiza de mão própria todos os elementos de um tipo tem o domínio sobre a ação e, portanto, é sempre autor imediato.

9.3 Caso Fujimori

A teoria do domínio do fato foi utilizada no julgamento do ex-presidente peruano Alberto Fujimori, em decisão dogmaticamente exemplar, que, em nossa opinião, aplicou corretamente a teoria do domínio da organização. (LEITE, 2014, p. 140).

A relação entre o ditador Fujimori, seu serviço secreto e o comando especial de inteligência denominado Colina constituiu uma expressão da criminalidade estatal contra os direitos humanos, claramente dissociada do direito, e foi analisada pela Suprema Corte peruana durante julgamento ocorrido em 2009, que resultou em sua

condenação como “autor de escritório” por violação aos direitos humanos no período em que governou o país, nos anos de 1990 a 2000.

De acordo com o Tribunal, Fujimori ordenava fatos puníveis, com poder de mando, para conduzir uma política de combate a organizações subversivas, utilizando-se de uma estrutura organizada de poder ilegal e clandestina. A política de enfrentamento consistia na eliminação dos suspeitos de terrorismo e bases de apoio, afastando da ordem jurídica a organização estatal. As ações executivas pelas quais o ocupante do mais alto cargo do Estado peruano foi condenado como autor mediato referem-se aos crimes de homicídio e lesões corporais graves ocorridos em Barrios Altos e na universidade estatal La Cantuta, em Lima, capital do Peru, e aos crimes de sequestro envolvendo os porões do serviço de inteligência do exército (SIE). (AMBOS; MEINI, 2010). A Corte Suprema do Peru exigiu as provas de que Fujimori deu as ordens e controlou os sequestros e homicídios que foram realizados.

O caso é um exemplo das realizações concretas da teoria do domínio do fato pela vontade em virtude de aparatos organizados de poder. A decisão possui inegáveis contornos científicos e representa um passo adiante na construção de uma ciência jurídico-penal internacional.

Os quatro fatores, delineados por Roxin, que permitem fundamentar o domínio do fato do “autor de escrivania”, a saber, a estrutura verticalizada que concede ao homem de trás o poder de emitir ordens, a fungibilidade do executor, a atuação da organização à margem do direito e a disposição consideravelmente elevada do executor para o fato, “ocuparam lugar de destaque das exigências da Corte peruana e tiveram sua justificação material por ela afirmada e, por fim, foram considerados devidamente realizados no caso em questão.” (ROXIN, 2011, p. 11-13).

A Corte peruana analisou e afirmou a presença dos quatro pressupostos configuradores do domínio da organização. As considerações do Tribunal enriqueceram a discussão com algumas precisões: diferenciou a fungibilidade negativa da fungibilidade positiva. A primeira corresponde ao conceito clássico de Roxin que significa que a recusa do sujeito inicialmente designado para executar a ordem não impede sua posterior realização por outro que será prontamente

designado para substituí-lo. A segunda significa a existência de vários autores imediatos potenciais e a possibilidade de escolha do mais indicado para a missão.

A Corte Suprema peruana também distinguiu “de forma digna de aplauso o domínio da organização da chamada responsabilidade do superior (*Vorgesetztenverantwortlichkeit*) existente no direito penal internacional.” (ROXIN, 2011, p. 19). A responsabilidade do superior funda-se na ideia de que aquele que está em posição topográfica no organograma da organização se omite contrariamente ao dever de evitar fatos puníveis de seus subordinados. É como uma responsabilidade do administrador do negócio pelo comportamento alheio e a Corte acertou ao delimitar claramente o domínio da organização e a responsabilidade do superior.

A decisão do Tribunal peruano é um modelo a ser seguido e trouxe um significado histórico político e jurídico-penal. Como ressalta Roxin, o aspecto político refere-se à demonstração de que “é possível dar tratamento jurídico a um fato punível cometido por um ditador deposto no interior de um irrepreensível processo conforme o Estado de Direito [...]”. Já o aspecto jurídico-penal corresponde à evidência de que o julgamento analisou por completo a jurisprudência e doutrina do próprio país e conquistou novos argumentos ao considerar diligentemente a literatura estrangeira, “que é capaz de produzir consenso internacionalmente, para além das fronteiras do próprio país.” (ROXIN, 2011, p. 20).

7.4 Ação Penal 470

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem se servido, aos poucos, da construção dogmática de Roxin, como demonstra a Ação Penal 470, que tratou do julgamento do que, toscamente, se chamou de “Mensalão”. Durante o julgamento, em 2012, a Corte Suprema apreciou atos de corrupção política envolvendo compra de votos de parlamentares do Congresso Nacional e uniu teorias discordantes para, de forma desconexa, delimitar a autoria de alguns acusados. A imprecisão mais comum foi a de confundir teoria do domínio do fato com domínio da organização, reduzindo a teoria do domínio do fato a uma de suas aplicações concretas, como se domínio do fato fosse o mesmo que domínio da organização.

O mal uso da teoria não teria tanta importância se não fosse para prolatar sentenças condenatórias que resultaram em privações da liberdade de pessoas, por longo período de tempo. Nesse sentido, Luís Greco e Alaor Leite assinalam que:

Desde que a teoria foi mencionada na sustentação oral do Procurador Geral de Justiça na APn 470/MG, diante do Pleno do STF, avolumam-se manifestações sobre a teoria, e, na mesma proporção, cresce o estado de incerteza e desorientação generalizada. Infelizmente, tem-se a impressão de que boa parte daqueles que se autointitulam conhecedores da teoria e que se propõem a explicá-la para o grande público - sem meias palavras - não sabem verdadeiramente do que se trata. Não é à toa que a maior parte dessas manifestações carece de referências bibliográficas. Constrói-se, assim, uma ciência penal de ouvir-dizer, o que seria divertido, se se tratasse de um jogo de telefone sem fio, mas se torna trágico, quando o que se segue desse “segundo Roxin...” é uma sentença condenatória que enjaula alguém por tantos e tantos anos. (GRECO et al, 2014, p. 36).

Diversas alusões genéricas à teoria do domínio do fato foram feitas no julgamento da Ação Penal 470, muitas delas demonstrando incoerência e desrespeito às premissas teóricas. Ao que parece, a Suprema Corte Federal esqueceu que a dogmática do domínio do fato foi construída por Claus Roxin como um sistema diferenciador de autoria e participação, acendendo a ideia de que a figura central do acontecer típico é o critério geral de orientação para determinar o conceito de autoria, e não para transformar absolvição em condenação, ou vice-versa.

Importante considerar que não se trata de rigorismo exigir da Corte Suprema do país a aplicação exata da teoria delineada por Roxin, pois sua manipulação para fins diversos para os quais foi desenvolvida ofende o princípio da legalidade, de grande valor em um Estado Democrático de Direito. O uso indevido de uma teoria científica jurídico-penal com o objetivo de se alcançar uma maior punibilidade acarreta resultados drásticos e violam os princípios constitucionais penais. Conforme adverte Alaor Leite, “a repetida confusão conceitual ocorrida na Ação Penal 470 não significa mera disputa por palavras ou preciosismo conceitual de uma dogmática hiper-refinada. Ainda que assim fosse, precisão conceitual é o que se espera de uma Corte Suprema.” (LEITE, 2014, p. 144).

Pela própria estrutura do processo de julgamento do plenário do Supremo Tribunal Federal, não é possível extrair do acórdão final uma posição unânime do pleno, haja vista que não há um consenso entre os Ministros e sim várias

fundamentações individuais que, ao final, são juntadas para formar uma única decisão. Assim, não há um posicionamento homogêneo da Corte Suprema, e sim entendimentos individuais de cada um dos Ministros que compõem a Corte.

À vista disso, o alvo desse trabalho é examinar de que forma os Ministros do Supremo Tribunal Federal empregaram a teoria do domínio do fato no julgamento do caso, apresentando os contextos em que a teoria foi utilizada, considerando que após a publicação do inteiro teor do acórdão de mais de 8.000 páginas, em 22 de abril de 2013, inúmeros embargos infringentes foram julgados, mas não modificaram a argumentação jurídica que envolveu a teoria do domínio do fato.

7.4.1 Análise do inteiro teor do acórdão

Ao longo da análise que se segue, procuramos agrupar as manifestações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal por identidade de argumentos, tendo em vista a maneira aleatória que a dogmática desenvolvida por Roxin foi utilizada no julgamento da Ação Penal 470.

Um primeiro argumento diz respeito à **teoria do domínio da organização e a mera posição topográfica no interior da estrutura organizacional**, que foi objeto de equívoco por parte de Ministros da Suprema Corte.

Ao apreciar o delito de gestão fraudulenta da instituição financeira Banco Rural (artigo 4º. da Lei 7.492/1986), a Ministra Rosa Weber fez uso do termo “domínio do fato” com o objetivo de fundamentar sua decisão, deixando à mostra tal desacerto:

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. Ensina Raul Cervini:

“Por consiguiente, para la imputación es decisivo el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina solo en aquel punto en el que ‘faltan los presupuestos precisamente en esse dominio por organización’” (El Derecho Penal de La Empresa Desde Una Visión Garantista, Ed. Bdef, Montevideo, 2005, p. 145)

Em verdade, a **teoria do domínio do fato** constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, **autor é o dirigente** ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. Volta-se ao magistério do uruguaio Raul Cervini:

“En ese caso, el ejecutor es un mero instrumento ciego del hombre de atrás y, entonces parece posible imputar la autoría mediata a éste.” (ob. cit. p. 146)

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

Tais considerações são feitas em função da suscitada – e rechaçada – nulidade da denúncia por não individualizar as condutas dos delitos imputados aos dirigentes à testa da empresa, especialmente do Banco Rural.

Ora, se a vontade do **homem de trás**, sobre quem recai a **presunção de autoria do crime**, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. [...]

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

“Bajo la influencia de su maestro, JAKOBS, han discutido DERKSEN y LESCH la necesidad de resolución comun del hecho de la coautoría. A su juicio, “basta una resolución de ajustarse, por médio de la cual el interveniente que no executa directamente, pero colabora configurando, enlaza su aportación con el obrar del executor”. En la acción conjunta de varias partes del hecho, estos autores llevan a cabo una imputación objetiva en la que no há de atenderse a elementos subjetivos como el de la resolución comun del hecho. No cabe compartir este planteamiento, puesto que la “comisión conjunta” requerida por la ley (§ 25.2) presupone un dominio del hecho conjunto y, por tanto, una división del trabajo

consciente por ambas partes.” (Autoria y Dominio Del Hecho en Derecho Penal, Ed. Marcial Pons, 2000, Barcelona, p. 733)

Essa resolução consciente e conjunta partiu, na espécie, da direção do Banco Rural, como atesta a prova colhida. (BRASIL, 2013, p. 1160-1163, destaque nosso).

Deixando de lado a questão de que não basta identificar no contrato social quem teria o poder de dirigir as atividades da empresa para, assim, responsabilizá-lo penalmente pelos “comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica” e, ainda, que não é verdade que há presunção relativa de autoria dos dirigentes nos crimes empresariais, ao contrário do afirmado no voto pela Ministra, o fato é que fez-se certa confusão entre o poder de mando decorrente do contrato social e o domínio da organização, que, de acordo com a teoria construída por Roxin, é uma das expressões da autoria mediata e uma das concretizações do domínio do fato.

Por certo que a determinação da autoria em crimes societários é complexa, mas é necessário aclarar as razões que faz o julgador concluir que o dirigente possui o domínio do fato e quais as circunstâncias concretas que o faz decidir que aquela pessoa é a figura central e o senhor da decisão e da execução do fato determinado. Não é suficiente afirmar que, por ter o poder de comando na sociedade empresária, tem o domínio da organização ou tem o domínio do fato, e reforçar sua afirmação servindo-se de segmentos do trabalho literário de Roxin. A assimilação e a compreensão final de que há efetivamente domínio do fato por parte do dirigente é derivação da análise de todas as circunstâncias, e não o fundamento.

O crucial é ter em mente que domínio da organização, que nada mais é que o domínio do fato pela vontade em virtude de aparatos organizados de poder, é apenas uma ideia reitora. É essencial observar pontualmente os pressupostos que concretizam esse tipo de domínio, ou seja, seus elementos materiais. Não basta para fundamentar a autoria mediata a simples referência ao termo “domínio da organização”, o que corresponde à completa ausência de fundamentação, pois anêmica de conteúdo. A dedução pela existência do domínio da organização deve derivar da demonstração da presença, no caso concreto, de todos os elementos materiais: forma verticalizada que concede ao homem de trás o poder de emitir ordens, atuação da organização à margem do direito, fungibilidade dos executores e disposição consideravelmente elevada dos executores para o fato. Esse esforço

argumentativo, ao que parece, não integra a fundamentação da Ministra, não obstante explicitar na sequência, acertadamente, as fraudes concretas nos negócios realizados, demonstrando falta de organização dogmática.

Sobre outro aspecto, verifica-se que a Ministra fez uso errôneo da teoria do domínio do fato para fundamentar uma conduta omissiva penalmente relevante em relação aos dirigentes, uma responsabilidade penal por fato de terceiro.

Também o Ministro Joaquim Barbosa referiu-se equivocadamente à teoria do domínio do fato, ao manifestar-se sobre o delito de corrupção ativa de parlamentares federais (artigo 333 do Código Penal):

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

Em razão do **cargo elevadíssimo** que exercia à época dos fatos, o acusado JOSÉ DIRCEU atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, executando os atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso, executado mediante divisão de tarefas em que as funções de cada corréu encontrava nítida definição. (BRASIL, 2013, p. 4673, destaque nosso).

Exercer “cargo elevadíssimo” e ter uma posição hierárquica que permite executar atos de comando em uma organização não significa, necessariamente, ser a figura chave no acontecer típico e, em consequência, ter o domínio do fato penalmente relevante. A mera posição topográfica no interior da estrutura organizacional não é suficiente para fundamentar a autoria mediata de uma conduta praticada por pessoas plenamente responsáveis, integrantes do grupo. É preciso demonstrar que o superior hierárquico tem relação direta com o delito, pois emitiu ordem de forma que esta fosse cumprida automaticamente por executores diretos fungíveis. A responsabilidade penal fundada em mera posição de destaque em uma organização vertical e hierarquizada contraria a essência da dogmática penal e as questões da tipicidade e do princípio da reserva legal, violando, assim, os princípios fundamentais do direito penal do Estado de Direito.

Desde logo é preciso rememorar que não há responsabilidade penal objetiva no direito penal brasileiro, que prescindiria de dolo e de culpa para imputação de responsabilidade e não coaduna com um Estado Democrático de Direito. A mera

posição do sujeito em determinada hierarquia é insuficiente para fundamentar a sua responsabilidade penal na condição de autor de um delito. (LEITE, 2014, p. 162).

Sobre outro prisma, a utilização, pelo Ministro, do termo “domínio final dos fatos” para fundamentar sua decisão remete à teoria finalista da ação desenvolvida inicialmente por Welzel. Nesse contexto, Welzel moldou a figura do autor como sendo aquele que dolosamente detém o domínio do resultado finalístico do fato. Todavia, dentro do escopo da teoria do domínio do fato delineada por Claus Roxin, não cabe a expressão “domínio final do fato”.

Mais adiante, o Ministro Joaquim Barbosa promoveu um desarranjo terminológico do domínio do fato:

Concluo, assim, que o quadro fático-probatório fortalece a conclusão de que o réu ROGÉRIO TOLENTINO detinha o **domínio funcional de parcela dos fatos** agora em julgamento (referente à corrupção de parlamentares do Partido Progressista), e ofereceu importante contribuição na prática do crime de corrupção ativa mediante a transferência do numerário por ele obtido junto ao Banco BMG. (BRASIL, 2013, p. 4697, destaque nosso).

De fato, há redundância quando se utiliza o termo “domínio funcional de parcela de fatos”, haja vista que a manifestação do domínio funcional do fato já remete à ideia de coautoria e divisão de tarefas, de compromisso mútuo e atuação conjunta fundada na divisão de trabalho, cada um oferecendo sua parcela de contribuição relevante para o fato típico, o que resulta em imputação recíproca.

A respeito de eventual relação entre teoria do domínio do fato e responsabilidade penal objetiva, o Ministro Celso de Mello manifestou-se de maneira apropriada, afastando qualquer liame que pudesse ser aventado:

Uma vez reconhecida a plena compatibilidade dessa formulação teórica com o sistema constitucional e com a regulação normativa, pelo Código Penal, do concurso de pessoas, e tendo em vista, sobretudo, o que venho de acentuar em torno da jurisprudência desta Corte que ampara, sem restrições quaisquer, a presunção constitucional de inocência, cabe repelir a alegação, de todo inadmissível, de que a **teoria do domínio do fato** poderia ensejar o reconhecimento da **responsabilidade penal objetiva** dos réus. (BRASIL, 2013, p. 5206, destaque nosso).

E ainda:

Nessa perspectiva, a **teoria do domínio do fato** – plenamente compatível com situações de normalidade institucional (não constitui teoria “ad hoc” nem de exceção) – não ofende o ordenamento brasileiro, eis que, além de se revelar compatível com a disciplina que o nosso Código Penal estabeleceu em tema e no tratamento jurídico do concurso de pessoas, a sua aplicação não enseja a consagração de uma inadmissível hipótese de **responsabilidade penal objetiva**. (BRASIL, 2013, p. 5209, destaque nosso).

Com efeito, a responsabilidade penal objetiva abdica do dolo e da culpa para imputação de responsabilidade penal e inexiste no sistema constitucional pátrio. Apenas a posição hierárquica do interveniente não é suficiente para fundamentar sua responsabilidade penal como figura central do acontecer típico.

A sequência da manifestação do Ministro Ayres Britto, a respeito do crime de corrupção ativa por parte do grupo político (artigo 333 do Código Penal), aclara outro equívoco em relação à teoria do domínio do fato:

O núcleo político tachado pelo Ministério Público como intelectual ou mentor da empreitada criminosa, claro que, dentro dele, com **gradações de protagonizações**, a legitimar a aplicação da **teoria do domínio do fato** para responsabilizar, de modo pessoal, porém graduado, os respectivos agentes. (BRASIL, 2013, p. 5214, destaque nosso).

A aplicação da teoria do domínio do fato não legitima que se gradue a responsabilidade penal de um agente com base em sua posição topográfica dentro da organização, nem mesmo em uma de suas manifestações concretas, o domínio do fato pela vontade em virtude de maquinarias organizadas de poder.

Dito de outro modo, a gradação na hierarquia organizacional não corresponde, necessariamente, a um aumento ou diminuição na responsabilidade penal do sujeito, nem mesmo a fundamenta, pois um superior hierárquico, ou “mentor intelectual” do crime, não é inevitavelmente autor do delito, aquele que seria figura central no acontecer penalmente relevante e senhor da decisão e da execução do fato determinado.

Do planejamento à realização do delito pode haver uma larga cadeia de “autor de trás de autor”, com vários escalões intermediários, cada instância dirigindo gradualmente a parte da cadeia que lhe cabe conduzir (ROXIN, 2000, p. 276), mas essa gradação não corresponde forçosamente à posição hierárquica no organograma da organização. É imperioso que se analise os requisitos diversos e se

elucide quais as circunstâncias concretas que levaram à conclusão de que o agente possui o domínio do fato.

O Ministro Joaquim Barbosa também manifestou-se de forma ambígua em relação à aplicação da teoria do domínio do fato e o papel do autor intelectual:

Senhor Presidente, já faz algum tempo que eu proferi o meu voto, precisamente uma semana, mas eu creio ter deixado bastante claro, bastante explícito que o autor intelectual, o mandante, o controlador, o organizador **é autor, e não participe**. (BRASIL, 2013, p. 5227, destaque nosso).

Ao contrário do explicitado pelo Ministro, “o autor intelectual, o mandante, o controlador, o organizador” não é necessariamente autor do delito do qual participou. A despeito do termo “mandante” não ter nenhum conteúdo jurídico, a mera função de comando ou de “mentor intelectual” não torna o interveniente, incondicionalmente, figura central do acontecimento típico, de acordo com a teoria do domínio do fato. Exemplificativamente, quando um sujeito manda matar outro, esse ordenador do fato punível não é, em regra, figura chave do acontecer típico e, portanto, não é autor do delito, e sim mero partícipe, de acordo com a teoria do domínio do fato.

É essencial uma análise das circunstâncias concretas e um esforço argumentativo que leve à conclusão de que aquele sujeito é o senhor da decisão e da execução do fato, caso contrário pode se tratar de um mero instigador. O entendimento pela existência de domínio do fato por parte do “mandante” não é fundamento, e sim derivação da análise de todos os elementos materiais.

O instigador é figura marginal do acontecimento e repassa a decisão sobre a realização do fato típico para o autor imediato, que é individualmente determinável. A contribuição do instigador é apenas em função de sua atitude desencadeadora do fato, questionavelmente punida com a mesma pena da autoria. Já quem possui o domínio da organização é figura central do acontecer típico e não transfere a decisão sobre a realização do fato para o executor direto, que não é individualmente determinável, uma vez que no interior da organização é possível deixar que o fato se realize quase que de forma automática. (ROXIN, 2011, p. 16).

A Ministra Rosa Weber ao manifestar-se sobre o crime de lavagem de dinheiro dos núcleos publicitário e financeiro (artigo 1º., incisos V, VI e VII, da Lei 9.613/1998), incidiu em outro erro, dessa vez ao afirmar que o domínio do fato é elemento da culpabilidade:

Embora empregada da SMP&B, em posição subordinada, tal por si só não a isenta dos crimes, como faz certo a abordagem teórica supraefetuada. O cerne da responsabilização penal reside na demonstração de sua adesão individual à vontade delitiva dos demais réus, a enquadrá-la, como instrumento partícipe ou coautora. Como visto, 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, cuja presença deve ser aferida tendo em vista a prova produzida em relação à real natureza de sua participação no ilícito, levando-se em conta o seu conhecimento dos fatos e a unidade de desígnios e vontades com os demais agentes. (BRASIL, 2013, p. 1255).

Ora, o domínio do fato, na dogmática penal que envolve a autoria e participação, não é elemento da culpabilidade. Ao contrário, a problemática da autoria deve ser estabelecida no âmbito do injusto, pois “é precisamente, e apenas, o autor que ‘produz’ o injusto; não pode haver injusto sem autor.” (BATISTA, 2005, p. 29).

Em referência aos argumentos envolvendo **dubiedade conceitual entre coautoria e autoria mediata**, a manifestação do Ministro Ayres Britto ao apreciar o crime de corrupção ativa por parte do grupo político (artigo 333 do Código Penal), também é acompanhada de algumas incorreções:

E o certo é que a modelagem criminoso ganhou corpo com a chegada de Marcos Valério. Acusado que assegurou financeiramente a operacionalização do modelo. E aqui me parece que, certa medida, o esquema foi se desmesurando, graças a uma sofisticada **rede de divisão de tarefas** (ou de co-autoria), dentro da qual autores iam se sucedendo dentro de uma cadeia. Ou seja, a tarefa que nos cabe é a identificação dos **autores por detrás dos autores**. Fazendo-o, começo pela consideração de que Marcos Valério e Delúbio Soares se qualificaram como verdadeiros tarefeiros da rede criminoso. (BRASIL, 2013, p. 4559, destaque nosso).

Não se confunde a ideia de coautoria e sua inerente divisão de tarefas, relacionada ao domínio funcional do fato, com a ideia de autores por detrás de autores, essa concernente à autoria mediata e ao domínio do fato em virtude dos aparatos organizados de poder.

A coautoria funda-se no compromisso mútuo, na divisão de trabalho onde todos oferecem uma contribuição relevante e na estrutura horizontal formada pelos intervenientes, não havendo uma hierarquia. A autoria mediata pressupõe um autor por detrás de outro autor ou uma larga cadeia nesse sentido, cada um conduzindo de forma gradual a parte da cadeia que lhe cabe comandar. No domínio da organização estão ausentes a resolução comum para o fato, a realização conjunta do fato, a estrutura horizontal da coautoria e a relevância das contribuições prestadas em divisão de tarefas. Aquele que comanda a estrutura organizada de poder e dá ordens, não possui, geralmente, contato pessoal com quem posteriormente executará o fato típico. Na maioria das vezes sequer se conhecem. (ROXIN, 2011, p. 15).

A ideia de domínio funcional e de domínio da organização são ambas manifestações concretas do domínio do fato, mas não se embaralham.

Na sequência, ao manifestar-se sobre o delito de corrupção ativa de parlamentares federais (artigo 333 do Código Penal, o Ministro Joaquim Barbosa também incorreu em confusão conceitual entre coautoria e autoria mediata, tratando-as, em um mesmo raciocínio, como se correspondessem à mesma expressão de domínio do fato:

Assim, ficou provado que os pagamentos de vantagem indevida foram executados mediante amplo concurso de agentes, com **divisão de tarefas** detalhadamente demonstrada, em que **cada coautor praticou uma fração dos atos executórios do iter criminis**. [...]

Por fim, os eminentes penalistas ZAFFARONI e PIERANGELLI salientam que o domínio *‘sobre o curso do fato é proporcionado tanto pela forma em que se desenvolve a causalidade em cada caso como pela direção que é imprimida a ela’*, podendo se estabelecer uma **divisão de tarefas** em que cada autor tem, em maior ou menor escala, de acordo com o papel a ele atribuído, o domínio funcional dos fatos típicos e ilícitos a ele imputados. Os autores descrevem, ainda, a **“autoria de escritório”**:

“Essa forma de autoria mediata pressupõe uma ‘máquina de poder’, que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com toda a legalidade como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina autônoma ‘mafiosa’, por exemplo. (...) A particularidade que isto apresenta está em que aquele que dá a ordem está demasiadamente próximo do domínio do fato, para ser considerado um simples instigador, com a particularidade de que quando o determinador se encontra mais distante da vítima e da execução material do fato, mas próximo ele está das suas fontes de decisão.

Parece bem pouco discutível que, em tal hipótese, tem o domínio do fato tanto o executor ou determinador como o determinado, conquanto sejam ambos culpáveis, o que daria lugar a uma forma de autoria mediata especial – como já o dissemos – em que a inserção de ambos os autores no aparato de poder antijurídico coloca ambos na posição de autores responsáveis, com pleno domínio do fato.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 573/583)

Por tudo que foi exposto, considero comprovada a autoria delitiva, na forma e nos casos indicados ao longo deste voto. (BRASIL, 2013, p. 4702-4704, destaque nosso).

Ora, a divisão de tarefas mencionada pelo Ministro Joaquim Barbosa é pressuposto para a determinação da coautoria, no âmbito do domínio funcional do fato. Contudo, a “autoria de escritório”, também mencionada pelo Ministro, representa a autoria mediata do homem de trás, que domina a vontade do executor direto, em virtude de um aparato organizado de poder. Essa última ideia também integra o texto citado no voto do Ministro, extraído da obra de Zaffaroni e Pierangeli, e é uma das expressões do domínio do fato pela vontade, não se embaralhando com a ideia de coautoria, divisão de tarefas e prática de fração de atos executórios.

A coautoria e a “autoria de escritório” são ambas manifestações concretas do domínio do fato segundo a teoria delineada por Claus Roxin, mas, de novo, não se confundem. A primeira remete à ideia de estrutura horizontal, obrigações mútuas e imputação recíproca, uma vez que o comportamento de cada um é imputado aos demais. Além do que, para que se possa determinar a coautoria, os intervenientes devem oferecer uma contribuição relevante à execução da ação típica.

A segunda remete à ideia de estrutura vertical e hierarquizada e funda-se na imputação unilateral, pois o comportamento do homem da frente, que é usado como mero instrumento, é imputado ao homem de trás, mas não o contrário. Ao autor mediato falta essencialmente uma ação executiva e seu domínio do fato baseia-se no poder que exerce sobre a vontade do executor, dando-lhe ordens, dentro de uma maquinaria organizada de poder.

Em relação aos argumentos envolvendo a ideia do **domínio funcional do fato**, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar o crime de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal), manifestou-se de maneira adequada:

Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores são aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal. [...]

Em outras palavras, a atuação do coautor detém uma função específica na execução do ilícito penal que possui reflexos para o seu aperfeiçoamento, de sorte que a não colaboração compromete o êxito do ilícito. [...]

À luz da teoria da coautoria funcional, pode-se considerar como autor do crime mesmo aquele que não realizou diretamente qualquer dos elementos objetivos do tipo. Revela-se suficiente, para fins de imputação, que a conduta atribuída ao agente na divisão prévia de tarefas contribua de forma determinante para o sucesso da empreitada criminosa. Assim, não se exige do coautor funcional a prática da conduta descrita no núcleo do tipo penal, mas tão somente que a fração do ato executório por ele praticada seja indispensável, diante das singularidades do tipo penal e do caso concreto, para a consecução do resultado delituoso.

No caso específico, a parcela de contribuição atribuída ao 6º denunciado (Ramon Hollerbach) para o êxito das pretensões criminosas do grupo, revelou-se imprescindível à consumação do crime de corrupção passiva. (BRASIL, 2013, p. 1551-1553).

O Ministro Luiz Fux também recorreu à teoria do domínio funcional do fato de forma apropriada, ao manifestar-se sobre o delito de gestão fraudulenta do Banco Rural (artigo 4º. da Lei 7.492/1986):

Isto significa dizer que não é exigida dos coautores a prática da conduta descrita no núcleo do tipo penal, mas tão somente que a fração do ato executório por eles praticadas seja indispensável, diante das singularidades do tipo penal e do caso concreto, para a consecução do ilícito penal.

Daí é de que questionar. **Como examinar se essa atuação, dentro da distribuição prévia de tarefas, é efetivamente essencial para a realização do delito?** O equacionamento desta indagação é de suma importância, porquanto permite objetivamente aferir no caso concreto se a atuação do agente qualifica-se como hipótese de **coautoria ou mera participação**. E, como se sabe, são inegáveis os reflexos práticos desta distinção na vida dos acusados.

Respondendo, portanto, à questão, o juízo positivo de imprescindibilidade encontra-se, na verdade, atrelado ao papel crucial do agente no cometimento do delito. Dito de outro modo, **é preciso perquirir, por meio de um juízo de abstração mental e diante das peculiaridades do caso concreto, se uma vez frustrada a conduta do agente previamente estabelecida, ela inviabilizaria o êxito de todo ilícito penal.** É a capacidade atribuída a um agente de frustrar o aperfeiçoamento do ilícito penal, caso ele (agente) não realize as condutas que lhe são atribuídas dentro da divisão de funções (daí por que se fala em coautoria funcional), que permite avaliar a sua condição de coautor.

Destarte, na coautoria funcional basta que os agentes tenham a ciência de que exercem, dentro da distribuição das diferentes funções atribuídas a cada um deles, parcela significativa do projeto criminoso, sem a qual a empreitada jamais lograria sucesso. Se o agente desempenha uma função concreta e essencial para a realização da empreitada criminosa (i.e., sem a qual seria inviável o aperfeiçoamento do ilícito), revela-se inobjetable a sua condição de coautor, devendo responder pela prática do ilícito, afastando

por completo as alegações de mero partícipe. (BRASIL, 2013, p. 2696-2697, destaque nosso).

E discorreu de forma acertada sobre o domínio funcional do fato também ao manifestar sobre o delito de lavagem de dinheiro (artigo 1º., incisos V, VI e VII, da Lei 9.613/1998):

Já a atuação do 21º réu (João Cláudio Genu) se encarta na hipótese de coautoria nos exatos limites da teoria do domínio funcional do fato. Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores são aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal. [...] Em outras palavras, a atuação do coautor detém uma função específica na execução do ilícito penal que possui reflexos para o seu aperfeiçoamento, de sorte que a não colaboração compromete o êxito do ilícito. (BRASIL, 2013, p. 4059-4060).

Outra equivocação que se fez frequente no julgamento da Ação Penal 470 refere-se à **teoria do domínio da organização e a necessidade de produção de prova acusatória**, e está presente na seguinte manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski, quando de sua apreciação a respeito do crime de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal):

Incapaz, portanto, de comprovar as acusações lançadas contra JOSÉ DIRCEU, o Ministério Público recorre, num derradeiro esforço de convencimento desta Suprema Corte, à denominada “**teoria do domínio do fato**”.

Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo *Parquet* como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado.

No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, **essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém.** [...]

Existem, ainda, aqueles que restringem a utilização da referida teoria a casos muito específicos, na linha, aliás, da formulação inicial de Roxin, tal como o fazem Zaffaroni e Pierangeli. Confira-se:

*“Esta forma de **autoria mediata** pressupõe uma ‘máquina de poder’, que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com toda a legalidade, como uma organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma ‘mafiosa’, por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela*

fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização). Serviria de exemplo a ‘SS’ no nacional-socialismo alemão, ou um Estado totalitário que se vale de um agente para cometer um crime no exterior” (grifei) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual do Direito Penal Brasileiro – parte geral. 5ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 647).

O próprio Claus Roxin, autor que criou a citada teoria em 1963, ao proferir aula inaugural na Universidade de Lucerna, na Suíça, em 21 de junho de 2006, manifestou preocupação com o alcance indevido que alguns juristas e certas cortes de justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal alemão, estariam dando a ela, especialmente ao estendê-la a delitos econômicos, sem observar que os pressupostos essenciais para sua aplicação - dentre os quais a **fungibilidade dos membros da organização delituosa** - “*existem apenas no injusto do sistema estatal, no ‘Estado criminoso dentro do Estado’, assim como a Máfia e formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada*” (ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata.. *In Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal*). (BRASIL, 2013, p. 4950-4953, destaque nosso).

Reportar-se à teoria do domínio do fato não é alternativa para a impossibilidade de produção de prova acusatória. Não se trata de uma teoria processual e é incorreto afirmar que a ideia de domínio do fato permite superar a exigência da produção de provas com o intuito de metamorfosear absolvição em condenação. Trata-se de uma manipulação tosca da teoria delineada por Roxin, que deve ser hostilizada.

A doutrina desenvolvida por Roxin não pretende oferecer argumento a favor de uma punição que de outra maneira não ocorreria e de forma alguma suplementa provas faltantes. Não constitui uma teoria de exceção e nenhuma de suas concretizações tem como pressuposto determinar a possibilidade de se alcançar o homem de trás, que está em posição hierárquica superior na “organização criminosa”.

O ensinamento de Roxin contribuiu decisivamente para a dogmática penal que estabelece de forma sólida o traço distintivo entre autoria e participação e veio não para punir aquele que não seria punido por ausência de provas diante de qualquer das interpretações que se possa fazer do artigo 29 do Código Penal brasileiro, mas sim para orientar, sistematicamente, a construção das várias formas de autoria.

Não se pode determinar a autoria apenas com o argumento vazio de que determinada pessoa, no caso concreto, “tem o domínio do fato”. O critério reitor é

que o autor é a figura central da realização da ação típica e é fundamental que a decisão contenha um esforço argumentativo com base nas manifestações concretas do domínio do fato: realizou todos os elementos do tipo de mão própria (domínio do fato pela ação), atuou de forma coordenada com mais pessoas, em divisão de tarefas, oferecendo uma contribuição relevante para o fato (domínio funcional do fato), serviu-se de um agente executor, que agiu como um mero instrumento em suas mãos, coagido, em situação de erro ou dentro de um aparato organizado de poder (domínio do fato pela vontade).

A conclusão pelo domínio do fato é derivação desse raciocínio, e não o fundamento. É indispensável uma análise detalhada dos fundamentos da responsabilização penal dos intervenientes.

Sobre outro aspecto, o Ministro Ricardo Lewandowski fez confusão conceitual entre a teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização, reduzindo a primeira a uma de suas aplicações concretas, uma vez que estão em relação gênero-espécie. Como evidente, a autoria mediata e a fungibilidade dos membros da organização delituosa, mencionada pelo Ministro, são figuras jurídicas relacionadas à teoria do domínio da organização, que representa apenas uma das manifestações concretas da teoria do domínio do fato. No âmbito do domínio da organização, o autor mediato domina a vontade daquele que é fungível, por meio de um aparato organizado de poder.

Voltando à problemática que envolve a ausência de provas, o Ministro Gilmar Mendes, ao apreciar o delito de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal), afastou de forma certa a ideia de que a teoria do domínio do fato poderia ser usada como uma teoria processual para suplementar provas faltantes:

Por fim, a despeito das observações do Ministro Revisor, observo que **a teoria do domínio do fato não constitui uma retórica argumentativa estrangeira para abarcar situações carentes de prova ou justificativa para elastecer o conceito de autoria.** [...]

Observo, por fim, que, diferentemente do sustentado, a teoria do domínio do fato não é algo novo, casuisticamente empregado. (BRASIL, 2013, p. 5156, destaque nosso).

Também em sentido contrário à utilização da teoria do domínio do fato como se fosse uma teoria processual fundamentadora da punibilidade, divergindo dos

votos de alguns Ministros, o Ministro Celso de Mello manifestou-se de forma adequada:

Trata-se, em suma, de formulação doutrinária compatível com a organização política de Estados, como o Brasil, revestidos de perfil democrático e cuja aplicabilidade não supõe a ocorrência de situações anômalas ou de exceção, para relembrar, quanto a esse aspecto, observação feita pelo próprio Claus Roxin em sua conhecida monografia, cabendo enfatizar, ainda, por necessário, que essa concepção doutrinária não se coloca em relação de antagonismo com o direito penal da culpabilidade nem elide, porque inadmissível, a **presunção constitucional de inocência**, inerente ao nosso modelo constitucional.

Cabe insistir na observação de que **a mera invocação da teoria do domínio do fato não basta, só por si**, para exonerar o Ministério Público do gravíssimo ônus de comprovar, para além de qualquer dúvida razoável, e sempre com apoio em prova idônea, licitamente produzida sob a égide do contraditório, a culpabilidade do réu, pois – nunca é demasiado reafirmá-lo – o princípio do estado de inocência, em nosso ordenamento jurídico, qualifica-se, constitucionalmente, como insuprimível direito fundamental de qualquer pessoa, que jamais se presumirá culpada em face de acusação penal contra ela formulada, tal como esta Suprema Corte tem sempre proclamado. (BRASIL, 2013, p. 5203-5204, destaque nosso).

A manifestação da Ministra Rosa Weber, entretanto, revelou com muita limpidez a real finalidade da utilização, pela Corte, da teoria do domínio do fato na Ação Penal 470:

Inúmeras defesas invocaram a inépcia da denúncia por falta de individualização das condutas. De fato, quando se tratava do núcleo político, havia nome, endereço, telefone, CPF. Havia tudo. Agora, com relação ao núcleo operacional, especificamente ao núcleo societário, não só o Banco Rural, mas ainda com relação às empresas de Marcos Valério, no que dizia respeito a Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, às vezes a denúncia não explicitava a conduta imputada a cada um. E, por isso, a **teoria do domínio do fato ajudava a argumentação** que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça. (BRASIL, 2013, p. 5230, destaque nosso).

É absolutamente inapropriado referir-se à teoria do domínio do fato como sendo uma doutrina que “ajuda a argumentação”. A teoria desenvolvida por Roxin não é uma teoria processual e é indevida sua utilização como substituta da ausência de provas (ou de indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, a teor da menção da Ministra a respeito da aptidão da denúncia). É uma visão inteiramente equivocada da teoria roxiniana, que objetiva estabelecer de forma sólida o traço

distintivo entre autor e partícipe, e não servir como teoria processual fundamentadora da autoria, preenchendo lacunas e suprimindo provas ausentes.

A teoria foi delineada por Roxin para sistematizar a questão da autoria e permitir a delimitação correta entre autoria e participação, mas não para punir quem não seria punido com ou sem a teoria. Na realidade brasileira, nem o artigo 29 do Código Penal, dispositivo essencial na disciplina do concurso de agentes, em sua interpretação mais simplista de adoção de um conceito extensivo e unitário de autor, que trata todo aquele que concorre para o crime como autor independente de sua atuação, preenche a lacuna da ausência de provas com a finalidade de ampliar a responsabilização penal. Por essa razão, a teoria do domínio do fato não é fundamentadora da punibilidade e, sim, sua limitadora.

Em relação aos argumentos envolvendo a **teoria do domínio da organização e a fungibilidade**, o Ministro Ricardo Lewandowski, apreciando a questão relativa ao delito de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal), voltou a fazer referência à teoria do domínio do fato, quando, na verdade, quis referir-se à teoria do domínio da organização, mencionando indevidamente aquela quando na verdade estava se referindo aos requisitos desta, que é apenas uma das concretizações da teoria do domínio do fato:

Eu não disse que a **teoria do domínio do fato** se aplicaria apenas em momentos de anormalidade institucional. O que eu disse é que ela se aplica a situações excepcionais. [...]
O próprio Claus Roxin, que foi um dos mais conspícuos elaboradores dessa teoria, há alguns anos, assustado com o emprego indevido dela, chamou atenção, inclusive do Supremo Tribunal Federal de seu país, quanto ao uso exagerado que está se fazendo dessa teoria, sem os devidos parâmetros. E ele diz, inclusive, que é preciso que os requisitos para aplicação dessa teoria estejam claramente presentes; **e um desses requisitos, dos vários que ele arrola, é exatamente o requisito da fungibilidade**. O que é esse requisito da fungibilidade? Segundo este requisito, o agente final, o agente imediato que perpetra o crime deve ser fungível, como acontece nas grandes organizações criminosas. (BRASIL, 2013, p. 5201, destaque nosso).

Vez mais, a fungibilidade não é requisito para a aplicação da teoria do domínio do fato, mas apenas para uma das concretizações da teoria, qual seja, o domínio do fato pela vontade em virtude das estruturas de poder organizadas.

Em contraposição, o Ministro Celso de Mello, ao manifestar-se sobre delito de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal), discorreu, de maneira acertada, sobre a ideia do domínio da organização:

Essa orientação é consagrada pela doutrina e vem evoluindo no sentido de reconhecer, na discussão do tema pertinente ao concurso de pessoas, a noção de **domínio da organização**, que representa umas das vertentes em que se pluraliza a teoria do domínio do fato, notadamente como critério teórico, fundado no domínio da vontade, que permite formular o conceito de autor mediato, o qual, atuando na cúpula da organização criminosa, comanda a vontade do agente incumbido do cometimento direto da prática delituosa. (BRASIL, 2013, p. 5207, destaque nosso).

Durante debate oral entre os Ministros, novamente o Ministro Ricardo Lewandowski fez referência ao domínio do fato, quando o adequado seria referir-se ao domínio da organização:

Mas, naquele momento em que me pronunciei, eminente Decano, eu disse que não via, no caso presente, o requisito da **fungibilidade**; muito pelo contrário, eu entendia que os réus tinham nome, sobrenome, RG e endereço, e a suposta propina foi sempre endereçada a presidentes e líderes de partidos. Portanto, não há falar aqui, pelo menos na minha visão, eminente Ministro Celso de Mello, na presença do requisito da fungibilidade; e, por via de consequência, para mim, falta **um dos requisitos essenciais**, segundo a doutrina de Roxin, para aplicar a **Teoria do Domínio do Fato**. (BRASIL, 2013, p. 5224, destaque nosso).

De fato, é o domínio da organização, como uma das manifestações concretas da teoria do domínio do fato, que tem como pressuposto metodológico a fungibilidade dos executores, o que não ocorre com as demais formas de concretização do domínio do fato, a saber, domínio do fato pela ação, domínio funcional dos fatos e o domínio do fato pela vontade em virtude de coação ou erro. Somente o domínio do fato pela vontade em virtude de aparatos hierarquizados de poder se propõe a tratar da questão da responsabilização penal daqueles que desfrutam da posição de comando, obviamente dentro das balizas para os quais foi engendrada, e tem como pressuposto a fungibilidade.

A manifestação do Ministro Ayres Britto, no mesmo debate oral, a respeito do requisito da fungibilidade, demonstrou o uso inadequado da teoria do domínio do

fato, com uma argumentação completamente dissociada da teoria delineada por Roxin:

Agora, essa **Teoria do Domínio do Fato** pode ser compreendida no plano da fungibilidade, que é da substituição do agente, como também da **infungibilidade**: o agente não pode ser substituído. Então, quem não podia ser substituído nesse esquema, sob pena de fazer o esquema ruir? Quem era o regente da orquestra? O mais insubstituível ou infungível de todos. A Teoria do Domínio do Fato conduz, também, a esse raciocínio. (BRASIL, 2013, p. 5226-5227, destaque nosso).

Há uma inversão de argumento na manifestação do Ministro. A fungibilidade do executor da ação típica é um dos pressupostos para a determinação da autoria do homem de trás que ordenou o fato delituoso, em razão da aplicação da teoria do fato pela vontade em virtude das maquinarias organizadas de poder, mas isso não significa que a “infungibilidade” de quem tem o poder de mando seja pressuposto para a determinação de sua autoria mediata em consequência da aplicação da doutrina engendrada por Roxin.

No mais, não é a teoria do domínio do fato que conduz à ideia de fungibilidade, e sim uma de suas materializações, a saber, a teoria do domínio da organização.

Em outra passagem, o Ministro Ayres Britto, ao manifestar-se sobre o crime de quadrilha (artigo 288 do Código Penal), repisou o equívoco na utilização do pressuposto da fungibilidade:

No mais, a teorização sobre o funcionamento dos **aparatos organizados de poder** dá o exato significado da seguinte afirmação de Valério: “[Delúbio afirmou que] o então Ministro José Dirceu e o Secretário Sílvio Pereira eram sabedores dessa operação de empréstimo para o Partido e em alguma eventualidade garantiriam o pagamento”. [...] Genoíno, Delúbio e Sílvio, figuras importantes e destacadas no esquema, **não eram fungíveis**, porque, caso descumprissem ordens ou desertassem, outros não supririam os desobedientes (Claus Roxin. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 655), dada a relevância de suas posições na direção partidária. Outra figura **indispensável e insubstituível** é o capo, que, como garante, só poderia estar situado dentro do Governo (o erário como fonte dos recursos), **por detrás** (na mesa do escritório), não praticando atos de execução (Claus Roxin. *Bermerkungen zum “Täter hinter dem Täter”* [Comentários sobre o ‘Autor por detrás do autor’]. Berlin: 1976, p. 193). José Dirceu fez esse papel, como figura de aglutinação pelo poder enfeixado em suas mãos. (BRASIL, 2013, p. 6201, destaque nosso).

É inadmissível manipular a doutrina delineada por Claus Roxin de maneira diversa para a qual foi formulada, principalmente utilizando-se de referências às suas próprias obras literárias. O instituto da fungibilidade dos executores diretos do fato típico como pressuposto para a determinação da autoria do homem de trás, em consequência do domínio do fato pela vontade em razão dos aparatos hierarquizados de poder, não pode ser transmudado em pressuposto de não fungibilidade dos executores, para a determinação de suas próprias autorias. Dito de outro modo, a autoria, de acordo com a teoria do domínio da organização, não pode ser fundamentada na ausência de fungibilidade do homem da frente, como pretendeu o Ministro.

Mesmo que da análise das circunstâncias materiais do fato restasse configurado o domínio do fato pela vontade do “autor de escritório”, não é a condição dos executores como pessoas não fungíveis que determinaria suas próprias autorias (Genoíno, Delúbio e Sílvio, no trecho do voto apresentado acima). Ser fungível ou não fungível não interfere na determinação da autoria do executor direto do fato penalmente relevante, pois sua autoria independe do domínio da organização e é consequência do domínio do fato pela ação, como autor imediato, se realiza todos os elementos do tipo de mão própria e livremente leva a cabo a ação típica.

Enfim, a não fungibilidade do executor do fato típico não fundamenta sua própria autoria, mas sua fungibilidade pode fundamentar a autoria mediata do homem de trás, obedecidos, evidentemente, as demais premissas do domínio da organização.

Lado outro, a não fungibilidade do homem de trás (José Dirceu, no trecho do voto apresentado acima) não é fundamento para determinar sua autoria mediata como resultado da aplicação da doutrina engendrada por Roxin. Trata-se de uma inversão de argumento, em clara manipulação da teoria da organização, para responsabilizar penalmente como autor aquele que teria poder de mando na organização.

Em referência aos argumentos relativos à **teoria do domínio do fato e a dosimetria da pena**, o Ministro Celso de Mello, não obstante ter se distanciado momentaneamente do caso concreto para tecer um correto e detalhado retrospecto histórico da teoria do domínio do fato, e, ainda, ter reconhecido de forma certa a

compatibilidade da teoria com o artigo 29 do Código Penal brasileiro, apresentou pelo menos uma incorreção, ao manifestar-se a respeito do delito de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal):

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

Na realidade, uma teoria não exclui a outra, pois o reconhecimento de uma ou de outra **apenas poderá influenciar no “quantum” a ser definido na operação de dosimetria penal**, nos termos do art. 29 do CP. (BRASIL, 2013, p. 5199, destaque nosso).

Não é apropriado dizer que a aplicação da teoria do domínio do fato irá influenciar apenas na dosimetria da pena. Conforme adverte Nilo Batista, a dogmática da autoria deve se situar no âmbito do injusto típico (BATISTA, 2005, p. 29), a fim de estabelecer de forma consistente o traço distintivo entre autor e partícipe. Somente o autor realiza o fato típico e antijurídico, ainda que não diretamente, e não há injusto penal sem autor. Entendimento contrário afetaria toda a coerência sistemática da doutrina da autoria.

O conceito de autor possui significado central no injusto típico e é indiferente em relação à culpabilidade como elemento do delito. Também não é mera questão de merecimento de pena ou determinação judicial de pena (GRECO et al, 2014, p. 24), pois não é o merecimento de um maior ou menor *quantum* de pena que irá definir se o interveniente é autor ou partícipe. Aliás, um partícipe pode hipoteticamente merecer pena mais grave, ainda que seja a figura marginal do acontecer delitivo e não seja considerado de modo algum figura central do acontecer penalmente relevante.

Relegar a aplicação da dogmática da autoria e participação no momento da dosimetria da pena faz com que a delimitação perca seus contornos e fique em boa parte entregue à discricionariedade do magistrado. (GRECO et al, 2014, p. 72).

A doutrina da autoria também não é uma problemática relacionada à periculosidade do comportamento do interveniente, que pode ser o mais perigoso dentre todos os sujeitos, não obstante ser a figura lateral menos ostensiva do acontecer delitivo. A despeito disso, a distinção entre autoria e participação pode ser considerada na determinação judicial da pena, uma vez que, em geral, o cúmplice

deve receber pena inferior à pena do autor, raciocínio que se mostra mais complexo no caso do instigador.

Durante o debate oral que envolveu o delito de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal), a Ministra Rosa Weber incorreu no mesmo equívoco relativo à teoria do domínio do fato e à dosimetria da pena:

Refleti muito sobre a **teoria do domínio do fato** e me sinto muito confortável, porque, com todo respeito às compreensões contrárias, acredito que, ontem, o Ministro Gilmar Mendes - se bem me recordo - ainda tenha lembrado a própria dicção do artigo 29 do Código Penal, em sua literalidade, que nos leva - e, pelo menos, como digo, na minha visão e respeitando as compreensões contrárias - a um entendimento de que é plenamente consentânea com o nosso direito posto, a teoria do domínio do fato, quando diz na literalidade, se me permite:

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

O que, depois, vai se refletir na **dosimetria da pena**. (BRASIL, 2013, p. 5226, destaque nosso).

É inadequado dizer que a aplicação da teoria do domínio do fato irá se refletir apenas na dosimetria da pena. A ideia de domínio do fato tem significado central no injusto típico e está relacionada ao conceito restritivo de autor, sendo indiferente em relação à culpabilidade, pois relacionada ao tipo. (GRECO et al, 2014, p. 24). Enquanto que o autor é a figura central do acontecer típico, o partícipe representa a figura marginal, lateral do acontecimento delitivo, que apenas pode ser responsabilizado penalmente, na realidade brasileira, em razão do artigo 29 do Código Penal, dispositivo basilar da doutrina do concurso de agentes, que seria, por assim dizer, uma norma de extensão da punibilidade. (GRECO et al, 2014, p. 79). Portanto, a participação revela um conteúdo de injusto acessório em relação à autoria e é com base nesse fundamento que deve haver, em regra, diferença de pena entre autor e partícipe, e não por mera questão de merecimento de pena. (LEITE, 2014, p. 135).

7.4.2 Análise crítica

Em linhas gerais, foram estes os contextos em que a teoria do domínio do fato foi empregada durante o julgamento da Ação Penal 470.

Evidente que o real intuito da utilização da teoria do domínio do fato nesse julgamento, em verdade, da teoria do domínio da organização, foi buscar argumentos em favor da responsabilidade penal de acusados em posição hierárquica de destaque em estruturas organizacionais, transformando-os em autores mediatos de delitos praticados por outras pessoas, de mão própria, dentro da organização. (LEITE, 2014, p. 145). Como se o simples fato de estar em posição topográfica no organograma da organização já resultasse na certeza de que possui domínio do fato e que pode ser responsabilizado penalmente como autor de todos os delitos ocorridos no interior da organização. Esse raciocínio, revelado por alguns Ministros da Suprema Corte com limpidez, e exibido acima, não tem qualquer relação com a teoria do domínio do fato tal como concebida na ciência jurídica.

Talvez em razão de buscar argumento para punição daqueles que possuíam poder de mando é que os Ministros não tenham lançado mão da teoria do domínio do fato para apreciar as condutas dos que estavam sendo acusados de executar diretamente os delitos, o que surpreende, pois não há manifestação mais evidente do domínio do fato do que quando realiza ele mesmo a ação típica, de mão própria. (ROXIN, 2000, p. 151).

Em nenhum momento foi analisado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal a questão relativa à imprescindibilidade de a organização atuar apartada do direito para legitimação do domínio do fato pela vontade em virtude de aparatos organizados de poder, como defende Claus Roxin. Estavam envolvidos no caso organizações como a Casa Civil, órgão da Presidência da República, o Partido dos Trabalhadores, pessoa jurídica de direito privado, de acordo com a Lei 9.096/1995, que dispõe sobre os partidos políticos, e instituições financeiras. Apesar de parcela da comunidade jurídica aceitar o domínio da organização em estruturas organizadas conforme o direito, Roxin é enfático ao negar a aplicação da teoria nessas situações, aceitando-a apenas nas organizações clandestinas, que atuam à margem do direito.

Enfim, alguns Ministros recorreram à prestigiada teoria do domínio do fato para fundamentar a punibilidade de sujeitos em posição de destaque, instaurando livremente uma nova forma de determinar autoria e participação, deixando de lado o esforço argumentativo de elucidar as circunstâncias concretas que levariam à conclusão de que aquele acusado é efetivamente o senhor da decisão e da

execução do fato, e não um instigador do delito, que também seria punível. A Corte “deixou de indicar analiticamente dados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão.” (ALFLEN, 2014, p. 183).

Para a Suprema Corte, a teoria do domínio do fato não é uma teoria que estabelece de forma sólida o traço distintivo entre autoria e participação, mas uma razão que fundamentaria a responsabilidade penal do sujeito que possui poder de mando no interior de uma estrutura hierarquizada. Esse argumento não encontra precedente em lugar algum, muito menos em Roxin, citado inúmeras vezes pelos Ministros durante o julgamento da Ação Penal 470 como argumento de autoridade. (LEITE, 2014, p. 156).

Alaor Leite resume este cenário com imensa precisão, ao sustentar que

O conceito de *domínio do fato* foi utilizado como termo vazio, descomprometido com o teor semântico que a ciência lhe emprestara ao longo dos anos de discussão científica, e, em uma acrobacia interpretativa, retirou-se do conceito aquilo que nele se havia anteriormente colocado. Inventou-se um conteúdo para a ideia de domínio do fato – o de que a teoria de domínio do fato (melhor: *domínio da posição*) se prestaria a fundamentar a responsabilidade de um sujeito que ocupa posição de destaque em uma hierarquia – e, num segundo momento, deduziram-se as conclusões mais concretas do conceito forjado de domínio do fato: *como* a teoria do domínio do fato determinaria que sujeitos em posição de comando possuem o domínio do fato dos fatos puníveis que ocorrem abaixo deles, *então* os sujeitos que gozavam dessas posições e que constavam como acusados na AP 470 seriam autores dos fatos puníveis. Contra esse tipo de equívoco interpretativo devemos lutar incansavelmente. (LEITE, 2014, p. 163).

Em novembro de 2012, Claus Roxin esteve no Brasil para receber um título de doutor *honoris causa* da Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro, e participar de um Seminário Internacional de Direito Penal e Criminologia. Não se manifestou sobre o resultado da decisão proferida pela Suprema Corte na Ação Penal 470, argumentando que “não está em condições de afirmar se os fundamentos da decisão são ou não corretos, sendo esta uma tarefa que incumbe, primariamente, à ciência do Direito Penal brasileira”. (GRECO et al, 2012).

Mas em entrevista concedida à Tribuna do Advogado, Roxin repisou sua tese de que não é possível utilizar a teoria do domínio do fato para fundamentar a condenação de um acusado, presumindo-se a sua participação no crime a partir do

entendimento de que ele dominaria o fato típico por ocupar determinada posição hierárquica. Acrescentou que

A pessoa que ocupa uma posição no topo de uma organização qualquer tem que ter dirigido esses fatos e comandado os acontecimentos, ter emitido uma ordem. Ocupar posição de destaque não fundamenta o domínio do fato. O 'ter de saber' não é suficiente para o dolo, que é o conhecimento real e não um conhecimento que meramente deveria existir. (ENTREVISTA..., 2012).

Na mesma entrevista, ao ser questionado se seria possível a adoção da teoria do domínio do fato em virtude dos aparatos organizados de poder para fundamentar a condenação por crimes supostamente praticados por dirigentes governamentais em uma democracia, respondeu que

Em princípio, não. A não ser que se trate de uma **democracia de fachada**, onde é possível imaginar alguém que domine os fatos específicos praticados dentro deste aparato de poder. Numa democracia real, a teoria não é aplicável à criminalidade de agentes do Estado. O critério com que trabalho é a *dissociação do Direito (Rechtsgelöstheit)*. A característica de todos os aparatos organizados de poder é que estejam **fora da ordem jurídica**. Em uma democracia, quando é dado o comando de que se pratique algo ilícito, as pessoas têm o conhecimento de que poderão responder por isso. Somente em um regime autoritário pode-se atuar com a certeza de que nada vai acontecer, com a garantia da ditadura. (ENTREVISTA..., 2012, destaque nosso).

À evidência, não é admissível que Ministros da Corte Suprema atribuam sua própria concepção da teoria do domínio do fato a um autor que sempre defendeu concepção diversa. Jamais poderiam ter se utilizado da mesma denominação de uma teoria científica já existente, da forma que bem lhes coubessem, conferindo-lhe conteúdo diverso. Não se trata apenas de preciosismo científico, mas a utilização de uma teoria científica jurídico-penal para fundamentar sentenças condenatórias, sem atender aos próprios alicerces da teoria, deve ser rechaçada.

8 CONCLUSÃO

O caminho que vem sendo traçado para dar respostas à crise de legitimidade do direito penal, sob pressão dos veículos de comunicação midiáticos e da sociedade em geral, ignora as circunstâncias do agente e resulta em dessubjetivação da responsabilidade penal e em punição subordinada tão somente às “necessidades” do sistema. Ameaça os direitos e garantias fundamentais e atenta contra o Estado Democrático de Direito, não obstante ter o condão de artificialmente acalmar a opinião pública, com a sensação de superação do “criminoso” pelas mãos da justiça.

Ao longo do presente texto, foi possível analisar de que forma a construção dogmática de Claus Roxin referente à delimitação da autoria e participação é relevante para o direito penal contemporâneo brasileiro e para a limitação do poder punitivo estatal.

Para tanto, foi explorada a razão de se diferenciar autoria e participação e o estreito relacionamento com o injusto típico, passando pela análise do tipo como causação do resultado e do tipo como descrição de ações humanas proibidas, fazendo apreciações a respeito dos conceitos extensivo e restritivo de autor.

Adotando-se a perspectiva do conceito restritivo de autor, mais compatível com o princípio da reserva legal e com o Estado Democrático de Direito, foram apresentadas as propostas teóricas desenvolvidas ao longo da história, antecessoras da teoria do domínio do fato, que buscaram esclarecer a diferenciação entre autor e partícipe e que exerceram maior influência e ainda oferecem conteúdos úteis ao estado atual da dogmática da autoria.

O capítulo subsequente apresentou uma breve evolução histórica da teoria do domínio do fato e abordou seu aspecto de não universalidade, expondo as situações em que a ideia da figura central do acontecer típico se expressa de forma diversa do domínio do fato e os grupos de casos em que não se aplica o critério do domínio do fato.

Na sequência, foi investigada a hipótese de a teoria roxiniana possibilitar a punibilidade de pessoas que estão em posição de retaguarda, o chamado “autor de escrivania”, para, então, concluir pela impossibilidade. Em seguida, foi feita uma

exposição a respeito da compatibilidade da dogmática do domínio do fato com o direito positivo brasileiro vigente, para, em seguida, expor a importância de se tratar o conceito de domínio do fato como um conceito aberto na solução de casos concretos, afastando a ideia de tipicidade cerrada.

Posteriormente, foram explicitadas as manifestações da teoria do domínio do fato, relacionando as circunstâncias concretas que faz reconhecer que determinada pessoa é senhor da decisão e da execução do fato típico e, portanto, figura chave do acontecer penalmente relevante: o domínio do fato pela ação, o domínio funcional do fato e domínio do fato pela vontade.

O capítulo subsequente dedicou um tratamento peculiar a uma das manifestações concretas da teoria do domínio do fato, a saber, o domínio do fato pela vontade em virtude dos aparatos organizados de poder, por se tratar do âmago da dissertação que se apresenta e grande contribuição de Roxin à estrutura dogmática da autoria. Foram expostos de forma detalhada os pressupostos para se instrumentalizar o aparato de poder como forma de autoria mediata, verdadeiro conjunto de regras supranacionalmente válidas para casos que podem ocorrer em qualquer lugar do mundo, para, na sequência, apresentar algumas aplicações concretas do domínio da organização delineado por Roxin: os casos Eichmann, Staschynski e Fujimori, além da Ação Penal 470.

Esta última foi objeto de maior atenção neste trabalho, pois envolveu a aplicação substancial da doutrina roxiniana pela Suprema Corte brasileira, porém com imprecisões teóricas cuja finalidade era a determinação da autoria de alguns acusados de atos de corrupção política envolvendo compra de votos de parlamentares do Congresso Nacional.

Preocupa o fato de a teoria do domínio do fato ser utilizada em decisões judiciais, pelos diversos juízes e tribunais espalhados pelo país, da maneira inapropriada que foi empregada por alguns Ministros da Corte Suprema no julgamento da Ação Penal 470, isto é, para fundamentar a imputação de responsabilidade penal de cidadãos, entendendo que dominam o acontecimento típico em razão da mera posição hierárquica que eventualmente ocupam em determinada estrutura organizacional.

Mas também preocupa que a teoria do domínio do fato seja usada continuamente em desfavor de acusados vulneráveis e “desvalorados” (ZAFFARONI et al, 2011, p. 46), pessoas de carne e osso que terão sua liberdade cerceada, como resultado de uma errônea aplicação da teoria do domínio do fato como fundamento da punibilidade anêmico de conteúdo, a exemplo do que com frequência ocorre com os crimes relacionados ao tráfico de drogas.

Não temos dúvida de que inúmeros julgadores irão reforçar suas decisões condenatórias servindo-se da obra de Claus Roxin de maneira equivocada para encarcerar seletivamente os mais vulneráveis, “esquecendo” que a dogmática do domínio do fato foi por ele construída como um sistema diferenciador de autoria e participação e que a ideia da figura central do acontecer típico é o critério geral de orientação para determinar a autoria e não para transformar absolvição em condenação.

REFERÊNCIAS

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

AMBOS, Kai; MEINI, Iván. **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara Editores, 2010.

BAILONE, Matías. **O domínio da organização como autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 16. p. 23-44, jan./jun. 2011.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Código penal** (1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em : 24 nov. 2014.

BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 24 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do acórdão. Ação Penal 470. Relator: Joaquim Barbosa. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 abril 2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ENTREVISTA do jurista alemão Claus Roxin sobre teoria do domínio do fato. 12 nov.2012. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/detalheConteudo/499/Entrevista-do-jurista-alemao-Claus-Roxin-sobre-teoria-do-dominio-do-fato.html>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica et al. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

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

GRECO, Luís et al. **Roxin faz esclarecimento ao público sobre mensalão**. 19 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-19/mensalao-esclarecimento-claus-roxin-publico-brasileiro>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Claus Roxin, 80 anos**. Revista Liberdades, n. 07. p. 97-123, maio/ago. 2011.

GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy**. 2006. 171f. Dissertação (mestrado em direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **A dogmática jurídico-penal em questão**: possibilidades e limites do século XXI. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2786>. Acesso em: 22 out. 2012.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luís Callegari. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 123-168.

LEMOIS JÚNIOR, Arthur Pinto. **A responsabilidade do “homem de trás” das organizações criminosas**. Revista jurídica da ESMP – ano 3, n. 1, p. 35-71. 2004.

PACELLI, Eugênio. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (organizador). **AP 470: análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir das entrevistas com a defesa**. 1ª ed. São Paulo: LiberArs, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REINHARD Heydrich. Wikipedia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Reinhard_Heydrich>. Acesso em: 05 nov. 2014.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROXIN, Claus. **Autoría e domínio del hecho en derecho penal**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. **Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori**. Tradução Alaor Leite. Revista brasileira de ciências criminais, n. 91. p. 11-20. 2011.

ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Revista eletrônica acadêmica de direito, n. 17. p. 69-94. nov. 2009.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**, parte geral. 3ª ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. **Participação por omissão: delineamentos pela teoria da imputação objetiva**. 2008. 279f. Tese (doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas**. Direito em revista, v. 3, n. 1, p. 8-16. 2006.

STRECK, Lenio Luis. **O mensalão e o “domínio do fato – tipo ponderação”**. 06 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>>. Acesso em: 16 out. 2012.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Só há domínio do fato se houver dolo**. 25 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-25/leonardo-yarochewsky-condenacao-basear-provas-colhidas-contraditorio>>. Acesso em: 16 out. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. ***Derecho penal: parte general***. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro** – primeiro volume – teoria geral do direito penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.